



UNIVERSITAS
Miguel Hernández

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE

**LA PROTECCIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL
MENOR Y SU NECESARIA REVISIÓN EN EL MARCO
DEL DERECHO COMPARADO**

Trabajo Fin de Grado realizado por: CONCEPCIÓN CASTILLO MARTÍNEZ

Titulación: GRADO DERECHO SEMIPRESENCIAL

Curso académico: 2020-2021

Tutor: D. FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

La maternidad te ayuda a ver las cosas desde una perspectiva mucho más profunda.



ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN.....	6
1. MARCO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR DE LA MUJER TRABAJADORA DESDE SUS ORÍGENES HASTA LA ACTUAL LEGISLACIÓN	9
1.1. Reforma de la Ley de 13 de marzo de 1900 en España.....	11
1.2. Visión europea durante la primera década del siglo XX.....	13
1.3. Necesidad de transformación: la atención y labor de la OIT	15
1.4. El derecho español y su preocupación a la persistencia de dicha protección...17	
2. RÉGIMEN JURÍDICO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR, RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LACTANCIA NATURAL.....	23
2.1. Derechos y deberes	
2.1.1. Realización, abstención y disponibilidad del trabajador/a	24
2.1.2. Cómputo de antigüedad y promoción económica	26
2.1.3. Promoción y formación profesional	26
2.1.4. Derecho de participación y representación.....	28
2.1.5. Realización de actividad sindical	28
2.1.6. Derecho de huelga	29
2.2. Obligaciones empresariales	
2.2.1. Obligaciones económicas no salariales	29
2.2.2. Obligación de cotizar del empresario	30
2.3. Prestaciones	31
2.4. Mantenimiento de las percepciones en especie	32
2.5. Incrementos salariales.....	33
2.6. Derecho a las vacaciones.....	33
2.7. Derechos derivados de la paternidad	37
3. PERSPECTIVA CON RELACIÓN AL RESTO DE EUROPA.....	41
4. CONCLUSIONES.....	46



ABREVIATURAS

art.	Artículo
arts.	Artículos
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
COFACE	Compañía Francesa de Seguro para el Comercio Exterior
ET	Estatuto de trabajadores
IT	Incapacidad Temporal
ILT	Incapacidad Laboral Transitoria
IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
LCVFL	Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LOIMH	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres
LPL	Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril.
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
núm.	Número
núms.	Números
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OJ	Ordenamiento Jurídico
OMS	Organización Mundial de la Salud

RD	Real Decreto
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TRLGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TSJUE	Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea



INTRODUCCIÓN

Este trabajo es el resultado del esfuerzo y del análisis del enfoque de la maternidad desde principios del siglo XX hasta nuestros días. Pretendo dar cuenta tanto de su situación actual y la de la familia como de la intervención social con y desde ella, vinculada a los sistemas de bienestar social y las políticas públicas. Se encontrarán descripciones, análisis y propuestas para afrontar las dificultades que las familias y en concreto la mujer trabajadora desde los primeros años de 1900 hasta llegar a las sociedades avanzadas occidentales y a las posibilidades efectivas de una intervención que facilite una mejor integración social de la maternidad en la familia.

La protección por nacimiento y cuidado de menor han constituido tema especial de las primeras normas laborales ya en los comienzos del Derecho del Trabajo y la fuerte integración de la mujer al trabajo en occidente, debe valorarse como una de las mayores revoluciones sociales de la historia. Se ha modificado la institución familiar tradicional tanto en su concepto como en su contenido, con el reparto de las tareas domésticas, lo que trae consigo la superación de los roles conservadores, como la participación de ambos sexos en la atención y cuidado de la prole. La mujer ha conseguido un grado de independencia más que considerable tanto a nivel económico como personal y cabe mencionar también los prósperos niveles económicos y de bienestar que tanto las parejas o familias conservadoras ha implicado el trabajo de ambos partícipes. No obstante, la igualdad hoy en día no puede apreciarse plena, ya que intervienen multitud de elementos, la predisposición hacia un grado de ecuanimidad, es indudable desde la perspectiva económica, social o normativa.

Se contempla el aspecto de protección por nacimiento y cuidado de menor desde las normas de Derecho del Trabajo hasta las correspondientes al sistema de Seguridad Social. Toda la tensión social de los colectivos de mujeres, hasta la actualidad o las políticas de igualdad en occidente y en los destacados sistemas democráticos, han señalado no solo el contenido y alcance del Derecho, sino que han originado normas de impulso o cambio social como la destacada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres,

Con este trabajo intento colaborar al estudio de la intervención familiar en el Estado del Bienestar y contribuir a una reflexión reposada y proposiciones precisas para mejorar las políticas públicas relativas a la maternidad y en sí a la familia. Mi pretensión es cooperar al

análisis colectivo desde la perspectiva académica y como mujer, con vocación de provecho y servicio; y al mismo tiempo, como no, hacer un llamamiento a profesionales e investigadores de la familia y de la intervención social.

La maternidad ha sido objeto de numerosos cambios, análisis y reflexiones, ésta forma parte importante en nuestra sociedad, imprescindible para el mejor desarrollo de ella, es una realidad frágil y poco representativa de los atractivos actuales y dada su relevancia en todo ciclo vital sigue siendo de gran interés para todos. Ésta junto con la familia se establece en el centro de los mecanismos de transformación en los que está implicada la sociedad actual y es un referente componente para la supervivencia económica, social y emocional de los miembros que la integran.

Los procedimientos de bienestar social ofrecen nuevas opciones para el mantenimiento y fortalecimiento de la familia. Los especialistas de las políticas públicas de protección social se preguntan sobre la forma de conservar e incluso mejorar el sistema de protección de nacimiento y cuidado de menor orientando su mirada hacia la reducción de las desigualdades sociales.

Las perspectivas con otros países generan un debate en el que la intervención social en el contexto familiar es un componente indispensable, ejemplo de ello ¿Cómo mejorar la calidad de vida de la madre trabajadora? ¿Cómo prevenir problemas laborales? ¿Cuáles son los mejores recursos y los retos de futuro más relevantes por el Estado para dicha protección?

El trabajo se compone de cuatro apartados: El primero corresponde a la normativa de las condiciones de trabajo de las mujeres trabajadoras y su legislación con respecto de la maternidad desde principios del siglo XX hasta nuestros días, aborda con carácter general ésta, incluso con respecto a diferentes países europeos y los cambios producidos hasta principios de 2021 en el contexto de la maternidad y la familia. Para una mejor comprensión de la regulación presente, haremos un breve repaso histórico acerca de la protección en nuestro Derecho durante este período y de la mujer en relación con la misma. El segundo apartado lo dedico al régimen jurídico desarrollando todos los derechos implicados y de los cuales se benefician y afectan tanto a la madre como al padre durante su suspensión de contrato por permiso de nacimiento y cuidado de menor, analizando el contenido y alcance actual, desde el criterio jurídico establecido en la normativa vigente. En el tercer apartado analizo la protección por nacimiento y cuidado de menor en relación

con otros países de Europa considerando las posibilidades de mejora en una calidad de vida con cierta comparativa entre ellos y para cerrar el presente trabajo, se incluye un cuarto apartado, en el que me centro en una serie de conclusiones abordando cambios acaecidos, cuestiones relativas a mejoras... es decir, reflexionando en torno a la persistencia de dicha protección en nuestra sociedad, además de plantear propuestas concretas para su implementación y mecanismos y uso inclusivo en ámbitos específicos y su necesidad desde la perspectiva personal, familiar y laboral con propuestas para su uso y fomento.



1. MARCO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR DE LA MUJER TRABAJADORA DESDE SUS ORÍGENES HASTA LA ACTUAL LEGISLACIÓN

La comprensión de una auténtica transformación normativa para la identificación de su necesidad y la ejecución de su conversión en auténtica protección, ya que la mujer trabajadora se convirtió en imagen cuestionable y notable durante el transcurso de la revolución industrial¹.

Con anterioridad a 1900 la única normativa a la que podemos hacer referencia con respecto a la mujer en su mayoría de edad es la prohibición de que efectuase actividades subterráneas o que trabajase en domingos y festivos siempre que no fuera el arreglo o limpieza de taller o industria, por lo que esta cuestión será abordada en las Cortes en 1899, precisamente en el Gobierno de Dato, con el pormenorizado proyecto, que una vez aprobado se transformaría en la Ley 13 de marzo de 1900 para regular el trabajo de las mujeres que integra mayoritariamente los asuntos, puntos de vista y aspectos más controvertidos de los proyectos anteriores y aborda cambios comunes a otros de Dato.

Los cambios más relevantes es la designación de unas Juntas Provinciales y Locales de Reformas Sociales con relevantes capacidades de inspección y de vigilancia y el desarrollo y precisión de los derechos de las mujeres en el embarazo, puerperio y lactancia en esta Ley². La constitución de estas Juntas Provinciales y Locales de Reformas Sociales fue útil pero estará rodeada de controversias.

Eduardo Dato como político y como jurista quiso abordar la política de protección al trabajador, pretendía que se examinaran las maneras de llevar a cabo en expresiones de armonía las situaciones jurídicas entre patronos y obreros, que hasta la fecha no se había formalizado en una legislación social³.

Esta ley se compone de diecisiete artículos. El 15 y el 16 de noviembre se publica el Reglamento de 13 de noviembre para la aplicación de la Ley. Una Ley con mayor amplitud

¹ SCOTT, J.W., "La mujer trabajadora en el siglo XIX" en DUBY, G. Y PERROT, M., Historia de las mujeres en Occidente, Tomo IV, Madrid, Taurus minor, 2000, pp. 427-461.

² MONTERO GARCÍA, F., "La polémica sobre el intervencionismo y la legislación obrera en España, 1890-1900 (2ª parte): el debate político parlamentario" en Revista de trabajo núms. 61-62, 1º y 2º trimestre de 1981, pp. 35-91.

³ ESPUNY TOMÁS, M. J., "Eduardo Dato y la legislación obrera" en Historia Social 43 (2002) pp.3-14. ESPUNY TOMÁS, M. J., "Fisiología y moral en la legislación social" en Àgora@ 2000, Jornades per la igualtat d'oportunitats i responsabilitats a la vida laboral i familiar, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Institut Català de la Dona, 2001, pp. 137-141.

que la de 1873, aborda todos los centros industriales y mercantiles, descartando los trabajos agrícolas y en los talleres de familia. Ésta estará vigente y no se derogará junto a otras disposiciones referidas con el trabajo de las mujeres, hasta la cláusula derogatoria de la Ley de contrato de 1944.

Se establece por primera vez en su artículo 9 el reposo de la trabajadora las tres semanas posteriores al parto e incluso si se solicita antes, con conservación del puesto de trabajo y se admite la hora de lactancia diaria en el horario laboral, divididas en dos medias horas si lo valoran adecuado. Esta hora no puede descontarse del salario. El Reglamento de 13 de noviembre de 1900 ofrecerá dos artículos a incrementar el contenido de la Ley con referencia a este asunto.

Se requiere a las mujeres la certificación sanitaria para entrar a trabajar y se insta el descanso dominical. El Reglamento de 3 de noviembre de 1900 extiende el contenido de la Ley. Comprende de 37 artículos y destina el capítulo segundo al trabajo de las mujeres (arts.17-19), incrementando el contenido de ésta⁴.

Los artículos destinados al trabajo de las mujeres en el Reglamento de 13 de noviembre de 1900 para la aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900 aluden a la suspensión de la relación laboral de la mujer embarazada que se extiende a partir del octavo mes de embarazo y se conserva el lugar de trabajo hasta después de las tres semanas posteriores al parto. El puerperio se incrementa a una semana más (cuatro semanas) con una certificación facultativa⁵ según dispone el art. 18 del Reglamento de 13 de noviembre de 1900.

El Reglamento establece una redistribución del tiempo de lactancia: fijado en una hora diaria y dividida en dos medias horas, se podrá dividir la hora en cuatro períodos de 15 minutos si la madre lo elige “siempre que el niño se lo lleven al taller o establecimiento donde aquélla preste sus servicios” y la hora de lactancia no será nunca descontada de su salario, salvo que solicite más tiempo que la hora. Con respecto a la conservación del lugar de trabajo durante las semanas posteriores al parto no se indica nada con referencia al

⁴ DATO E IRADIER,E., “Significado y representación de las leyes protectoras del trabajo” en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 114 (1909), pp. 5-28.

⁵ FERNÁNDEZ DE CASTRO, R. Trabajo de mujeres y niños en Establecimientos industriales y mercantiles, Madrid, Librería de Leopoldo Martínez, 1904, p. 23.

suelo, por lo que se comprende que no se percibía nada, pero el sector textil catalán reconoció una decisión para tal consideración⁶.

1.1. Reforma de la Ley de 13 de marzo de 1900 en España

Se propone solicitar al Instituto de Reformas Sociales una modificación de la Ley de 1900 gracias al planteamiento de una trabajadora de Bilbao. El Instituto y más tarde las Cortes contestan a la demanda y la nueva Ley de 8 de enero de 1907 reforma en su único artículo el contenido del artículo 9 de la Ley de 1900:

En el que no se permitirá que las mujeres trabajen después del parto en un período de cuatro a seis semanas y dicho período estará limitado no siendo inferior a cuatro semanas, pudiendo alcanzar cinco o seis si está justificado facultativamente y en el que el patrón deberá conservar el puesto de la trabajadora, lo mismo cuando la empleada haya entrado en el octavo mes de embarazo, siempre como he destacado anteriormente con certificado facultativo, podrá instar el cese en éste y tendrá derecho también a la conservación del lugar de trabajo⁷.

La reforma del artículo 9 y la ampliación de tres a cuatro semanas como mínimo, incrementadas hasta seis semanas por prescripción facultativa⁸ se basa en múltiples estudios clínicos, en la legislación extranjera y en las prescripciones más flexibles del Reglamento del 1900.

La siguiente reforma del artículo 9 de la Ley de 13 de marzo de 1900 se lleva a cabo por el Real Decreto de 21 de agosto de 1923. Adopta las normas del convenio internacional del trabajo de la mujer antes y después del parto reconocido por la Conferencia Internacional del Trabajo reunida en Washington el 29 de octubre de 1919. La Ley de 13 de julio de 1922 aprueba la ratificación del convenio citado conforme con sus cláusulas se había de crear una Caja de Seguro Obligatorio de Maternidad con normas de funcionamiento establecidas por el Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria con los informes previos del Instituto de Reformas Sociales y el Instituto Nacional de Previsión. El Ministro de

⁶ ESPUNY TOMÁS, M. J. “La protección a la maternidad en el textil catalán (1919-1923) en VI Congreso de Historia Social, La previsión social en la historia, (2008).

⁷ GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La protección de la maternidad: cien años de la Ley de 8 enero de 1907” en *Iuslabor* 2 (2007).

