

JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES

*Administrador Civil del Estado
Miembro del Instituto Europeo de Seguridad Social*

Extracto:

EN el estudio que se reproduce a continuación se efectúa un análisis sobre las diferentes medidas introducidas por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras *, con incidencia en el ámbito de la Seguridad Social, haciéndose especial hincapié en la regulación de la nueva prestación económica del sistema, esto es, la de riesgo durante el embarazo.

* El texto de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre (BOE de 6 de noviembre y corrección de errores de 12 de noviembre), puede consultarse en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia)* número 201 (diciembre de 1999).

Sumario:

Introducción.

- I. Las novedades de la LCVF en el ámbito de la prestación económica de la Seguridad Social por maternidad.
 1. Comentarios generales.
 2. Modificaciones respecto a las situaciones objeto de protección.
 3. Modificaciones en la duración de la prestación económica por maternidad.
 4. Sujetos beneficiarios.

- II. La protección de la trabajadora embarazada.
 1. La protección de la trabajadora embarazada en el ordenamiento internacional.
 2. La protección de la trabajadora embarazada en el ámbito laboral español.
 - 2.1. La adaptación de las condiciones y tiempo de trabajo.
 - 2.2. La movilidad funcional.
 - 2.3. Traslado de la trabajadora a puesto no correspondiente con el grupo profesional o categoría equivalente.

 3. La prestación económica de la Seguridad Social por riesgo durante el embarazo.
 - 3.1. La situación protegida.
 - 3.2. Los requisitos subjetivos.
 - 3.3. La duración de la prestación.
 - 3.4. La cuantía de la prestación.
 - 3.5. La gestión de la prestación.

- III. La protección de la lactancia.

- IV. Los permisos parentales.

- V. La bonificación de cotizaciones en los contratos de interinidad para sustituir a las trabajadoras que causen baja por razones de maternidad.

INTRODUCCIÓN

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (LCVF), recientemente aprobada, modifica sustancialmente la regulación jurídica de las prestaciones de la Seguridad Social, ya que, a través de dicha norma y además de las mejoras que se producen en las denominadas «prestaciones por maternidad»¹, se establece una nueva prestación en el sistema de la Seguridad Social, cual es la de «riesgo durante el embarazo», dirigida a la protección de la trabajadora embarazada y, a través de ella, del menor, con lo que la nueva prestación económica de la Seguridad Social puede englobarse dentro del ámbito más amplio de protección por maternidad.

La maternidad, desde los inicios del establecimiento de los sistemas de Seguridad Social, constituyó una de las principales preocupaciones de las reformas llevadas a cabo en los mismos² y una de las primeras situaciones objeto de cobertura por el ámbito protector del respectivo sistema. Por ello,

¹ En el año 1995, y a través de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, se configuró una nueva prestación en el ámbito de cobertura del sistema de la Seguridad Social, como era la maternidad. Ahora bien, esta situación ya era objeto de protección por la Seguridad Social, desde el establecimiento del sistema en el año 1967, si bien a través de una prestación más amplia, la de incapacidad laboral transitoria. La necesidad de adaptar la protección de maternidad a la configuración que, de esta prestación, se efectuaba en diferentes instrumentos internacionales de Seguridad Social, así como la de situar de forma más adecuada el objeto de protección, no tanto la salud de la madre, como en el cuidado del menor (de ahí que no sólo se protegiese la maternidad biológica, sino también la adopción) están detrás de la modificación normativa.

De igual modo, en las normas internacionales se diferencia la protección de la maternidad de la incapacidad temporal. Por ejemplo, en el Convenio 102 OIT, sobre «norma mínima de Seguridad Social», en el que las prestaciones por maternidad se regulan en la Parte VIII y diferenciadas de las denominadas «prestaciones económicas por enfermedad», recogidas en la Parte III. Esa distinción se produce, de igual forma, en el Código Europeo de Seguridad Social, en el que las prestaciones económicas por maternidad se regulan en el artículo 46, mientras que las de incapacidad temporal, se contienen en el artículo 14.