⁸ MARVAUD, A., *La cuestión social en España* p.251-252 , prólogo de CASTILLO, J. J. y BORRÁS, J. M., Madrid, Edición de la Revista de Trabajo, 1975, traducción española de *La question sociale en Espagne*, Félix Alcan, Editeur, París, 1910, pp. 290-291.

Trabajo quedaba acreditado para insertar en la legislación vigente los cambios procedentes del Convenio.

El artículo 9 quedaba regulado de tal forma que se establecía que las mujeres asalariadas no se les permitirían el trabajo durante el período de seis semanas posteriores al parto, la que haya cumplido el octavo mes de embarazo cuando presente certificación facultativa tendrá derecho a abandonar el trabajo, conservando el patrón el lugar de trabajo mientras dure el tiempo que esté obligada o autorizada a dejarlo y persistirá hasta un tiempo máximo de veinte semanas, si fuera el caso de que una mujer abandone su trabajo o permanezca ausente de él durante periodos más largos con motivo de una enfermedad que, según certificación facultativa, sea fruto del embarazo o del parto y la incapacite para trabajar, la posible equivocación médica en la suposición de la fecha del parto no perjudicará los derechos ya reconocidos a las obreras embarazadas.

Un cambio relevante recogido en la nueva redacción del artículo 9,3º, era la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona y una indemnización diaria suficiente para el sustento de la madre y el bebé en buenas condiciones de higiene.

El seguro obligatorio de maternidad se estableció por el RD Ley de 22 de marzo de 1929, cuya estructura y funcionamiento se reguló mediante el Reglamento de 29 de enero de 1930 y se implantó por Decreto del Ministerio de Trabajo de 26 de mayo de 1931. Este seguro inicialmente protegía a aquellas mujeres afiliadas al retiro obrero.

Este seguro supuso un gran avance pero se obligó la cotización e implicar en varios casos un nivel de prestación inferior al vigente, de índole privado o mutualista, que el empresario cargaba con su sostenimiento.

El 14 de diciembre de 1942 es cuando se aprobó la Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad y la prestación por maternidad se incluyó. Su reglamento se estableció por Decreto de 11 de noviembre de 1943, aplicándose a las empleadas de las empresas industriales, extendiéndose también a las dedicadas a la agricultura.

Se ha querido dar una visión general sobre las primeras leyes españolas relacionadas con el trabajo en cuanto a la maternidad. La Ley española de 13 de mayo de 1900 establecía el descanso obligatorio sin implantarse una solución económica: las mujeres habían de continuar trabajando para ayudar en la lamentable situación familiar. El estudio de esta legislación en un período histórico, permite valorar la solución ante los problemas sociales,

con una institución creada para mejorar las condiciones laborales de las mujeres y vigilar el cumplimiento de las normas jurídicas en un intento último de erradicar la miseria existente en la clase trabajadora.

Una vez consideradas, a grandes rasgos, la evolución normativa de las primeras leyes españolas sobre la protección a la maternidad, hemos de mostrar un breve recorrido histórico sobre dicho derecho con relación a algunos países de Europa:

1.2. Visión europea durante la primera década del siglo XX.

Legislación en Francia durante el período 1909-1917

La Ley de 27 de Noviembre de 1909 -Ley Fernand Engerand:

Ámbito de aplicación:

Garantizar el trabajo de la mujer después del parto y el descanso puerperal sin previsión de indemnización.

Aspectos de las relaciones laborales en los que incide:

Garantizar el trabajo de las mujeres que optan por descansar después del parto.

Reposo obligatorio de 8 semanas. Reserva del puesto de trabajo. Sin remuneración.

Ley de 17 de junio de 1913. Ley de 30 de julio de 1913 Ley de Paul Strauss Repos des femmes en couches et des femmes allaitant leurs enfants. Modificada por la Ley de 15 de junio de 1914:

Ámbito de aplicación:

Oficializa el descanso de las mujeres embarazadas

Aspectos de las relaciones laborales en los que incide:

Es obligatorio el descanso de cuatro semanas después del parto. Es facultativo el descanso antes del parto.

No superior a ocho semanas.

Compensación económica con descanso efectivo.

A partir de 1928 se harán cargo los seguros sociales.

Visitadoras designadas por el servicio de asistencia madres de familia de alto valor moral.

Lactancia: un año a contar del día del nacimiento una hora al día divisible en dos períodos de media hora por la mañana o por la tarde fijada de acuerdo con el empleador.

Ley de 2 de diciembre de 1917:

Las obreras podrán amamantar a sus hijos sin tener que dejar de trabajar ni abandonar su puesto de trabajo.

Arts. 54, a, b, c, d, e Code du Travail.

Descanso: 8 semanas en total antes y después del parto.

Lactancia: un año a contar del día del nacimiento una hora al día divisible en dos períodos de media hora por la mañana o por la tarde fijada de acuerdo con el empleador.

Habitaciones de lactancia en el interior o en las proximidades del establecimiento: solo veinte minutos en los dos horarios. Obligatorias para los establecimientos que ocupen más de cien mujeres mayores de quince años. Las condiciones se fijarán por un reglamento administrativo.

Perspectiva con respecto al resto de Europa:

CUADRO

PAÍSES	MATERNIDAD
FRANCIA	<ul style="list-style-type: none">• Reducción de la jornada para las mujeres durante el periodo de lactancia (1913)
BÉLGICA	<ul style="list-style-type: none">• Descanso cuatro semanas después del parto (1889)
DINAMARCA	<ul style="list-style-type: none">• Descanso cuatro semanas después del parto (1901)• Reducción de la jornada para las mujeres durante el periodo de lactancia (1913)
PAÍSES BAJOS	<ul style="list-style-type: none">• Descanso cuatro semanas después del parto (1889)
ALEMANIA	<ul style="list-style-type: none">• Prohibición del trabajo hasta tres semanas después del parto (1878)• Ampliable a dos semanas más con

	certificado médico de salud (1891)
GRAN BRETAÑA	<ul style="list-style-type: none"> • Descanso cuatro semanas después del parto (1891)
ITALIA	<ul style="list-style-type: none"> • Descanso de tres a cuatro semanas después del parto (1902) • Reducción de la jornada laboral durante el periodo de lactancia (1907)

Fuente: Elaboración propia

1.3. Necesidad de una transformación: La atención y labor de la OIT

El amplio trabajo normativo español construido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) desde sus inicios en 1919 plasma un especial cuidado por la protección de la seguridad y la salud de la mujer trabajadora y durante su situación por nacimiento y cuidado de menor⁹.

Esta legislación protectora ha desarrollado una transformación respecto a sus comienzos. En primer lugar, la inquietud se focaliza en la mezcla de reglas prohibitivas de ciertas labores por razón de ser mujer junto con otras en particular protectoras del nacimiento y cuidado de menor, con el transcurso del tiempo se ha evolucionado hacia el modelo de efectivas medidas preventivas de acomodación de las condiciones del trabajo a la persona sea cual sea su sexo, unidas a otras de carácter preventivo establecidas, no para la condición de mujer sino en la condición de madre¹⁰.

Convenios y Recomendaciones reglamentaron las situaciones de trabajo de la mujer considerándola un sujeto laboral en sí frágil¹¹ con la exigencia de establecer limitaciones a ciertos trabajos; y también como un ser nacido al servicio para la maternidad, cuya figura debía ser protegida por razón de interés público.

Se plasma cierta inquietud normativa por proteger el nacimiento y cuidado de menor, reflejo de ello es el Convenio núm.3, de fecha 29 de noviembre de 1919, sobre el empleo de las mujeres antes y después del parto.

⁹ MORENO GENE, J., ROMERO BURILLO, A. y PARDELL VEÁ, A., “La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales”, AS, 997 tomo V, p. 483.

¹⁰ LOUSADA AROCHENA, J. F., “La protección de la salud de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia”, AL, 1998, núm. 38, p.705.

¹¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., La protección por maternidad, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 276-277.

Sobre 1950 es cuando se empieza a producir un cambio relevante en la actuación normativa de la OIT¹² regulando el trabajo con respecto a la protección por nacimiento y cuidado de menor. Al unir ésta como un proceso biológico específicamente femenino con los nuevos desafíos de libertad y de igualdad entre hombres y mujeres y que no produzca un impedimento para su acceso al empleo.

La labor de la OIT por proteger el principio de no discriminación orientando el trabajo con la introducción de técnicas de protección de la seguridad y de la salud enfocadas al trabajo con la particular adaptación del trabajo a las condiciones físicas o biológicas del individuo, lo que supone el actual sistema que poseemos de prevención de riesgos laborales.

La Recomendación núm. 95, de 28 de junio de 1952, sobre protección de la maternidad, es la primera que aplica mecanismos de protección de la salud de la trabajadora embarazada o en período de lactancia frente a los riesgos derivados del trabajo, estableciendo su regulación en el capítulo V rubricado “Protección de la salud de las mujeres durante el período de maternidad” con limitaciones de determinadas actividades como el trabajo nocturno y las horas extraordinarias (art.5.1), trabajos peligrosos (art.5.2) los trabajos penosos, los que impliquen mover grandes cargas y la utilización de máquinas de trepidación (art.5.3). También dispone la planificación de la distribución del horario del trabajo que permita a la mujer embarazada o lactante disfrutar de períodos de descanso (art.5.1), medidas preventivas en la adaptación del trabajo como a ser trasladada de puesto de trabajo sin reducción de salario si es peligroso (art.5.4), aun cuando no recoja estas condiciones podrá ser transferida siempre que presente un certificado médico en el que se alegue dicho cambio.

Con respecto a la protección de la salud de las trabajadoras embarazadas se adoptó el Convenio núm. 110, de 1958 (en vigor en España el 22 de enero de 1960) que dispone en su art. 47.8 que ninguna mujer embarazada podrá ser obligada a desempeñar un trabajo perjudicial al período que preceda a su descanso por nacimiento y cuidado de menor.

¹² MIÑARRO YANINI, M., “Acción preventiva en los colectivos especialmente protegidos (I): Introducción. La protección por maternidad”, en AA.VV. (Dir. GARCÍA NINET, I. p. 239.

1.4. El derecho español y su preocupación a la persistencia de dicha protección

Podemos destacar que es bastante tardía la regulación de medidas protectoras de la trabajadora en situación por nacimiento y cuidado de menor. Hay que esperar a la década de los ochenta, para hallar una alusión expresa a la situación de embarazo como digna de protección por causas de salud laboral.

La función reproductiva de la mujer trabajadora, ha sido objeto de enorme inquietud en la normativa laboral, teniendo una marcada protección en consonancia con la OIT, por ser considerada desde el punto de vista de su debilidad respecto al varón y su imagen como madre-esposa¹³.

Posteriormente, la normativa española continuó con los supuestos sexistas y proteccionistas¹⁴, eran normas que suponían un impedimento para el acceso de las mujeres al mercado laboral, por impedir ciertas actividades o por imponer obligaciones al empresario en cuanto a su encarecimiento. El Decreto de 26 de julio de 1957 fue la manifestación normativa más importante porque fue aprobado el Reglamento de trabajos prohibidos a mujeres que podían suponer un riesgo para su situación de maternidad. Podemos destacar también la Orden de 22 de diciembre de 1959 que prohibió el trabajo femenino expuesto a radiaciones ionizantes y la Resolución de 1 de marzo de 1960 que se prohibió a las mujeres embarazadas o lactantes el trabajo con benzol.

La evolución normativa facilitó una protección análoga a la maternidad con relación a la incapacidad Laboral Transitoria, de forma que ambas aparecen reguladas conjuntamente. La Ley de Seguridad Social de 1966 aprobada por Decreto 907/1966 de 21 de abril (BOE de 22), su art. 126 establece como situación determinante de ILT los períodos de descanso que procedan de maternidad. Los requisitos para el acceso a la prestación son más severos que los que se exigen para la enfermedad común: se necesitan 9 meses de afiliación y 180 días cotizados en el año anterior al parto. La Orden Ministerial de 13-12-1967 desarrolló la prestación.

La LGSS de 1974, aprobada por Decreto 2065/1974, mantenía la regulación anterior y la consideración de la maternidad como situación de ILT (art.126), ocurría lo mismo en la redacción original de la LGSS de 1994. Hasta la Ley 42/1994 de 30 de diciembre, cuando

¹³ SUÁREZ GONZÁLEZ, F., Menores y mujeres ante el contrato de trabajo, Instituto de estudios Políticos, Madrid, 1967, pp. 21 y ss.

¹⁴ MIÑARRO YANINI, M., “Acción preventiva en los colectivos especialmente protegidos...”, cit., p. 246.

se equiparó el período de cotización para ser beneficiario del subsidio con el de la IT (180 días en los 5 años anteriores al parto) y que luego fueron reducidos (art. 133 ter el la LGSS vigente entonces). Se estableció la maternidad como una prestación independiente de la ILT, llamada a partir de entonces Incapacidad Temporal. Así se crearon el capítulo IV bis y los capítulos IV ter a IV quinquies del título II (arts. 133 bis a 135 quáter), referidos a la maternidad, paternidad, riesgos durante el embarazo o la lactancia.

El Convenio OIT núm.111 y la Directiva 76/207/CEE junto a la aprobación de la Constitución española de 1978, establecerá un cambio relevante al aplicar un punto de vista nuevo del trabajo de la mujer basado en la prohibición de toda discriminación por razón de sexo a partir del principio de igualdad para la ciudadanía reconocido.

No obstante, deberemos de esperar alrededor de veinte años para un cuerpo legal, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL) de 8 de noviembre de 1995 que no logró cumplir dicho objetivo en su totalidad.

Hasta su aprobación, la normativa postconstitucional se centró en medidas laborales y de Seguridad Social encaminadas a la protección por nacimiento y cuidado de menor. Con respecto al parto, se materializó una nueva regulación del permiso por nacimiento y su prestación de Seguridad Social; y con respecto al cuidado de menor, permisos retribuidos.

Con relación a la protección de la salud laboral, presenta un gran vacío normativo nuestro OJ¹⁵. La regulación existente era insuficiente¹⁶. La normativa vigente constaba de un conjunto de normas sobre riesgos que prohibían a la trabajadora a determinados trabajos por quedar expuesta a sustancias peligrosas para su situación por nacimiento y cuidado de menor¹⁷.

La primera norma con respecto a la protección del período por nacimiento y cuidado de menor es la Ley General de Sanidad de 14 de abril de 1986, en su art. 21.1 c), la cual no tuvo un desarrollo inmediato y en la que se plasma el principio de adaptación del puesto de trabajo por circunstancias biológicas, reconociendo medidas de protección especiales.

¹⁵ PÉREZ DEL RÍO, T., El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, MTSS, Madrid, 1984, p. 188-189.

¹⁶ PÉREZ DEL RÍO, T., "Normativa en materia de salud laboral: presente y futuro de la normativa española de seguridad e higiene en el trabajo", en AA. VV. (Comp. BARAÑANO, M), Mujer, trabajo y salud, Totta, Madrid, 1992, p. 114.

¹⁷ Resolución de 15 de febrero de 1977, de la Dirección General de Trabajo y Promoción Industrial y Tecnología.

Mientras se producía la adaptación a la Directiva 92/85/CEE, la embarazada solo podía beneficiarse del traslado de puesto de trabajo con certificación facultativa.

Como podemos observar era necesaria la aprobación de una ley para cubrir la deficiencia normativa sobre la protección de la salud laboral de las trabajadoras en situación por nacimiento y cuidado de menor.¹⁸

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de PRL agrega la Directiva-Marco 89/391/CEE, concerniente a las medidas aplicadas para fomentar la perfección de la seguridad y la salud en el trabajo, a la que transpone casi textualmente¹⁹.

La Directiva 92/85/CEE se incorporó en el art. 26 LPRL rubricado con la “protección de la maternidad” que establece medidas dirigidas a la protección de la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada o en estado de lactancia que debe cumplir el empresario que dan respuesta a la carencia normativa respecto de esta materia. Esta Directiva abarca el embarazo, parto o puerperio y lactancia, pero este artículo en concordancia con el art. 5 de la norma comunitaria ampara solo situaciones de embarazo y lactancia y la protección por parto se regula por medio del permiso de maternidad. La protección se debería dispensar por igual a la generalidad de trabajadoras independientemente de que su trabajo represente riesgos o no para su salud, ya que la finalidad de tal permiso es proteger la salud de la trabajadora y del hijo frente al parto y no proteger la salud de ella o del hijo frente a una situación de riesgos, es decir, los bienes jurídicos a proteger además de la salud de ambos, incluyen los cuidados del menor, razonamiento que permite tal permiso ser disfrutado por el otro progenitor. El apartado 4 del art. 26, según la Directiva 92/85/CEE, reconoce el derecho de las embarazadas a permisos remunerados cuando deban acudir a la realización de pruebas prenatales y técnicas de preparación al parto.

El legislador no recogió a lo largo del art. 26 LPRL la obligación de informar a la trabajadora embarazada o lactante, por parte del empresario, los resultados de la evaluación de su puesto de trabajo conforme al art. 4.2 de la Directiva.

La mayor desarmonía se estableció al no transponerse la posibilidad de dispensar de trabajo a la trabajadora embarazada o a cuidado del menor durante el período para la protección de la salud y seguridad de ambos si el cambio no fuese posible del puesto y

¹⁸ PÉREZ DEL RÍO, T., El principio de igualdad..., op. cit., p. 108

¹⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, Trotta, Madrid. 1996, p. 19.

siguiera existiendo riesgo y el art. 26 LPRL no preveía esta medida y se guardaba un silencio al respecto, hasta que se optó por la segunda de las opciones establecidas en la Directiva 92/85/CEE que era trasladar el coste de la dispensa al Estado, ya que debía proceder de la acción protectora de la Seguridad Social, como en el caso para las trabajadoras de vuelo al no poder realizar su trabajo por la situación de embarazo.

Se trataba de asimilar el estado de la trabajadora gestante a un supuesto de suspensión del contrato por incapacidad temporal²⁰.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre llegó para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras (en adelante LCVFL) que además de cumplir con su objetivo de aunar las responsabilidades familiares con la actividad laboral de ambos progenitores, se estableció en su contenido ciertas modificaciones marcando las directrices de la Directiva en materia de salud laboral y seguridad en el trabajo, solo en relación con trabajadoras embarazadas, introduciendo la dispensa de trabajo mencionada anteriormente y se modificó el art. 54. 1. d) ET disponiendo un nuevo supuesto de suspensión de contrato de trabajo con causa en el riesgo por nacimiento y también se añade al art. 48 ET el apartado 5 para delimitar el nuevo estado suspensivo. Por lo que la Ley optó por la creación de una prestación económica a dispensar por la Seguridad Social en cumplimiento del art.11.3 de la Directiva, se trataba del calificado subsidio por riesgo por embarazo y cuya regulación queda establecida en la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (en adelante LGSS).

Se trataba de proteger la estabilidad en el empleo de la trabajadora embarazada y su permanencia en el mercado de trabajo, por lo que se declara expresamente en el art. 7 LCVFL, en virtud del art. 10 de la Directiva, la nulidad del despido por causa de embarazo, corrigiendo los arts. 53.4 y 5 ET y 108.2 y 122.2 LPL. También en el mencionado art.7 se establece que las ausencias por causas debidas a riesgo durante el embarazo a efectos de la extinción del contrato por causas objetivas no sean consideradas como faltas de asistencia, rectificando el art. 52 d) ET y su art. 18 introduce bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social de los contratos de interinidad celebrados con las personas desempleadas para cubrir a trabajadores en períodos de descanso por nacimiento y cuidado de menor.

²⁰ PURCALLA BONILLA, M. A., y RIVAS VALLEJO, M. P., “La protección de la maternidad en la relación laboral: Seguridad y Salud en el trabajo y tutela antidiscriminatoria”, AS, 1998, VOL. V, p. 819.

En el marco de la función pública se introducen ciertas modificaciones como la inclusión de la licencia por riesgo durante el embarazo.

La situación del cuidado de menor sufre una insuficiencia protectora por parte del legislador vulnerando derechos reconocidos constitucionalmente y de los cuales son titulares la trabajadora y el menor (art. 39 del texto constitucional sobre la protección integral de los hijos y la obligación de prestarles asistencia de todo orden por parte de los padres, el derecho a la vida del art.15 CE y el derecho a la salud del art. 43 CE).

No obstante, debemos hacer alusión al RD 1251/2001, de 16 de noviembre (BOE de 17 de noviembre) por el que se establecen las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo tanto para el colectivo de trabajadoras por cuenta ajena como autónomas.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante LOIMH) fue creada con el objetivo de luchar con todas las manifestaciones de discriminación por razón de sexo y promover la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres agregando reglas prósperas de la igualdad en políticas públicas, en materia educativa, sanitaria, preventiva, laboral... Esta ley modifica la LPRL en relación a las políticas públicas dirigidas a conseguir los objetivos de igualdad y determinadas situaciones que pudieran desencadenar en daños laborales relacionadas con el género, por lo que se introduce al art. 5 LPRL.

Esta Ley marca un antes y un después, incorporando la visión de género en la valoración y prevención de los riesgos con respecto al embarazo y la lactancia, por lo que da una nueva composición al art. 26 LPRL estableciendo un nuevo estado protegido con referencia al riesgo durante la lactancia natural y rectificando la prestación de riesgo durante el embarazo. Teniendo en cuenta que ha elevado la cuantía del subsidio igualándolo al de maternidad biológica además de considerar el riesgo durante el embarazo como contingencia de naturaleza profesional. Por otra parte, se ha establecido el riesgo durante la lactancia natural como causa de suspensión del contrato de trabajo igualando sus efectos a la situación de riesgo durante el embarazo.

El Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el cual se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por: maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo

y riesgo durante la lactancia natural, da contestación a las novedades establecidas por la LOIMH al introducir la prestación del riesgo durante la lactancia natural.

Debemos hacer mención también el RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, mediante el cual se adoptaron algunas medidas, como por ejemplo, la famosa ampliación del permiso de paternidad, que se iría aplicando progresivamente. Las ahora prestaciones de maternidad y paternidad pasarán a llamarse “prestaciones por nacimiento y cuidado de menor”, igualándose tanto su duración como los beneficios que la Seguridad Social establece para su protección. Así, la maternidad se mantendrá en 16 semanas, afectando esta modificación únicamente a la suspensión del contrato por paternidad. Todo ello se llevaría a cabo gradualmente, alcanzándose las 8 semanas a partir del 1 de abril de 2019, las 12 semanas en 2020, y las 16 semanas en 2021; modificación del permiso de lactancia, cuya responsabilidad en el cuidado del lactante se extenderá a ambos progenitores; nueva prestación para el cuidado del lactante; se amplía la obligación de implantar planes de igualdad; se establecen nuevas medidas de conciliación de la vida laboral y familiar; protección de la maternidad en el período de prueba...

Podemos destacar un sistema de protección jurídica del cuadro normativo vigente que parte de la tutela preventiva sobre situaciones de riesgo que afectan al nacimiento o cuidado de menor, de la que deriva la tutela laboral y la tutela previsional o de Seguridad Social.

A lo largo del art. 26 LPRL se otorga la tutela preventiva mediante medidas que debe adoptar el empresario en cumplimiento del deber general de protección que le exige la ley en su art. 14, mediante las cuales, se dedican dos de los principios más relevantes que representan el corazón de las bases de la política de prevención de riesgos hoy en día: la evaluación de riesgos alrededor del cual se arbitran un conjunto de medidas preventivas que se desencadenarán o no dependiendo de sus resultados y también el principio de adaptación del trabajo a la persona incluido en el art. 15.1 d) de la LPRL²¹, con una serie de medidas en escala ascendente que incluye la adaptación de las condiciones de trabajo (conteniendo la no realización de trabajo nocturno o a turnos), hasta el cambio de trabajo o de funciones, y si éstas fueran escasas, llegar a la exoneración del mismo hasta el tiempo que perdure el riesgo.

²¹ GONZÁLEZ LABRADA, M., “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la obligación contractual de seguridad e higiene: significado y contenido”, AL, 1996, núm. 7, p. 187 a 191.

Se tutela mediante la norma estatutaria en los arts. 45.1 d) y 48.7, del RD Legislativo 2/2015, constituyendo dicha dispensa como causa jurídicamente suspensiva del contrato de trabajo con derecho a la reserva del puesto de trabajo a fin de proteger la estabilidad del empleo de la madre y favorecer su estancia en el mercado de trabajo con la garantía de la conservación de todos sus derechos durante dicha suspensión. Fortalecido por un sistema procesal de garantías para concederle efectividad por medio de la indemnidad sobre ciertas revanchas del empresario.

Además, en cuanto a la pérdida de ingresos que supone la imposibilidad de trabajar para la trabajadora, se tienen en cuenta determinadas causas suspensivas de riesgo por nacimiento o cuidado de menor como contingencias protegidas en los arts. 186, 187, 188 por la LGSS, del RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, desplazando el valor de la medida preventiva al Estado, mediante la percepción de un subsidio a disfrutar por la trabajadora durante el tiempo necesario para proteger su salud y la de su hijo. A las contingencias protegidas, reguladas autónoma y distinguidamente de la incapacidad temporal y el nacimiento y cuidado de menor, le es de aplicación el régimen jurídico propio de los riesgos profesionales, dado su origen laboral y en cuanto a la protección económica se las asimila al régimen por nacimiento y cuidado del menor. El mantenimiento de la capacidad económica es el fin que pretende el legislador, además de medidas de carácter complementario: seguir cotizando mientras está en suspenso el contrato para evitar lagunas de cotización en la trabajadora; incentivos a la Seguridad Social a través de bonificaciones y reducciones en las cuotas de Seguridad Social con el objetivo de reducir los costes sociales que conlleva para el empresario tal suspensión, con el objetivo de que el nacimiento y el cuidado del menor no se transforme en un inconveniente para las trabajadoras.

2. RÉGIMEN JURÍDICO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR, RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LACTANCIA NATURAL

El trabajo de la mujer no debe recibir una protección especial ni desarrollarse con unas determinadas condiciones sino en absoluta igualdad con el masculino, salvo que la protección sea impuesta por encontrarse en situación por razón de nacimiento o cuidado de menor. El TC en su STC 229/1992, de 14 de diciembre, sobre la prohibición del trabajo subterráneo en las minas de las mujeres, “el artículo 14 CE exige la eliminación de los preceptos jurídicos que suponen la división sexista de trabajos con límites que suponen una

traba para el mercado de trabajo²², con la salvedad de la situación por nacimiento y cuidado de menor”. Esta sentencia declaró inconstitucional el Decreto de 26 de julio de 1957 sobre trabajos prohibidos a las mujeres.

Lo que pretende el legislador no es la protección de la mujer sino por las particularidades biológicas provenientes por la situación por nacimiento y cuidado de menor, circunstancia cuyo tratamiento desigual con respecto al varón no involucra discriminación, se basa en un elemento natural e innato, de la mujer y que merece una protección especial por el OJ.

2.1. Derechos y deberes

2.1.1. Realización, abstención y disponibilidad del trabajador/a

Durante dicha etapa no está subordinado a la vigilancia del empresario y se puede discutir el compatibilizar el disfrute del permiso con la realización de algún tipo de actividad durante su transcurso, pero vamos a limitarnos a aportar reglas de los mismos casos de la incapacidad temporal²³.

La jurisprudencia detalla sobre actividades acordes con el disfrute del permiso es casi inexistente, hay que mencionar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 26 de enero de 1993 cuya resolución aborda el supuesto de una mujer que durante el disfrute del descanso voluntario anterior al parto realizaba en una finca familiar trabajos de pastor, tareas domésticas, compras... Este descanso obliga a la trabajadora a abstenerse de realizar actividades profesionales, nuestros Tribunales configuran el desarrollo de trabajos durante el tiempo de Incapacidad Laboral Transitoria, como una vulneración de la buena fe contractual. En las suposiciones de baja por enfermedad destaca la doctrina que la resolución no puede ser diferente si se emplea como en una terminología de igualdad en aquellas situaciones en que el trabajador o trabajadora se encuentra en un permiso por nacimiento o cuidado de menor. Se requiere la no realización de actividades profesionales como determinados trabajos que supongan riesgo para el futuro nacimiento o para la salud de la madre, pero no puede sostenerse como una vulneración de la buena fe contractual la acción de realizar trabajos en el campo, ya que no existe actividad con ánimo de lucro ni se añade riesgo para la salud de la madre o del hijo o hija. No se pueden realizar actividades

²² LOUSADA AROCHENA, J. F., en AA. VV. (Coords. CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.) Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Comares, Granada, 1998, p. 158.

²³ STS 2 de Abril de 1992 (art.2590) y STS 16 de Noviembre de 1990 (Art. 8580).

profesionales durante el período por nacimiento y cuidado de menor, veto que incluye el período total de inactividad, comprendiendo el período voluntario²⁴. El fin perseguido de tal período, incluye en intentar la necesaria inactividad para que uno o ambos progenitores puedan dedicarse casi exclusivamente a la readaptación de la vida familiar al nacimiento del nuevo hijo o hija. Se exige que se extienda a las actividades extralaborales si ellas representasen riesgo para la salud de la madre o el hijo. Esta resolución remite a los criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre los casos de las vacaciones anuales y la incapacidad temporal, en los que se dispone de una doctrina consolidada al respecto²⁵.