La novedad de la LCVF reside en el hecho de que el objeto de protección a que atiende la nueva prestación (de riesgo durante el embarazo) no se incluía, de forma expresa, dentro de las situaciones objeto de cobertura por la Seguridad Social.

Un análisis de las modificaciones introducidas en la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, se encuentra en obras como ARGÜELLES BLANCO, A.R.: «La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral». Edit. Tirant lo Blanch. *Colección Laboral*, n.º 69, Valencia, 1998; FERNÁNDEZ URRUTIA, A.: «Las prestaciones económicas de incapacidad temporal y maternidad». Edit. Tirant lo Blanch. *Colección Laboral*, n.º 71, Valencia, 1999; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La protección por maternidad». Edit. Tirant Lo Blanch. *Serie Monografías*. Valencia, 1997; SÁNCHEZ RODAS, C.: «La maternidad como contingencia específica frente a la incapacidad temporal» en AA.VV.: «La incapacidad temporal». Tecnos. Madrid, 1996.

² Véanse, por ejemplo, los informes de Lord BEVERIDGE o las obras doctrinales de DURAND o VENTURI. Un análisis de los documentos citados pueden encontrarse en BEVERIDGE, H.W.: «Seguro Social y servicios afines». Traducción al castellano en Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989; DURAND, P.: «La política contemporánea de la Seguridad Social». Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1993; o VENTURI, A.: «Los fundamentos científicos de la Seguridad Social». Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1995.

llama la atención, a su vez, el hecho de que la maternidad haya sido uno de los temas de Seguridad Social que menos interés ha suscitado, circunstancia que ha sido puesta de manifiesto por la doctrina³.

Pero, más allá del objetivo protector indicado, la LCVF introduce todo un conjunto de medidas, con una finalidad esencial, como es la de efectuar los cambios normativos precisos que faciliten la conciliación de la vida familiar con las obligaciones que derivan del ejercicio de una actividad laboral, de modo que los trabajadores puedan participar en la vida familiar, «dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres»⁴. En este ámbito, la reforma legal recientemente producida ha de insertarse en el marco de determinadas iniciativas comunitarias⁵ y de otras Organizaciones internacionales⁶. Dentro de las primeras, son de especial importancia:

³ Entre otros, GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.* pág. 2.

⁴ Como se señala claramente en la Exposición de Motivos de la LCVF. La necesidad de promover una mayor participación de hombres y mujeres en las responsabilidades familiares se recoge, de igual modo, en la propia LCVF, en cuya disposición adicional cuarta se prevé que por «el Gobierno, en el marco de sus competencias, y de acuerdo con los agentes sociales, impulsará campañas de sensibilización pública al objeto de conseguir que los hombres asuman una parte igual de las responsabilidades familiares y, de manera especial, se acojan, en mayor medida, a las nuevas posibilidades que esta Ley ofrece para compartir el permiso parental».

La adicional cuarta de la LCVF no figuraba en el texto del proyecto de Ley aprobado por el Gobierno y remitido para su debate a las Cámaras legislativas. Su contenido procede de una enmienda presentada, de forma conjunta, por los Grupos Parlamentarios Popular y de Minoría Catalana, en el debate de la Ley en el Congreso de los Diputados. El texto de las enmiendas presentadas en el debate de la Ley en el Congreso de los Diputados aparecen publicadas en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados». VI Legislatura. Serie A, n.º 172-5, de 29 de junio.

De otra parte, la conciliación entre la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras ya era objeto de análisis y recomendación en determinados foros internacionales, dentro de las políticas de reorientación de los sistemas de Seguridad Social, en el marco de las modificaciones de las estructuras familiares. *Vid.*, al respecto, el informe del Consejo de Europa sobre «La Seguridad Social en una sociedad cambiante», presentado ante la Reunión de Ministros de Asuntos Sociales, celebrada en Lugano (Suiza) en 1988. El contenido de este informe se encuentra publicado en Ministerio de Trabajo y Seguridad Social: «La Seguridad Social en una sociedad cambiante». *Colec. Seguridad Social*. Madrid, 1992, págs. 93-181.