En lo concerniente a la incapacidad temporal, se exige la imposibilidad temporal para el trabajo, ya que en principio resultaría incompatible con la suspensión del contrato. No obstante, la jurisprudencia actualmente admite que el trabajador desempeñe algunas actividades extralaborales durante el tiempo de incapacidad temporal²⁶, siempre valorando la enfermedad y las particularidades de la ocupación ante una situación de realizarlas durante el tiempo de incapacidad temporal.

En cuanto a las actividades profesionales, el poder desarrollarlas durante el permiso por nacimiento está más limitada, se encuentra totalmente excluida por contradecir su fin. En lo relativo a las actividades extraprofesionales, su afirmación sería absoluta durante el período vacacional y relativa durante dicho permiso. Durante éste se podrían efectuar cualquier trabajo de familiar, benévolo, amistoso y de buena vecindad, también actividades si no entrañan riesgo para la viabilidad del feto, la salud o la recuperación de la mujer.

En el período por nacimiento y cuidado de menor los deberes de reposo, recuperación y atención al hijo, condicionan al desarrollo de actividades extralaborales a la trabajadora o trabajador. Su realización sería contraria a la buena fe, cuando pongan en peligro la salud de la madre o el hijo o hija.

Hay que tener en cuenta que la prohibición de competencia pervive y debe entenderse vigente durante este período, además hay que recapacitar que es consecuencia razonable de la imposibilidad de efectuar actividades profesionales durante dicho período y se une como agravante el riesgo objetivo del daño concurrential.

²⁴ TSJ DE Castilla y León 26 de Enero de 1993 (AS 1993/191)

²⁵ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

²⁶ LÓPEZ ANIORTE, C.: La competencia del trabajador con su empresa, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 25 y ss.; NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: La prohibición de competencia..., op. cit., p. 320.

La desvinculación del trabajador no puede ser tan absoluta como para entorpecer el desenvolvimiento de la actividad durante su marcha²⁷ y no obstante es posible y admisible que el empresario obligue al trabajador a prestar servicios durante este tiempo, siempre que la contribución de la trabajadora o trabajador no contradiga la culminación de las finalidades destinadas a dicho período como: la recuperación de la salud, el cuidado del hijo y la readaptación del entorno familiar a la llegada del nuevo hijo o hija.

2.1.2. Cómputo de la antigüedad y promoción económica

Las consecuencias que ésta produce son de aumento de salario con respecto a los años de servicios prestados; y el derecho a determinados derechos pasivos. Éste está anexo al tiempo real de prestación de servicios. Aunque hay que apreciar que durante este tiempo la prestación no se realiza, la respuesta doctrinal y jurisprudencialmente se basa en computar este período de inactividad para el cálculo de la antigüedad²⁸. El artículo 46. 1 y 46.3 párrafo 5 del Estatuto de los Trabajadores expresamente lo aborda, la doctrina²⁹ interpretación que concierne por analogía con la excedencia forzosa y por cuidado de hijos e hijas el cómputo de esta etapa a efectos de antigüedad.

La promoción económica aparece regulada por el art. 25.1 ET que dispone que el trabajador tiene derecho a ésta en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual.

El tiempo de inactividad cuenta como de trabajo desarrollado para la remuneración de probables ampliaciones económicas por antigüedad.

2.1.3. Formación y promoción profesional

Se reconoce al trabajador el derecho a la “promoción y formación profesional en el trabajo...” art. 4.2 b) ET. Este derecho se mantiene en el patrimonio individual del trabajador durante dicho permiso, pero hay que contemplar si el trabajador puede desarrollarlo durante su curso. Quiero mencionar a Gorelli que señala que durante este

²⁷ CHARRO BAENA, P.: El derecho a las vacaciones en el ámbito laboral, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, p. 290.

²⁸ VIDA SORIA J.: La suspensión del contrato de trabajo, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, p. 153.

²⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: La protección ..., cit., p. 92.

período “se interrumpirán el derecho a la formación entre otros”³⁰. Este permiso no está pensado para reciclarse profesionalmente, no estaría reñida con su disfrute en principio, si no entorpece su objetivo y no se ponga en riesgo la salud de la madre o el hijo o hija. En el art. 46.3 ET dispone la posibilidad de reciclarse profesionalmente que recoge el derecho a llevar a cabo cursos de formación profesional en caso de excedencia por nacimiento y cuidado del menor si se efectúan con ocasión de su reincorporación. El objetivo es que el trabajador o trabajadora no pierda su aptitud profesional durante un período de tan extensa duración (hasta tres años)³¹. El menester de reciclarse existiría para multitud de trabajos aun si la inactividad tuviese una duración de dieciséis semanas, ya que la norma no distingue entre excedencias de extensa o reducida duración y a todas les corresponde el mismo derecho.

Si el empresario evaluara la necesidad de que el trabajador o trabajadora se recicle y no se cita a los cursos de formación profesional que se celebren mientras disfruta del permiso, no se podrá utilizar dicha situación en su perjuicio después. Se podría plantear si citado el trabajador o trabajadora al efecto, podría negarse alegando su derecho a la inactividad durante el período suspensivo. La doctrina destaca que es un derecho y no una obligación. Dicha falta de asistencia una vez que el empresario ha cumplido con su deber de citar, no se consideraría como infracción del trabajador o trabajadora, aunque podría entorpecer la efectiva reincorporación una vez que el permiso de excedencia hubiera concluido³².

Por otra parte, con referencia al tiempo del permiso será tomado en cuenta a efectos de ascensos³³.

La STJUE de 30 de abril de 1998 abordó esta situación cuando resolvió una cuestión prejudicial planteada por la Corte de Casación francesa sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976. Se produjo la polémica en el ámbito de un litigio entre la empresa Mutualidad Nacional del Seguro de Vejez de los Trabajadores por Cuenta Ajena y la Sra. Thibault. Esta empresa se negó a desarrollar la calificación de la Sra. Thibault para su promoción de 1983, centrándose en el capítulo 13 de su Reglamento interior, por no reunir esta trabajadora, debido a sus ausencias por nacimiento, los requisitos exigidos por esta normativa, consistentes en seis meses como

³⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: La protección ..., cit., p. 82.

³¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: La protección..., cit., p. 82.

³² QUINTANILLA NAVARRO, B.: “La excedencia por cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995”, Relaciones Laborales nº 20, 1995, p. 16.

³³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: La protección..., loc. cit.

mínimo de presencia. El TJUE consideró esta normativa contraria a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación a las condiciones de trabajo (art. 1 y 5.1 de la Directiva 76/207). En el ámbito jurídico de la relación laboral objeto del litigio, el derecho a ser calificado todo empleado para su posible promoción profesional formaba parte de sus condiciones de trabajo (art.3 de la Directiva anterior), por lo que no computar el tiempo de disfrute del permiso como tiempo de servicios prestados, conllevaba un trato desfavorable basado en el ejercicio de un derecho derivado de dicho período. El Tribunal Europeo, según su criterio, la trabajadora vinculada al empresario durante el permiso por nacimiento y cuidado del menor no puede ser privada de su promoción profesional.

2.1.4. Derecho de participación y representación

Durante el permiso el trabajador o la trabajadora seguirán siendo electores y elegibles para puestos de representación. El art. 69.2 ET contiene las reglas para acceder a la representación unitaria y no presentan ninguna particularidad durante este período³⁴. Los trabajadores y trabajadoras con el contrato suspendido serán computados para establecer tanto si existirá comité de empresa como el número de miembros, pudiendo ser miembros de este comité por sus cualidades de elegibles.

2.1.5. Realización de actividad sindical

No hay ningún impedimento para que el trabajador o trabajadora realice actividad sindical³⁵, podrá ser representante sindical y delegado sindical en la empresa como trabajador o trabajadora afiliado o afiliada.

Conservarán la garantía de su inmunidad representativa tanto si se inicia su permiso por nacimiento y cuidado del menor siendo representante como si accede a dichas funciones durante éste según art. 68 c) ET. Según Molero “lo que se pretende es prohibir el despido y la sanción a cualquiera que haya sido, vaya a ser o sea representante por el hecho de ostentar este cargo. Lo que se prohíbe no es la sanción, sino que se refiere a una sanción encubierta por causa ficticia; y es cuando se consideran despidos nulos³⁶”.

³⁴ MOLERO MANGLANO, C.: Derecho Sindical, ed. Dykinson, Madrid, 1996, p. 36.

³⁵ VIDA SORIA J.: La suspensión ..., cit., p. 69.

³⁶ MOLERO MANGLANO, C.: Derecho Sindical..., cit., p. 433.

Tras la Ley 39/99, de 5 de noviembre, la actualización de esta garantía durante el permiso tendrá un carácter innecesario, y que resulta más inespecífica que la garantía que supone la presunción de nulidad del despido durante este permiso.

2.1.6. Derecho de huelga

Para contemplar este derecho debemos diferenciar entre la titularidad y el ejercicio de este derecho³⁷. La titularidad no experimentará modificaciones durante este período, éstas se producen en el ámbito individual del ejercicio de éste, en la decisión de unirse a la huelga, decisión que durante este permiso se encuentra suspendida al no poder dejar de prestar servicios ya que no se prestan.

Es complicado admitir de que el trabajador o trabajadora pueda unirse técnicamente a ella, no podrían terminar en su trabajo porque no están obligados a trabajar en estos instantes. No obstante, no quedará sin contenido el derecho de huelga³⁸, la unión de capacidades que contiene en sí están vigentes durante este permiso: convocatoria, negociación, conducción y también desconvocarla. El trabajador y la trabajadora pueden colaborar en los actos colectivos y los que tengan el contrato suspendido, cuando les atañe la materia a tratar, pueden mostrarse como asistentes a las asambleas de trabajo³⁹.

Existe una desconexión entre el ejercicio individual aislado de este derecho y el ejercicio de las capacidades colectivas que conlleva. Éstos no se encontrarán privados de esta actividad colectiva del derecho de huelga.

El empresario durante las acciones de este ejercicio su comportamiento deberá ser similar que para el resto de los trabajadores, pudiendo sancionarse lo mismo que los otros por los incumplimientos contractuales desarrollados.

2.2. Obligaciones empresariales

2.2.1. Obligaciones económicas no salariales

La ausencia de retribución durante el permiso solo abarca a las percepciones económicas salariales, la trabajadora o trabajador puede percibir otro tipo de prestaciones económicas de carácter no salarial, derivada de la vigencia de determinadas obligaciones del

³⁷ MOLERO MANGLANO, C.: Derecho Sindical..., cit., p. 667.

³⁸ MOLERO MANGLANO, C.: Derecho Sindical..., loc. cit.

³⁹ MOLERO MANGLANO, C.: Derecho Sindical..., cit., p. 464.

empresario. Las obligaciones no salariales referentes al desempeño de la actividad laboral como: plus de transporte, dietas..., cesan. Determinadas obligaciones extrasalariales expresamente relacionadas con la actividad laboral, están vigentes en el transcurso de este permiso como la obligación de cotizar del empresario y las provenientes de la Seguridad Social complementaria, entre las que destacamos las aportaciones totales o parciales de la empresa a los fondos de pensiones y seguros colectivos⁴⁰, que conlleva un acuerdo unido a la vigencia del contrato.

Por otra parte, existen obligaciones empresariales de carácter económico de mejoras voluntarias del empresario a las prestaciones públicas de la Seguridad Social, para complementar los períodos de inactividad laboral, equiparables a las prestaciones de la Seguridad Social⁴¹. Tales conllevan el pago por el empleador de una cantidad complementaria al subsidio por nacimiento y cuidado de menor, acuerdos que se establecen en convenio colectivo que consisten en incrementar la cuantía que corresponde al trabajador o trabajadora.

La distinción entre las prestaciones obligatorias de la Seguridad Social y las mejoras a cargo del empresario es de ámbito subjetivo, mientras aquellas van dirigidas a proteger y el Estado es el obligado al pago. Éstas ofrecen a la trabajadora o trabajador una protección mejorada y corren a cargo del empresario, mediante pactos suscritos con los trabajadores y trabajadoras. Tales mejoras no se perciben como salario en período de actividad sino en situaciones de suspensión, como derecho originado del pacto establecido o de los acuerdos asumidos unilateralmente por el empresario.

Se seguirán manteniendo determinadas obligaciones cuya eficacia es independiente de la prestación efectiva de servicios por el caso de la continuidad en el abono de una compensación económica por un pacto de no competencia postcontractual⁴².

2.2.2. Obligación de cotizar del empresario

Esta obligación del empresario y el trabajador continúa durante este permiso (art. 144.4 LGSS). El empresario ingresará en la Seguridad Social las aportaciones a su cargo y la

⁴⁰ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: Las prestaciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicable), ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 205.

⁴¹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: Las percepciones extrasalariales (Estudio de régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicada), ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 191.

⁴² NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: La prohibición de competencia desleal ... , cit., p. 319

Entidad Gestora actuará a deducir de la prestación que corresponda las aportaciones del trabajador o trabajadora.

La obligación de cotizar unida a la del cómputo de la antigüedad, sea una de las manifestaciones de la vigencia de la relación laboral durante la suspensión del contrato.

Se quiere manifestar la vigencia del contrato estableciendo la continuidad en la cotización por el legislador. Ésta permanece aun estando unida a la realización de las dos prestaciones básicas (trabajar y remunerar) y las cotizaciones que se perciben son la consecuencia de la ficción jurídica de continuidad de la actividad laboral que ha establecido el legislador a ciertos efectos a pesar de no prestar sus servicios efectivos en la empresa. Puede calificarse también como un supuesto de desconexión de la obligación laboral de cotizar con la prestación laboral real, lo que demanda la cotización lo facilita la percepción del subsidio por nacimiento y cuidado del menor; si éste no existe no habrá obligación de cotizar. La relación entre trabajo y cotización se cambia a la prestación, de forma que la trabajadora cuando no tenga derecho a la prestación por insuficiencia de requisitos, ambos se verán obligados de cotizar trasladando la relación laboral a la Seguridad Social, impuesta legalmente desde su carácter prestacional.

2.3. Prestaciones

La madre tiene derecho a un permiso retribuido de 16 semanas, el cual abona la Seguridad Social y no la empresa. Se exige una cotización mínima previa para tal prestación: si es menor de 21 años no se exige período mínimo de cotización; si cumplidos 21 años y menor de 26 hay que tener 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha del inicio del descanso o 180 días cotizados en el transcurso de la vida laboral o si es mayor de 26 años tener 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral. Si no se tiene cubierto el período mínimo de cotización indicado, se tendrá derecho a percibir un subsidio durante de 42 días naturales, que se deberán disfrutar a continuación del parto en una cuantía equivalente al 100% del IPREM.

2.4. Mantenimiento de las percepciones en especie

Este supuesto se complica cuando parte del salario de la trabajadora o trabajador consta de una atribución individual en especie como: coche, suministros, vivienda...

Es comprensible entender que estas atribuciones patrimoniales en especie permanecen complaciéndonos durante el permiso, a pesar de la retirada de las partidas salariales durante este período. Esta conservación está condicionada por la vigencia del contrato, además para la situación de la excedencia voluntaria, Pedrajas destaca que “el uso de una vivienda proporcionada por la empresa no se pierde por el mero hecho de no prestar efectivamente el trabajo, a pesar de que tal utilización esté subordinada o vinculada a la condición de trabajadora o trabajador de la empresa, ya que es el carácter que se mantiene en la excedencia voluntaria”⁴³.

Permanecerán durante el permiso el disfrute de conceptos estables mencionados anteriormente y también se mantendrán su carácter salarial, destacando que una buena parte de la doctrina clásica les atribuye carácter extrasalarial cuando son percibidos durante la suspensión,⁴⁴ para los partidarios de ésta, el mantenimiento se explica desde su finalidad asistencial, por la mayor necesidad de la trabajadora o trabajador.

Sin duda el planteamiento de la doctrina española e italiana que contempla y mantiene que no es necesario para que se devengue salario que la trabajadora o trabajador preste servicios efectivamente es la más indicada, pues existen períodos de falta de prestación de servicios efectiva como en concreto este período cuyo carácter retribuido nadie pone en duda. El salario se asume como la contraprestación global a la función realizada por el trabajador en el conjunto de la relación que le liga con la otra parte, por lo que se entiende que no es aceptable la afirmación absoluta de que sin trabajo no hay salario. No solo se valora el trabajo realizado para la fijación de la retribución, sino también la disponibilidad de la capacidad del trabajador durante cierto tiempo, sí que es verdad, que la disponibilidad del trabajador se encuentra cada día menos ligada a la presencia física en la empresa. Si el criterio de la disponibilidad ha sido utilizado para reconocer el carácter salarial de percepciones durante la interrupción del contrato, no hay motivos para que no sea aplicable en la suspensión sin incurrir claro está en una contradicción.

⁴³ PEDRAJAS MORENO, A.: La excedencia laboral y funcional, ed. Montecorvo, Madrid, 1983, p. 297.

⁴⁴ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: Tesis Doctoral La determinación jurídica del salario en sede contractual”, UPCO 199, p. 241.

Actualmente las formas de percepciones en especie son muy variadas, el criterio para establecer el mantenimiento durante el permiso de una percepción en especie será distinta en función del bien de que se trate y de la estabilidad y la perdurabilidad en su atribución. Lo razonable es que la aportación a un fondo de pensiones se mantenga durante el permiso por estar unida a la vigencia del contrato, tanto si es extrasalarial como si es salario en especie⁴⁵, ya que no se puede despojar de dicha atribución durante la suspensión por nacimiento y cuidado del menor, aunque habrá que estar al respecto a lo que especifique el contrato.

2.5. Incrementos salariales

Se beneficiarán con toda eficacia durante el permiso, producidos en su transcurso debido a pormenores tales como: cambio de grupo profesional, incremento en el cómputo de la antigüedad en la empresa o por la aprobación de un convenio colectivo. Se establece el derecho a percibir dichos aumentos salariales computables a efectos del cálculo de la indemnización que pueda derivarse de la extinción del contrato, incremento salarial a efectos del cálculo del subsidio económico por nacimiento y cuidado de menor.

Esta situación fue juzgada por el TJCE en la Sentencia de 13 de febrero de 1996 (Pleno), Asunto C-342/ 1993, Gillespie, prejudicial, en base del principio de igualdad por razón de sexo. El Tribunal consideró que las directivas del Consejo 75/117/CE, de 10 de febrero de 1975, sobre igualdad de remuneración entre sexos, y 92/85 CE (que impone a los Estados miembros la obligación de mantener la retribución íntegra durante el permiso por nacimiento y cuidado de menor), obligan al cómputo de los incrementos salariales durante dicho permiso y los efectos de los aumentos han de incidir en el cálculo de las prestaciones de la Seguridad Social por nacimiento y cuidado de menor.

2.6. Derecho a las vacaciones

Cuestiones principales a plantearse sobre el régimen jurídico del derecho a las vacaciones:

En primer lugar, destacamos si el período de suspensión por nacimiento y cuidado de menor valdrá para devengar derecho a vacaciones anuales al no realizarse durante su transcurso prestacional laboral alguna. La autora Charro señala que existieron ciertas dudas en nuestra jurisprudencia sobre el cómputo del período de suspensión por dicho permiso a efectos del devengo del derecho a vacaciones. La entrada en vigor del Convenio

⁴⁵ MOLERO MANGLANO, C.: Derecho Laboral empresarial, ed. Mc Graw Hill, 1998, p. 90.

núm. 132 de la OIT cambió su tratamiento jurídico. El art. 5.4 de este Convenio establece que el tiempo de enfermedad, accidente, y maternidad y en general el de ausencia en el trabajo por motivos independientes de la voluntad del trabajador o trabajadora, será computado como parte del período de servicios a efectos de acumular el derecho a vacaciones⁴⁶. Hoy en día, la jurisprudencia y doctrina son unánimes y rotundas contestando de manera positiva al respecto⁴⁷.

En segundo lugar, es cuando las vacaciones han sido fijadas colectivamente con carácter general, si la suspensión total o parcial durante el permiso con el período de vacaciones conlleva la pérdida del disfrute de éstas, o si existe la posibilidad de disfrute individualizado posteriormente. El perjuicio que origina esta solución al trabajador o trabajadora ha ocasionado en ciertas ocasiones que se haya requerido la compensación económica de las vacaciones que no se han disfrutado, sin que se hayan reconocido tal derecho por nuestros Tribunales.⁴⁸ Para la denegación de dicha compensación su argumento se encuentra en la naturaleza del derecho a las vacaciones, el fin de éstas no es retributiva sino que constituyen la obligada contestación al desgaste que el trabajo produce con el objetivo de obtener la recuperación física y psíquica del trabajador. Solo es posible excepcionalmente dicha compensación económica por su falta de disfrute cuando se origine la cesación en el servicio antes de que se haga efectivo el descanso anual⁴⁹, y no después de tener lugar éste cuando no pudieron disfrutarse por estar de baja por embarazo, parto o lactancia.⁵⁰

El autor Gorelli al respecto señala: “...en todo caso, si existe coincidencia entre ambos períodos no es posible la reclamación por el importe metálico de las vacaciones no disfrutadas, teniendo solo el derecho a la prestación por maternidad en el caso de que cumpla los requisitos. En todo caso es uno de los efectos más lamentables de esta situación, dado que los trabajadores que no tengan derecho a la prestación tampoco recibirán el salario de vacaciones. Es por ello que en estos casos el principio de equidad impulsa a una interpretación favorable al abono de dichos salarios, pues el empresario estaba originariamente obligado a ello. Si estamos ante un caso fortuito, eso significa que el empresario no va a ser responsable del no disfrute de las vacaciones en estado de

⁴⁶ STSJ de Navarra de 25 de marzo 1999 (AS 1999/986).

⁴⁷ CHARRO BAENA, P.: El derecho a vacaciones ..., cit., p. 423 y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: La protección ..., cit., p. 94.

⁴⁸ STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de julio de 1996 (AS 1996/3274).

⁴⁹ STC de 29 de abril de 1985 (RTCT 1985/4018).

⁵⁰ TSJ de Navarra de 25 de marzo de 1999 (AS 1999/986).

perfecta salud, pero esto no significa que quede liberado de sus obligaciones originarias...”⁵¹. Podemos apreciar que conformes con dicho autor en que se produce un resultado poco equitativo, se discrepa en que la solución al problema sea el cobro de los salarios del período de las vacaciones, ya que la trabajadora no se encuentran de vacaciones, sino con el contrato suspendido, período durante el cual no le corresponde el cobro del salario.

Parece razonable interpretar que los perjuicios e inequidades producidos por esta interpretación doctrinal y jurisprudencial que conllevaban la pérdida del disfrute de las vacaciones comportan una discriminación por razón de sexo de carácter indirecto, ya que la solución se sustentaba en un convenio colectivo o de un pacto con carácter neutro pues afecta por igual a todos los trabajadores independientemente del sexo, pues es la mujer la que resultaba más perjudicada por la norma con el tiempo de incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia, así como la baja por maternidad. La solución más adecuada sería que cuando se produjera la coincidencia entre ambos períodos, el propio convenio o pacto al fijar con carácter general las vacaciones contemple mediante previsiones específicas que las vacaciones pudieran disfrutarse después, antes de que finalice el año o con posterioridad o de común acuerdo entre el trabajador y el empresario.

Podemos poner como ejemplo el caso de industrias Continental que no concedió a la Sra. Merino el período de vacaciones solicitado por coincidir su permiso por maternidad con uno de los períodos de vacaciones anuales de su centro de trabajo establecido en acuerdo colectivo al respecto. La trabajadora formuló demanda contra dicha empresa, con base a esta denegación, ante los juzgados de lo Social de Madrid, relativa a las vacaciones reclamadas. En el marco de este litigio, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid planteó al TJCE mediante Auto de 3 septiembre de 2001 dos cuestiones prejudiciales pues no compartía el criterio de los tribunales españoles de pérdida del período de vacaciones por solapamiento con el permiso por maternidad en supuestos como el presente.

El TJCE resolvió en la Sentencia de 18 de marzo del 2004 las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social núm.33 de Madrid, declarando que los arts. 7.1 de la Directiva 93/104, 11.2 de la Directiva 92/85 y 5.1 de la Directiva 76/207 han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones

⁵¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: La protección ..., cit., p. 98; STSJ de Andalucía de 3 de junio de 1997 (AS 1997/5080).

anuales en un período diferente al de su permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla.

A partir de entonces, desde el punto de vista jurídico en el art. 38.3 ET, las madres están protegidas, estableciendo que cuando el período de vacaciones fijado por la empresa coincide con el tiempo de incapacidad temporal contemplado anteriormente o como baja por maternidad, se tiene derecho a disfrutar de los días de vacaciones en fecha distinta, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural al que correspondan.

Con relación de si los días de baja por maternidad computan para el cálculo de los días de vacaciones, hay que tener en cuenta que salvo que el convenio empresarial disponga cuestión diferente, las vacaciones anuales de un trabajador serán como mínimo de 30 días naturales o 22 días hábiles al año, sin contar sábados y domingos, y sí computan como días de trabajo para el cálculo de las vacaciones anuales.

Se puede solicitar un permiso no retribuido, una excedencia cuya duración máxima será de 3 años, para el cuidado de cada hijo, en que el trabajador no tiene derecho a vacaciones, ya que el período de trabajo se ha interrumpido. En caso de que se solicitara una excedencia de 3 meses, las vacaciones se establecerían de acuerdo a los otros 9 meses trabajados.

Según Sentencia Supranacional nº C-12/17, Tribunal de Justicia de la UE, de 4 de octubre de 2018, para el cálculo de las vacaciones anuales retribuidas, el tiempo de disfrute del permiso de paternidad no computa como tiempo de trabajo efectivo, a diferencia de los que se establece con las vacaciones y la baja por maternidad, se hace por motivos biológicos entre los derechos que asisten al padre y la madre con lo que se pretende proteger la condición biológica de la mujer durante y después del embarazo, así como las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, ya que esta situación es distinta también de la del trabajador que goza de un permiso parental.

Para el TSJUE, el Derecho de la Unión dispone que los trabajadores dispondrán del derecho a un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas si éste ha trabajado efectivamente durante el período de referencia un año. El Tribunal de Justicia señala que, en determinadas situaciones concretas en las que el trabajador no puede cumplir sus cometidos por una ausencia de un permiso de maternidad, los Estados

miembros no pueden supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas al requisito de haber trabajado efectivamente.

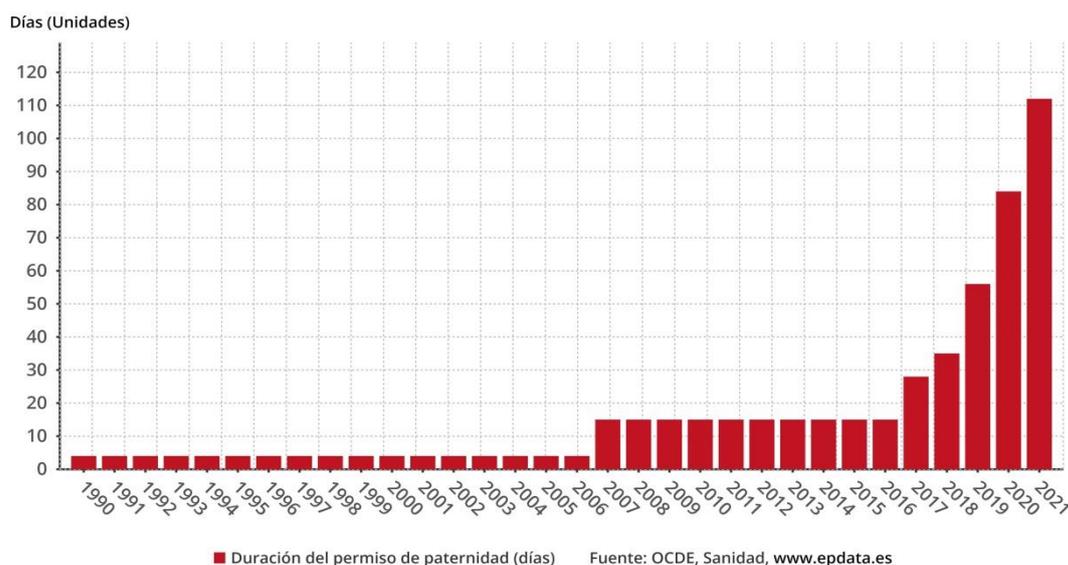
Conforme a lo expuesto, la Gran Sala declara: “El artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, que, a efectos de determinar el derecho a vacaciones anuales retribuidas que dicho artículo garantiza a un trabajador respecto de un período de referencia, no considera período de trabajo efectivo la duración de un permiso parental disfrutado por ese trabajador durante el citado período”.

2.7. Derechos derivados de la paternidad

A partir del 1 de enero de 2021 los derechos de los padres es el mismo que el de las madres, ambos tienen derecho a 16 semanas y al permiso de lactancia, así como al igual que la madre a la excedencia o reducción de jornada por cuidado de un menor.

La intención es equiparar las semanas de permiso para ambos progenitores con una retribución del 100% como medida tendente a favorecer la responsabilidad igualitaria en la crianza de los hijos y la igualdad de hombres y mujeres en el mercado laboral.