⁵ La necesidad de dar, en España, mayor protección a la maternidad y propiciar una mayor conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras se deduce del informe *Care in Europe*, realizado por un grupo de expertos, dirigidos por F. BETTIO y S. PRECHAL, para la Comisión Europea. En dicho estudio se pone de relieve que España es uno de los países donde se mantiene un mayor porcentaje de atención «informal» de las personas dependientes en el seno de la familia y, al tiempo, donde existen menos servicios sociales para la atención institucional y domiciliaria de esas personas y en el que, además, el sistema de protección social es menos sensible a la protección de la familia. Ello explica la menor tasa de actividad de las personas con responsabilidades familiares y también «expresa las dificultades existentes para conciliar el trabajo y la vida familiar, lo que puede llevar a opciones de vida que pueden suponer una desatención de las tareas familiares».

Vid. «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)». *Relaciones Laborales*, n.º 17, septiembre 1999, pág. 4.

⁶ La necesidad, dentro del horizonte de una igualdad real entre mujeres y hombres, de armonizar las responsabilidades laborales y familiares (incluyendo el reconocimiento de la igualdad de derechos de los cónyuges y del valor del trabajo en el hogar) figura ya en la Declaración de la OIT sobre igualdad de oportunidades y de trato de las mujeres trabajadoras y, desde ella, se incluyó en las «Estrategias a Largo Plazo de Nairobi para el Progreso de la Mujer», adoptadas por las Naciones Unidas en 1986. De igual modo, en la IV Conferencia Mundial sobre las mujeres, celebrada en la ciudad de Pekín, en el año 1995, se fijó, como uno de los objetivos estratégicos, el fomento de la armonización de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, principio que quedó reflejado en la Declaración aprobada en la misma.

Vid., al respecto, la publicación de la OIT *Las mujeres en el mundo de trabajo* (estudio coordinado por NUSS, S., DENTI, E. y VIRY, D.). Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

- La Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesional.
- La Recomendación del Consejo 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer.
- O las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, sobre protección de la maternidad, y 96/64/CE, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre permiso parental, celebrado entre las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel comunitario ⁷, en la cual se establece una regulación del permiso parental y de la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor, como instrumento eficaz para producir esa conciliación y armonización de la vida familiar y laboral, en un marco de mejora y promoción de la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

En el propósito de alcanzar las finalidades señaladas, la LCVF establece *ex novo* o perfecciona determinadas medidas que se engloban dentro de las genéricamente denominadas acciones «afirmativas o positivas» ⁸ y que se dirigen hacia el logro real del principio de igualdad real entre hombres y mujeres, tanto en el ámbito laboral como en el de la Seguridad Social ⁹. En el marco de

⁷ La Unión de Confederaciones de la Industria y de Organizaciones Empresariales de Europa (UNICE), el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) y la Confederación Europea de Sindicatos (CES).

⁸ Las acciones positivas, en favor de la mujer, que tienden a efectuar un tratamiento igualitario real, partiendo de la situación más desfavorable para el colectivo femenino, en especial, en el ámbito laboral, se recogen tanto en el ordenamiento internacional, como en el derecho laboral interno. Así, por ejemplo, en el artículo 4.º 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, o en las Estrategias de las Naciones Unidas para el Progreso de la Mujer -1986- se admite la licitud de medidas especiales que beneficien a un colectivo frente a otro, cuando lo pretendido sea la equiparación real entre ambos, si bien esas medidas deberán desaparecer cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y de trato. El ordenamiento español también ha recogido las acciones afirmativas o positivas, que han sido declaradas conforme a las exigencias constitucionales, por ejemplo, en las SSTC 128/1987 y 145/1991. Un análisis de las acciones positivas en MORENO DE TORO, C.: «La igualdad de oportunidades y las medidas de acción positiva en el Tratado de la Unión Europea y en la doctrina del Tribunal de Justicia». *Tribuna Social*, n.º 103, julio, 1999, págs. 27-36.