Así ha evolucionado la duración del permiso de paternidad en España



Estos son los derechos que tiene un padre para conciliar la vida laboral y familiar:

1. Permiso de paternidad de 16 semanas abonado por la Seguridad Social.
2. Permisos retribuidos abonados por la empresa en caso de que así lo establezca el convenio colectivo.
3. Lactancia acumulada y sin acumular abonada por la empresa, similar al de la madre.
4. Desaparece la posibilidad de que la madre ceda parte del permiso a partir del 1 de enero de 2021.

El permiso de paternidad, es propio y exclusivo del progenitor y por lo tanto no podrá ser cedido por el padre a la madre.

Antes de la reforma laboral del año 2019, se establecían dos permisos retribuidos en caso de nacimiento; uno lo pagaba la empresa y el otro la Seguridad Social.

1. Permiso abonado por la empresa, solo si se recoge en el convenio colectivo, pues ha desaparecido este derecho del ET con el aumento del permiso hasta las 16 semanas.
2. Permiso abonado por la Seguridad Social, el artículo 48.4 ET dispone que el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante 16 semanas, ya que serán obligatorias las 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente con posterioridad al parto, que tendrán que disfrutarse a jornada completa. El día que empieza a contar el permiso es el mismo día del nacimiento.

Los permisos que recoge el ET y que abona la empresa no se han perdido, si lo reconoce la empresa mediante el convenio colectivo en primer lugar.

En la Sentencia de 21 de febrero de 2020 de la Audiencia Nacional ha considerado que esos días que establecen el convenio colectivo no se pierden, aunque se hayan eliminado del ET y lo mismo se establecía según sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Social nº 140/2019 de fecha 29/11/2019, ya que el tribunal se acogía al art. 3.3 ET.

No obstante, con fecha posterior en la Sentencia de 27 de enero de 2021 del TS considera inaplicable los días de permiso de paternidad recogidos en convenio colectivo una vez se han equiparado las semanas del padre con el de la madre.

Una vez transcurridas las seis semanas, al igual que la madre, el padre podrá disfrutar las demás semanas como él prefiera de forma continuada o ininterrumpida y siempre en períodos semanales antes de que el menor cumpla 12 meses, sin que la empresa pueda oponerse, tendrán que preavisarse con una antelación mínima de 15 días a la empresa. También podrán disfrutarse en jornada parcial siempre que exista acuerdo con la empresa, cobrando mitad de la empresa y mitad de la Seguridad Social y al ser jornada parcial será el doble de semanas a la que se tiene derecho, si se disfruta al 50%.

La Seguridad Social establece un requisito de tener cubierto un período de cotización de 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio del período de suspensión o del permiso o 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a dicha fecha.

Esta prestación económica de paternidad abonada por la Seguridad Social consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, tomando como base la fecha de inicio del período de descanso.

Si el trabajador se le extingue el contrato durante el período de suspensión y el cobro de la prestación de la paternidad por despido o por su finalización, percibirá la prestación hasta que se extinga pasando a la situación de desempleo y percibirá dicha prestación de desempleo.

Si éste se encuentra de baja en situación de incapacidad temporal, el trabajador cobrará la prestación por paternidad y se verá incrementada la cuantía de la misma al percibir el 100% de la base reguladora.

Hay que hacer hincapié sobre el aspecto de que si el trabajador se encuentra de baja por incapacidad temporal, tendrá que disfrutar obligatoriamente el permiso de paternidad y no podrá posponerlo.

En cuanto al permiso de lactancia el art. 37.4 ET reconoce a los trabajadores, previo aviso y justificación, ausentarse del trabajo sin disminución del salario, debido a la lactancia del hijo. Este permiso de lactancia se podrá disfrutar hasta que el hijo o hija cumpla 9 meses, iniciándose en el momento en que se realiza la solicitud, realizándose cuando el trabajador se incorpore del permiso de paternidad para calcular los días que le corresponde.

Se podrá disfrutar:

1. Lactancia sin acumular: El trabajador tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo por cada día de trabajo, que se puede dividir en dos fracciones de media hora cada una.
2. Reducción de jornada: Se podrá solicitar entrar o salir media hora antes o después. Se considerará reducción de jornada y en lugar de la hora de lactancia, solo dispondrá al derecho de media hora.
3. Lactancia acumulada: La acumulación se realizará de la forma que indique el convenio colectivo y en su defecto, se deberá sumar cada hora de trabajo que se disfrutará en caso de que no acumular hasta que el hijo cumpla 9 meses teniendo en cuenta el calendario laboral, transformando dicha suma en jornadas de trabajo.

Este permiso pueden disfrutarlo los dos progenitores aunque ambos estén trabajando. Si los dos trabajan y los dos lo disfrutan, podrán ampliar el permiso desde los nueve hasta los doce meses, sin embargo, los meses de permiso desde los nueve hasta los doce meses tendrán una reducción del salario que será proporcional al tiempo de ausencia por disfrute del permiso.

El trabajador preavisará al empresario con 15 días o el tiempo que determine en el convenio colectivo aplicable precisando la fecha en que se iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada, indicando el horario escogido si no se opta por la lactancia acumulada.

Éste deberá abonarlo el empresario y el trabajador no podrá ver reducido su salario, con la excepción, si deciden ampliar el permiso hasta los 12 meses, por los últimos 3 meses.

Además serán compatibles éste y los demás permisos descritos anteriormente con los siguientes:

Reducción de jornada por cuidado de un menor de 12 años de entre un octavo o mitad de la jornada con una reducción del sueldo proporcional al de la jornada.

Adaptación de la jornada de trabajo al teletrabajo, un turno determinado o un cambio de horario sin necesidad de reducir la jornada ni el salario.

Excedencia por cuidado de un hijo o hija hasta que cumpla 3 años, suspendiendo la relación laboral sin derecho a desempleo durante ese tiempo.

El trabajador tiene una protección especial durante el disfrute del permiso de paternidad y hasta doce meses después del nacimiento, si se despidiera a éste sin causa para ello, el despido será declarado nulo y tendrá derecho a ser admitido de manera inmediata con el abono del salario dejado de percibir desde el momento en que fue despedido, aunque puede ser despedido si existe justa causa mediante un despido objetivo o disciplinario.

Dicha protección no solo se hará efectiva hasta que el trabajador disfrute el permiso de paternidad de la Seguridad Social, sino también cuando se pueda acreditar que la empresa ha despedido al trabajador por el simple hecho de avisar de que iba a disfrutar la paternidad, a lo que el juez consideró también despido nulo.

En la Sentencia de 4 de diciembre de 2020 del TSJ de Madrid, motivo como bien he reflejado anteriormente, ha considerado nulo el despido de un trabajador que había avisado a la empresa con un mes de antelación a la fecha prevista del parto del disfrute del permiso de paternidad y lactancia.

Esta protección que se prolongará si se acoge a una reducción de jornada o disfruta de una excedencia.

3. PERSPECTIVA CON RELACIÓN AL RESTO DE EUROPA

Destacamos en primer lugar que hay una necesidad de ampliar el permiso por nacimiento y cuidado del menor a seis meses como mínimo, para así poder asegurar una lactancia natural materna, la cual recomienda la OMS, como bien desarrollaré más adelante.

Esta necesidad me ha conducido a examinar los permisos de maternidad y paternidad con el resto de Europa y he observado el vasto camino que nos queda por caminar para igualarnos a determinados países europeos, según informes de OIT y OECD.

Vamos a reflejar mediante una visión panorámica los distintos países relacionándolos de forma descendente:

Países con permisos por maternidad superiores a seis meses.

Suecia es el líder encabezando con 480 días (16 meses) compartidos entre el padre y la madre y percibiendo el 80 ciento del sueldo hasta los 390 días.

Le sigue Bulgaria el país que lidera la prestación de maternidad más alta de Europa, los permisos llevan consigo un conjunto de beneficios que sustituyen los ingresos del empleo

de la mujer durante dicho permiso y duran 58 semanas (410 días, el primer año de nacimiento más las últimas semanas de embarazo), con la posibilidad de ampliarlo a tres años, percibiendo un porcentaje del sueldo en el segundo año, y sin cobrar durante el tercer año de excedencia.

Albania, Reino Unido, Bosnia y Montenegro con 365 días. El caso del Reino Unido es el segundo país con la mayor prestación por maternidad, poseen el derecho a 52 semanas, de las que 39 están remuneradas, solo las dos primeras semanas (cuatro si trabajan en una fábrica) son obligatorias.

Noruega, 315 días, (diez meses más o menos).

Grecia, 301 días o 43 semanas (sobre diez meses).

Irlanda, con 294 días o 42 semanas (casi diez meses).

Macedonia, con 273 días (aproximadamente, nueve meses).

República Checa, con 256 días o 36 semanas y media (aproximadamente, ocho meses y medio).

Eslovaquia, 238 días (casi ocho meses).

Croacia, con 196 días o 28 semanas (aproximadamente, siete meses).

En Dinamarca, los padres y las madres cuentan con un año de permiso que deben repartirse, teniendo que coger como mínimo la madre 126 días o 18 semanas, y el padre 14 días. Si el padre sólo decidiera coger dos semanas y ceder el resto a la madre, esta podría disfrutar de 225 días de permiso de maternidad (aproximadamente, siete meses y medio).

Islandia ha pasado a seis para cada uno de ellos y del total para cada progenitor, cuatro meses y medio son intransferibles y el mes y medio restante sí se puede transferir. Este sistema lleva a cabo una política inmejorable, pero que podría ser más efectiva si se incrementase la retribución por el permiso: actualmente ambos reciben un 80% del salario hasta un límite el cual era más alto antes de la crisis financiera, al igual que en Polonia, las madres tienen seis meses de permiso de maternidad con el 100% de su sueldo, pudiendo incrementar otros seis meses más si así lo desean, reduciendo el porcentaje de sueldo a percibir.

En Finlandia, las madres cuentan con 122 días (o aproximadamente, cuatro meses) de baja remunerada, pero después tienen 158 días extras (26 semanas) retribuido al 70% del salario que pueden compartir con su pareja si lo prefieren.

En Ucrania las mujeres poseen el derecho a un permiso de maternidad con la totalidad del sueldo, 56 días después de dar a luz y 70 días antes del parto. Más adelante tienen derecho a un permiso sin sueldo por parte de la empresa hasta que el niño o niña tenga tres años.

Países con permisos de maternidad inferiores a seis meses.

Hungría, 168 días o 24 semanas (algo más de cinco meses y medio)

Italia, con 154 días o 22 semanas (aproximadamente, cinco meses).

Portugal, con 150 días de permiso de maternidad al 80% del sueldo. Si se quiere conservar el 100% del salario, el permiso debe ser entonces de 120 días.

Estonia, Rusia y Serbia, 140 días o 20 semanas (algo menos de cinco meses).

Bielorrusia, Moldavia, Lituania y Rumanía, 126 días o 18 semanas (algo más de cuatro meses).

Holanda, Francia, España, Turquía, Suiza, Austria, Chipre, Luxemburgo y Letonia tienen 112 días o 16 semanas. Con respecto a Francia el permiso de maternidad es de 16 semanas (26 si la gestante ya tiene dos hijos) y es obligatorio, las mujeres no pueden reincorporarse al empleo antes si lo desean ni es transferible y pueden reducir sus jornadas a 37 horas semanales.

Bélgica y Eslovenia, 105 días o 15 semanas.

Malta y Alemania con 98 días o 14 semanas (aproximadamente, tres meses). En Alemania, esas 14 semanas están repartidas en seis semanas antes de la fecha de parto, y ocho semanas después de haber dado a luz. Más adelante, los padres tienen derecho a cogerse una excedencia para cuidar de su bebé hasta que cumpla tres años. No obstante, el Estado proporciona una ayuda económica a las madres hasta los 14 meses.

Liechtenstein, es el país europeo con la baja por maternidad más escasa, con tan solo 56 días.

Posición de los permisos parentales en Europa

Debemos destacar que las madres no poseen siempre permisos parentales únicamente para ellas dentro del Estado Europeo, más bien suelen distribuirlos con los padres.

Cabe mencionar el caso de Bulgaria que cuando el hijo o hija alcanza la edad de 6 meses, el padre puede comprometerse a su cuidado, utilizando el resto de los días de la madre, Italia sigue este mismo ejemplo, ya que el permiso de paternidad dura una semana y es obligatoria que puede ser usada en los cinco primeros meses tras el nacimiento y se pueden traspasar hasta 3 semanas del subsidio de la madre. En cuanto a Islandia cuatro meses y medio son intransferibles como bien he mencionado anteriormente y el mes y medio restante sí se puede transferir y los padres tienen más en cuenta el dinero a la hora de hacer uso de la licencia parental que las mujeres, ya que reciben un 80% del salario hasta un límite, el cual era más alto antes de la crisis financiera, como he apreciado anteriormente. En Finlandia el permiso de paternidad, es la mitad del de la madre: 54 días (nueve semanas), de tales, el padre puede coger tres al mismo tiempo que la madre disfruta de su permiso.

Hay países que les quedan un amplio camino por recorrer para tener permisos parentales igualados, por ejemplo en Chipre el padre solo puede cogerse dos semanas de permiso, en el Reino Unido los padres pueden elegir entre una o dos semanas en el que el permiso no es obligatorio y las 50 semanas restantes y no obligatorias del permiso de maternidad pueden ser transferidas al padre. En Francia hay que destacar que los padres, su permiso es de dos semanas (el análisis no indica si es obligatorio, tan solo que debe usarse en los cuatro meses posteriores al nacimiento del bebé) y se prevé que el Gobierno lo amplíe a 28 días en julio de 2021. Se destaca también sus jornadas semanales reducidas por convenio.

En Suecia los padres tienen derecho a 480 días de permiso conjunto de los que 12 semanas corresponden al permiso de paternidad y de maternidad de cada uno. En Noruega los permisos están igualados incrementándose si se tienen más hijos a la vez. Lo mismo sucede en Croacia, donde la madre tiene un permiso por maternidad de 115 días y un permiso parental intransferible de cuatro meses.

Otros países no los poseen, pero sí que tienen un conjunto de permisos especiales que conceden a los padres disfrutar de una baja por paternidad.

En Turquía, la Ley Laboral 4857 de 2003 dispone una serie de suposiciones en los que los padres pueden conseguir permisos de ausencia, destacando entre ellos el que se otorga cuando el cónyuge da a luz, de 5 días de duración. En Eslovaquia el permiso del padre no se conserva exclusivamente para éste, sino destinado también para cualquier persona asegurada para el cuidado del niño tras un acuerdo con la madre.

Como podemos observar en Europa no hay un único prototipo: hay ejemplos que aceptan que la madre es la que tiene la función de cuidadora, en los que el permiso de nacimiento y cuidado del menor es más amplio, de varios meses, pero el de los padres es de tan solo una o dos semanas con una parte transferible por parte de la madre.

La prueba de la evidencia muestra que los padres son más tendentes a asumir el permiso cuando es un derecho individual y no transferible, aunque considero relevante la aplicación de políticas públicas que no estén solamente orientadas en el mercado laboral por citar por ejemplo la reducción de la jornada laboral que es una buena forma de permitir la conciliación y a la que haremos mención posteriormente.

Si nos centramos como países prototipos a imitar podemos destacar Suecia y Finlandia.

En primer lugar, Suecia aparece como el modelo referencia socialdemócrata en cuanto a estudios comparativos de los Estados de bienestar, ya que contempla la igualdad de género durante décadas formando parte del discurso público y empleando muchos utensilios políticos para impulsarla.⁵²

A partir de los años 70 es cuando en España se tiene una visión de que en la unidad familiar existieran dos personas que trabajasen. En Suecia ya se pensaba así desde los años 30 con muchas presiones al Gobierno y se muestran generosos permisos parentales con guarderías para hacer atractiva a las mujeres su permanencia en el mercado laboral⁵³. Su idea de que los hombres deberían compartir la baja paternal ya existía desde los años 70⁵⁴ y la importancia que se le presta a la infancia en los años 90, ya que existían guarderías que se ocupaban del cuidado de los hijos e hijas a tiempo parcial o completo.

⁵² DE VILLOTA GIL-ESCOIN, P. Conciliación de la vida profesional y familiar. Síntesis, S.A., Madrid, 2015. p.113.

⁵³ DE VILLOTA GIL-ESCOIN, P. Conciliación..., op. cit., p. 119.

⁵⁴ DE VILLOTA GIL-ESCOIN, P. Conciliación..., op. cit., p. 130.

Las guarderías se acomodan a los horarios del padre y de la madre y la escuela obligatoria no se inicia hasta la edad de 7 años y anteriormente acuden de forma voluntaria a clases de preescolar, destacamos también que prima las mujeres monoparentales a la hora de acceder al sistema público en cuanto a su cuidado. Por lo que podemos apreciar la constante atención del Estado por su ciudadanía y en concreto por el cuidado de la familia.

En segundo lugar, Finlandia podemos destacarlo con un Estado de bienestar muy desarrollado, donde se cuida al máximo al ciudadano y a la ciudadana y entre los aspectos a destacar son los derechos referentes a la protección para el cuidado de menor como remuneraciones que se proporcionan hasta que cumpla 17 años el hijo o la hija, los cuidados por nacimiento y cuidado de menor y los infantiles posteriores son gratuitos incluyendo guarderías y resto de educación hasta la Universidad, además de ayudas, prestaciones..., es decir, las mujeres se encuentran protegidas por el Estado.

Son estas políticas sociales centrándome en los dos modelos presentados las que ayudan a la incorporación de la mujer en el mercado laboral, pues resultan sumamente efectivas por la visión que tiene el Estado sobre los problemas de la ciudadanía y que se ve reflejada en las decisiones políticas.

4. CONCLUSIONES

En el año 2021 se ha llegado a igualar y a ser intransferible el permiso del padre por nacimiento y cuidado del menor con el de la madre con 16 semanas, si nos preguntamos el por qué nos llevaría a responder que contribuiría a eliminar los roles de género y contribuir a una sociedad de personas libres, las madres pagarían muy caro su lejanía del empleo, los niños y niñas requieren los cuidados de ambos por igual, la sociedad cree por la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado del trabajo y efectivamente reconoce la corresponsabilidad en el cuidado, la Seguridad Social debe dar a los hombres la posibilidad de admitir su parte.

Observamos que la mentalidad en España va cambiando y eso se aprecia en el marco normativo en materia de protección por nacimiento y cuidado de menor desde principios del siglo XX, apuesta por una sociedad en la que la pareja sea igualitaria y si nos preguntamos si los hombres toman el permiso pero lo que hacen es no cuidar a los hijos como muchas personas dicen que se van de vacaciones cuando lo desempeñan, las estadísticas reflejan que los hombres en general cuidan de ellos durante tales permisos y

aun no cuidando, la igualdad de los permisos sería rentable solo por el simple hecho de que los hombres y mujeres se retiraran del empleo exactamente en la misma medida. La igualdad de éstos es una condición para la igualdad en el empleo y por otra parte, aun siendo una minoría, los hombres igualitarios tendrían el derecho a esta prestación contributiva por este permiso, ya que esta igualdad de permisos es para que los hombres reconozcan la corresponsabilidad.

Estos permisos parentales se establecieron por primera vez en Suecia en 1974 y han sido concebidos como derechos personales pero transferibles, ya que son de disfrute individual pero la pareja decide cómo se reparte su uso, aunque las mujeres son las que hacen uso en exclusiva casi siempre de estos derechos transferibles lo que ha llevado a ir introduciendo la intransferibilidad para cada uno de los cónyuges, como ha sucedido en España.

La tendencia es ir incrementando como hemos observado en Europa occidental la duración de los permisos parentales como en Francia y en España progresivamente y a la vez la incentivación del disfrute paterno.

Por otro lado, las políticas de igualdad dan lugar a la difusión de una legislación que procede en defensa de la mujer en permiso por nacimiento y cuidado de menor para que disfrute de una protección y unos índices de amparo en particular potentes.

Una de las novedosas medidas de la futura ley de diversidad familiar en España, proyecto con el que está trabajando el Ministerio de Igualdad, es disfrutar de un permiso de maternidad y paternidad de hasta un año y que entraría en vigor en el 2022, el cual esperamos ansiosos su implementación.

Para recobrar la tasa de natalidad a niveles coherentes que hoy en día sufre un gran declive, se necesitaría que se tomara la decisión de tener hijos o hijas por multitud de mujeres, ya que éstas ya no determinan ser madres cuando la elección que perciben es transformarse en auténticas amas de casa. Las políticas de conciliación han buscado que las mujeres pudieran compaginar su trabajo asalariado con el nacimiento y cuidado de menor, pero sin plantearse que la seriedad del asunto radica en la exigencia de accionar todos los medios de cuidado que existen en la sociedad y particularmente el de los hombres, actualmente malgastado.

La distinción por sexos en referencia al acceso a la protección por nacimiento y cuidado de menor se incrementará si se reclaman mayores períodos de cotización y se ata más

severamente la cuantía de las prestaciones a las cotizaciones por un lado y, por otro, cada vez tienen más probabilidades las mujeres y requieren la necesidad de alargar abandonos en el trabajo. Con esta variación en el empleo, se ha intentado compensar a las mujeres por estos abandonos, nunca podrá equipararlos con los hombres si ellos no se involucran de la misma forma en el cuidado y en las correspondientes prestaciones.

Por otra parte, la OMS recomienda una lactancia materna exclusiva al menos durante los primeros 6 meses de vida para lograr un crecimiento, desarrollo y salud óptimos del bebé. A nivel mundial, solo un 40% de los lactantes menores de seis meses la reciben, inalcanzable con el permiso hasta ahora vigente, lo que provoca una situación de verdadero stress si la madre opta por este tipo de alimentación y está trabajando. Observamos que el permiso por paternidad ha experimentado un gran incremento en los últimos años, lo que no podemos decir lo mismo del permiso por maternidad que está estancado desde 1989 y es algo que se viene reclamando hace años. Hay un arduo camino todavía por recorrer para alcanzar a los países como Suecia, Islandia o Finlandia que gozan de muchas más facilidades a la hora de la conciliación familiar. Las madres deberían mantener la lactancia materna durante el horario laboral, muchas de las que reanudan su trabajo la abandonan porque no tienen tiempo suficiente o no disponen de instalaciones adecuadas para dar el pecho o extraerse y recoger la leche. Ellas necesitan tener en su lugar de trabajo o próximo a él un sitio seguro acondicionado y privado para poder seguir amamantando a su hijo o hija. Hay que adaptar las condiciones de trabajo, mediante la baja por nacimiento y cuidado de menor remunerada, el trabajo a tiempo parcial, las guarderías en el lugar de trabajo, las instalaciones donde amamantar al hijo hija con las pausas para dar el pecho o las extracciones y recogidas de leche.

La vuelta al trabajo es una causa frecuente de abandono de la lactancia y está relacionado con el conflicto de roles entre ser madre y trabajadora, lo que implica mayor necesidad de apoyo social o familiar para continuar con el amamantamiento. Muchas veces las mujeres identifican que el desconocimiento o la posible negligencia de los empleadores con referencia a la legislación de protección por nacimiento y cuidado de menor generan conflictos en la relación de trabajo y angustia materna para hacer valer sus derechos. Podemos apreciar que en ambientes laborales en los que el conocimiento de las normas es mayor y se dispone con más herramientas para su ejercicio, los índices de mantenimiento y duración de la lactancia eran mayores que en aquellos entornos en los que, aunque existían espacios, no eran del interés del empleador, percibiéndose que en el entorno laboral no

apoyan a la mujer que amamanta de manera efectiva. Se requiere del apoyo del empresario para que el regreso de la madre al trabajo no constituya una barrera para la lactancia, pues es posible que las mujeres la continúen de manera exclusiva hasta los 6 meses si se cuenta con un entorno laboral de apoyo, en donde además se suministre la información pertinente acerca de la leche materna.

Hay que reivindicar un ejemplo de discriminación para las atletas que conjugan como pueden su profesión y su decisión de ser madres, en el que a comienzos de los Juegos Olímpicos de Tokio 2021 han sufrido las restricciones del Gobierno Japonés al no poder continuar con la lactancia materna exclusiva de su hijo o hija durante la duración de las dos semanas de pruebas, pudiendo ocasionarles una obstrucción o mastitis. Una vez más, podemos apreciar que la mujer debe elegir entre el trabajo y la familia, lo que refleja las medidas sumamente drásticas en cuanto a los deportistas. Dicha lactancia debe ser calificada como un Derecho Humano y que la conciliación familiar y deporte de élite en este caso, sea más fácil para todos.

Francia, Holanda y los países nórdicos destacan por sus jornadas semanales reducidas por convenio, sobre 37 horas y por su menor dedicación media de trabajo a la semana, especialmente Holanda, donde el empleo a tiempo parcial se incrementa entre las mujeres y es muy destacado entre los hombres también y reconoce el derecho a exigir flexibilidad horaria, reducción de jornada y teletrabajo, mientras que los países nórdicos y Francia solo garantiza el derecho a la reducción de jornada.

La mayor parte de los países nórdicos, continentales y mediterráneos reconoce permisos de maternidad entre 14 y 21 semanas con un sistema de remuneración desigual, mientras que los países anglosajones se distinguen por ofrecer permisos de mayor longitud pero de inferior remuneración. En cuanto a los permisos para padres apreciamos una gran variedad, hay países que solo distinguen permisos de paternidad por su longitud como España y Finlandia, países que reconocen períodos reservados para los padres como Alemania y países que presentan una mezcla de ambos como Suecia y Portugal. Hay que destacar el modelo que Suecia muestra, ya que es una combinación de longitud de permiso y de período de disfrute, flexibilidad, período intransferible para padres, óptima remuneración e incentivos económicos para un reparto igualitario.

España recoge un modelo de bienestar mixto, ya que su punto histórico ha llevado a señalar rasgos dominantes que se traducen en unos derechos sociales que dependen del

estado de empleo o desempleo y del tipo de contrato y antigüedad, es decir, del historial de cotizaciones, en un mercado con altas tasas de paro, temporalidad, empleos y salarios precarios, el depender los derechos al bienestar y atender la situación de empleo acarrea el incremento de desigualdades sociales y desatención de emergencias sociales.

Además los cuidados del menor son principalmente vistos como más característicos de la mujer, ya que la familia se ha visto abandonada por las administraciones públicas lo que ha provocado la desigualdad de género, al ser ellas las que por rol sean las principales encargadas del cuidado de la familia, aunque se reconoce que desde los años noventa, la participación de la mujer se ha incrementado en la actividad laboral pasando del 42% en 1990 al 70% en 2018, (OCDE, 2019) -reflejando el de este año y no el de 2021 tras la fuerte caída de empleo registrada en 2020 frente a los brotes de la pandemia- lo que ha llevado consigo una metamorfosis a nivel de patrones familiares como de las formas de vida, más diferentes e igualitarios que en el resto de Europa del sur. Transformaciones que han llegado conducidas de determinadas políticas de conciliación, como ha sido la extensión progresiva del permiso de paternidad.

Si necesitamos prosperar en una corresponsabilidad positiva, de varones, de las empresas y de la sociedad en sí con respecto al cuidado del menor, debemos conceder a éste el valor social que precisamente posee y reclamar que se distribuyan de forma igualitaria y se coordine un plan de bienestar social para asegurarlo tanto al menor como a quienes lo cuidan.

Se precisa que tanto las políticas públicas desde las administraciones y de responsabilidad desde las empresas, con criterio de género, nos permitan que tengamos una calidad de vida tolerable para invertir tiempo al cuidado del menor y planteamos una serie de sugerencias que intentan colaborar para poder mejorar esta situación y que ya se han puesto en vigor en determinados países:

Promover la adaptabilidad del tiempo de trabajo

Horarios flexibles de entrada y salida, posibilidad de cambios de turnos, teletrabajo, bolsas de horas, jornadas intensivas para así poder ajustar la jornada laboral para la conciliación de cada persona. Disminuir el coste de oportunidad de aceptar para los y las trabajadoras más inseguros una reducción de jornada mediante un plan de prestaciones monetarias universales por hijo o hija. Reclamar el establecimiento de Planes de Igualdad de empresa

e instituciones como elemento relevante en el impuso de estas medidas y de acoger pactos modificados al contexto de la empresa y las precisiones las trabajadoras y los trabajadores. Evaluar medidas de compensación económica y de cotizaciones sociales, limitada a la comprobación de renta, para prevenir que una disminución de jornada para el cuidado de menor por parte de los empleados y las empleadas con menores salarios se vea aumentada su vulnerabilidad económica. Incrementar la condición de edad hasta los 14 ó 16 años para la reducción de jornada, ya que la adolescencia es una etapa clave en el desarrollo de los menores y las menores y las políticas de corresponsabilidad las están eludiendo. En España solo se reconoce el derecho a la reducción por cuidado de hijo o hija menor de 12 años. La pérdida de salario que conlleva esta medida y su desagrado en ciertos colectivos y empresas dificultan su disfrute efectivo, transformándola para que sea el funcionariado y los empleados y las empleadas de medianas o grandes empresas con contratos estables y con buenos salarios quienes tengan derecho.

Replantear el plan de permisos para el cuidado. Aprobación de un permiso parental remunerado para el cuidado de menor de 3 años

Acoger medidas efectivas contra el obstáculo de la desigualdad salarial, incluir una remuneración adaptada para asegurar el derecho al disfrute de las excedencias de hombres y mujeres para el cuidado de hijo o hija menor de 3 años, incentivando la corresponsabilidad efectiva y el reparto del cuidado, ya que en España se reconoce el derecho a excedencias no remuneradas del menor de 3 años y la no remuneración refuerza que sean mujeres mayoritariamente quienes las acepten, debido a la brecha salarial de género existente, entre otros factores.

Mediante permisos bien remunerados se podría progresar en implantar la utilización de ellos, ya que la pérdida de ingresos es una condición clave para la determinación de acogimiento de estos permisos y la brecha salarial repercute mucho para que sean las mujeres las que acojan estos permisos.

Aplicación de un permiso para la asistencia de enfermedades comunes de hijos e hijas

Permisos puntuales para situaciones muy comunes de enfermedades y que no existen permisos específicos para atenderlas. En España se reconoce un permiso de dos días (cuatro, si es necesario un desplazamiento), se deja sin cubrir la mayor parte de contingencias médicas que se les presentan a las personas con responsabilidades de

cuidado. En Suecia los padres pueden disfrutar de hasta 120 días de permiso remunerado al año para ocuparse de las enfermedades comunes de cada hijo o hija menor de 12 años y Portugal reconoce hasta 30 días de permiso remunerado al año por niño o niña menor de 12 años y 15 días si es mayor. La Directiva europea 2019/1158 del Parlamento Europeo de conciliación en su apartado 27 recoge la obligación de introducir un permiso de asistir de mínimo 5 días.

Incrementar la cobertura del subsidio por nacimiento y cuidado de menor

El permiso de paternidad desde su nacimiento en 2007 se ha ampliado hasta incrementarse a 16 semanas en 2021, lo que ha supuesto un gran avance.

Desde el punto de vista de que es imprescindible que se impulse la corresponsabilidad de género en los cuidados, es fundamental considerar las grandes omisiones que existen todavía en cuanto a la protección por nacimiento y cuidado de menor ya que encontramos madres con cotizaciones insuficientes, desempleadas, autónomas... Favorecer la inclusión de las madres en situaciones más vulnerables, aumentando la cobertura y remuneración del actual subsidio por nacimiento y cuidado de menor.

Incrementar el umbral de edad de la madre hasta los 23 años sin reclamar período mínimo de cotización.

Prolongar el subsidio por nacimiento y cuidado de menor de las mujeres de alta en la Seguridad Social mayores de 23 años al no cumplir el período de cotización mínimo.

Reducir los períodos de cotización mínimos en los grupos de edad superiores a 23 años.

Fomentar incentivos que favorezcan la inserción laboral de las madres

Aparte de la deducción fiscal hasta 1.200 € anuales con independencia de los ingresos de ésta, incrementar hasta 2.400 € anuales dicha deducción para las empleadas con hijos o hijas menores de tres años que cobren el salario mínimo interprofesional.

Reducción de la jornada laboral

Ésta es de 40 horas semanales en España y se consiguió en 1919 y no ha cambiado desde entonces. Desde principios del siglo XX se reivindicaba 8 horas para el trabajo y 8 horas para el descanso, pero todos sabemos que estaba enfocada al trabajo de los hombres y no se apreciaba la cantidad de tiempo que las mujeres empleaban al cuidado del menor, por no

especificar otros quehaceres domésticos, ya que en un mercado de trabajo de profunda modificación es imprescindible que la reducción de jornada semanal alcance el protagonismo que se merece en la esfera política.

Extender la educación infantil 0-3 años, estableciendo una mejora en su calidad, pluralidad y permisividad de horarios y programas educativos.

Hay que garantizar la accesibilidad y la calidad del servicio asociada tanto a la reducción de los ratios como a la mejora de la formación y las condiciones de trabajo y remuneración de los educadores y las educadoras.

La valoración de criterios de calidad, sociales y pedagógicos en la adjudicación de servicios de educación infantil que está introduciendo el Ayuntamiento de Madrid, podrían objetarse en otros ayuntamientos.

Reconocer que los horarios estándar de los servicios de educación infantil son incapaces de establecer soluciones a un gran número de familias, ante la diversidad de horarios: tarde, noche, fines de semana, que estudian o buscan trabajo.

Incrementar la permisividad de horarios de apertura que tendrían que enlazar los intereses de los padres y madres con el respeto al bienestar y biorritmo de los hijos y de las hijas.

Ampliar los permisos parentales y maternales a 6 meses y que sean igualitarios, obligatorios e intransferibles.

La OMS recomienda la lactancia materna exclusiva durante seis meses, como bien he mencionado, y el sostenimiento de ella hasta los 2 años o más, ya que garantiza los mejores nutrientes, salud y el desarrollo de toda su capacidad como ningún alimento, pero no solo para la madre y sino también para la sociedad. El ahorro económico en el sector sanitario cuando las mujeres amamantan es tremendo con una serie de beneficios para la madre como: disminución del riesgo de cáncer de mama, de cáncer de útero, de osteoporosis o de diabetes, es por lo que deberíamos reclamar el amamantamiento como un derecho fundamental para la salud de la madre.

La ley actual de 16 semanas de permiso remunerado para la madre, hace muy complejo a la infinita mayoría de mujeres trabajadoras conservar una lactancia materna exclusiva y en varias ocasiones suele dificultar una lactancia materna y artificial simultánea, pienso que la única manera de conllevar una lactancia materna exclusiva hasta los seis meses de edad a

todas las madres trabajadoras, y no únicamente a las que puedan permitirse requerir permisos sin sueldo, es garantizar a la madre trabajadora un permiso remunerado con la duración de seis meses.

El incremento por nacimiento y cuidado de menor en la madre a 16 semanas se publicó en el BOE con fecha 3 de marzo de 1989 y hasta la fecha sigue en vigor no apreciando ninguna modificación, destacando en caso de parto múltiple, adopción o acogimiento múltiple se amplían dos semanas más por hijo a partir del segundo.

Ha supuesto un gran avance para las familias monoparentales (ocho de cada diez casos el progenitor es femenino), el poder acumular los dos permisos como bien ha reconocido el juzgado de lo Social nº 16 de Valencia, Sentencia nº 168/21, 10 de mayo de 2021, siendo la baja más larga para el cuidado de un hijo o hija en España.

Según mi opinión, valoro la decisión de que los padres sean copartícipes del cuidado de menor y que se consiga la igualdad de condiciones laborales entre mujeres y hombres, pero hay que apreciar que no son iguales biológicamente. Cuando las madres están amamantando le están proporcionando a su hijo o hija la mejor salud y por eso se les debe de favorecer. Se ha ampliado el permiso parental y no ha habido ningún problema para aprobarlo a trámite de inmediato, sin embargo, el permiso por nacimiento y cuidado de menor de las madres para adaptarlo a las sugerencias de las autoridades e instituciones sanitarias siempre hay excusas de cualquier tipo, entre otras las económicas y ni siquiera cumplimos la recomendación 191 de la OIT, que proponen desde el año 2000 las 18 semanas de permiso por nacimiento y cuidado del menor y la recomendación del Parlamento Europeo de llegar a 20 semanas retirada por causas económicas, como bien he apreciado anteriormente, no obstante, hacemos hincapié, que no se encuentra presupuesto para ampliar 10 semanas a la madre, pero sí que no existe ningún problema para encontrar dicho presupuesto para el padre.

Debemos intentar alcanzar un incremento en el permiso por nacimiento y cuidado de menor hasta los seis meses para ambos, pensando que se puede conseguir ir a más, y una vez logrados, si no pudiera ser simultáneo, primeramente debe implantarse para la madre e intentar conseguirlo posteriormente para el padre.

Magnitud biológica de una gestación

Los permisos iguales e intransferibles eluden esta dimensión de parto y posparto no apreciándose proposiciones tan relevantes como una incapacidad temporal tras el parto basada en la recuperación física de la madre, ya que no es lo mismo un parto natural en el que necesitas unos 15 días para recuperarte y la diferencia con una cesárea que necesitas un mes. Dicho permiso por nacimiento y cuidado de menor debería comenzar justo al acabar esta baja por cesárea, ya que sus fundamentos y sus destinos son bien distintos y como en cualquier intervención menor se coge una baja laboral es comprensible también disponer de ella en una cirugía mayor como es la cesárea.

Establecer un plan de prestaciones universal mixto y condicionadas por hijo o hija a cargo y al nivel de renta para familias de bajos recursos.

España no se encuentra muy bien posicionada, más bien se encuentra a la cola de Europa en cuanto a la inversión en familia e hijos e hijas. Somos uno de los pocos países europeos que no posee prestaciones monetarias universales por hijo e hija a cargo menor de 18 años y la consecuencia es la alta tasa de pobreza infantil que tenemos. Gracias al trabajo del Alto Comisionado para la Lucha Contra la Pobreza Infantil, en marzo de 2019 se incrementaron las prestaciones por hijo e hija a cargo, pero seguirán estando condicionadas a nivel de renta y de cantidades insuficientes.

Lo que se ha pretendido es abarcar con una panorámica bastante amplia la protección por nacimiento y cuidado de menor y poder proponer políticas de conciliación de la vida familiar, laboral y personal para resolver lagunas existentes y abordar posibles retos.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ABDULWADUD OA, SNOW ME. Interventions in the workplace to support breastfeeding for women in employment. The Cochrane Library [Internet]. 2012 [cited 2015 may 07]. doi: <http://doi.org/4fh>.
- BARAÑANO, M), Mujer, trabajo y salud, Totta, Madrid, 1992.
- BORRÁS, J. M., Madrid, Edición de la Revista de Trabajo, 1975, traducción española de La question sociale en Espagne, Félix Alcan, Editeur, París, 1910.
- CAMPILLO POZA, I.: Informe Unaf Políticas de conciliación de la vida laboral, personal y familiar en la UE. 2019
- CHARRO BAENA, P.: El derecho a las vacaciones en el ámbito laboral, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.
- COFACE, 2015.
- DATO E IRADIER, E., “Significado y representación de las leyes protectoras del trabajo” en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 114 (1909).
- DE VILLOTA GIL-ESCOIN, P. Conciliación de la vida profesional y familiar. Síntesis, S.A., Madrid, 2015.
- Directiva (UE) 2019/1158 DEL Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019.
- ESPUNY TOMÁS, M. J. “La protección a la maternidad en el textil catalán (1919-1923) en VI Congreso de Historia Social, La previsión social en la historia, (2008).
- ESPUNY TOMÁS, M. J., “Eduardo Dato y la legislación obrera” en Historia Social 43 (2002).
- ESPUNY TOMÁS, M. J., “Fisiología y moral en la legislación social” en Àgora@ 2000, Jornades per la igualtat d’oportunitats i responsabilitats a la vida laboral i familiar, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Institut Català de la Dona, 2001.
- FERNÁNDEZ DE CASTRO, R. Trabajo de mujeres y niños en Establecimientos industriales y mercantiles, Madrid, Librería de Leopoldo Martínez, 1904.
- GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La protección de la maternidad: cien años de la Ley de 8 enero de 1907” en Iuslabor 2 (2007).
- GONZÁLEZ LABRADA, M., “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la obligación contractual de seguridad e higiene: significado y contenido”, AL, 1996, núm. 7.

- GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, Trotta, Madrid. 1996.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., La protección por maternidad, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- Koslowski, A., Blum, S., Dobrotic, I., Kaufman, G. y Moss, P. (2020). International Review of Leave Policies and Related Research.2020 10.18445/20200915-131331-0.
- LÓPEZ ANIORTE, C.: La competencia del trabajador con su empresa, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.; VIDA SORIA J.: La suspensión del contrato de trabajo, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., “La protección de la salud de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia”, AL, 1998, núm. 38.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., en AA. VV. (Coords. CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.) Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Comares, Granada, 1998.
- MARVAUD, A., La cuestión social en España, prólogo de CASTILLO, J. J. y MORENO GENE, J., ROMERO BURILLO, A. y PARDELL VEÁ, A., “La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales”, AS, 997 tomo V.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: Las percepciones extrasalariales (Estudio de régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicada), ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1999.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: Las prestaciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicable), ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1999.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: Tesis Doctoral La determinación jurídica del salario en sede contractual”, UPCO 1999.
- MIÑARRO YANINI, M., “Acción preventiva en los colectivos especialmente protegidos (I): Introducción. La protección por maternidad”, en AA.VV. (Dir. GARCÍA NINET, I.).
- MOLERO MANGLANO, C.: Derecho Laboral empresarial, ed. Mc Graw Hill, 1998.
- MOLERO MANGLANO, C.: Derecho Sindical, ed. Dykinson, Madrid, 1996.

- MONTERO GARCÍA, F., “La polémica sobre el intervencionismo y la legislación obrera en España, 1890-1900 (2ª parte): el debate político parlamentario” en Revista de trabajo núms. 61-62, 1º y 2º trimestre de 1981.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: La licencia por maternidad de la trabajadora, Dykinson. Madrid. 2002
- PEDRAJAS MORENO, A.: La excedencia laboral y funcional, ed. Montecorvo, Madrid, 1983.
- PÉREZ DEL RÍO, T., “Normativa en materia de salud laboral: presente y futuro de la normativa española de seguridad e higiene en el trabajo”, en AA. VV. (Comp. Resolución de 15 de febrero de 1977, de la Dirección General de Trabajo y Promoción Industrial y Tecnología.
- PÉREZ DEL RÍO, T., El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, MTSS, Madrid, 1984.
- PURCALLA BONILLA, M. A., y RIVAS VALLEJO, M. P., “La protección de la maternidad en la relación laboral: Seguridad y Salud en el trabajo y tutela antidiscriminatoria”, AS, 1998, VOL. V.
- QUINTANILLA NAVARRO, B.: “La excedencia por cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995”, Relaciones Laborales nº 20, 1995.
- RAMOS VÁZQUEZ, I.: Derecho y trabajo en el siglo XIX, Dykinson. Madrid. 2017
- SÁNCHEZ CASTILLO, Mª M.: La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo, Bomarzo. 2009.
- SCOTT, J.W., “La mujer trabajadora en el siglo XIX” en DUBY, G. Y PERROT, M., Historia de las mujeres en Occidente, Tomo IV, Madrid, Taurus minor, 2000.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Régimen jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas, Revista Política Social, nº 31, 1981; CHARRO BAENA, P.: El derecho a las vacaciones en el ámbito laboral, ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F., Menores y mujeres ante el contrato de trabajo, Instituto de estudios Políticos, Madrid, 1967

- SWAIN-MULLER F, A-S. I.: Las representaciones sociales de un grupo de mujeres amamantadoras sobre el apoyo a la lactancia materna. *Rev Latino-Am. Enfermagem* [Internet]. 2009 [cited 2015 may 06];17(5):651–7. doi: <http://doi.org/fhcj4t>.
- VIDA SORIA, J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