⁹ Respecto al ámbito laboral, la LCVF introduce cambios significativos en el Estatuto de los Trabajadores, en lo que se refiere a los permisos y a las excedencias, relacionados con la maternidad y el cuidado de determinados familiares (básicamente hijos menores y familiares de edad o discapacitados); se intenta, además, concordar los permisos y las ausencias retribuidas con las Directivas comunitarias, flexibilizando el permiso de lactancia. Se facilita a los hombres el acceso al cuidado de hijos, desde el momento de su nacimiento o desde su reincorporación a la familia, flexibilizando la distribución de los períodos de descanso entre ambos padres, e incluyendo, dentro de las causas de suspensión del contrato de trabajo, no sólo la maternidad y la adopción -incorporando dentro de ésta el acogimiento preadoptivo-, sino también el acogimiento permanente, e incrementando la edad del niño adoptado, cuya adopción o acogimiento da lugar a la posibilidad de suspender el contrato de trabajo. De otra parte, se modifican las obligaciones y los derechos de la mujer trabajadora embarazada, en los casos en que el desempeño de su puesto de trabajo pueda dar lugar a riesgo para su salud o para el feto, mediante la modificación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).

la protección social, las novedades esenciales inciden en una ampliación de los supuestos protegidos en la situación de maternidad, un perfeccionamiento de las posibilidades del padre para poder disfrutar de las prestaciones económicas por maternidad (sin que ello suponga, no obstante, el establecimiento de un verdadero «permiso de paternidad») y, sobre todo, en la creación de esa nueva prestación económica, la «de riesgo durante el embarazo», que supone una modificación del marco protector del sistema español de la Seguridad Social ¹⁰, en el objetivo señalado de profundizar en las acciones que posibiliten un grado mayor de igualdad de oportunidades entre los dos sexos ¹¹.

En el presente estudio se efectúa un análisis sobre las diferentes medidas introducidas por la LCVF con incidencia en el ámbito de la Seguridad Social, con especial hincapié en la regulación de la nueva prestación económica del sistema.

I. LAS NOVEDADES DE LA LCVF EN EL ÁMBITO DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR MATERNIDAD

1. Comentarios generales.

El ordenamiento de la Seguridad Social no establece, de forma expresa, el objeto de protección de la maternidad, sino que, determinando las situaciones protegibles (la maternidad, la adopción y el acogimiento), efectúa una remisión a la legislación laboral y de función pública ¹². Por

Por último, se adecuan las normas que regulan la extinción del contrato de trabajo a las modificaciones anteriores, mediante la declaración como nula de la decisión extintiva o del despido motivado por el embarazo, la solicitud o el disfrute de los permisos de maternidad, de paternidad o por cuidado de familiares, o el despido de trabajadores que tengan su contrato suspendido por tales causas, salvo en los supuestos en que quede debidamente demostrado que la causa de la rescisión del trabajo es ajena a la discriminación. En paralelo, se adecua la norma procesal laboral, introduciendo determinadas modificaciones en la Ley de Procedimiento Laboral, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (LPL), en orden a la garantía de los derechos señalados, así como su resolución en caso de discrepancia, mediante un procedimiento judicial de tramitación urgente.

¹⁰ Tal como aparece definido en la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante, LGSS).

¹¹ No obstante, no faltan autores para quienes la LCVF refuerza, más que modifica, el tradicional reparto de funciones sociales en la familia y en la reproducción, de modo que «es necesario alertar ante la ineficacia y de los eventuales riesgos que esta Ley entraña a medio y a largo plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres». Vid. MOSCOSO DEL PRADO, J. y RUANO, L.: «Conciliación de la vida familiar y laboral ¿sólo para las mujeres?». Artículo de opinión publicado en el diario *El País*, de 2 de noviembre de 1999.

¹² Conforme el artículo 133 bis de la LGSS -en la redacción anterior a la LCVF- son situaciones protegibles, a efectos de la respectiva prestación de la Seguridad Social «la maternidad, la adopción y acogimiento previo, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el número 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública».

ello, en ocasiones la doctrina se refiere a que existe una subordinación de la legislación de la Seguridad Social respecto del ordenamiento laboral ¹³. Aunque tal vez esa apreciación pueda ser excesiva, es cierto que la suspensión del contrato de trabajo es un requisito previo y necesario para que pueda accederse a la protección de la Seguridad Social ¹⁴.

De todas formas, la maternidad, en el ámbito de la Seguridad Social, no es objeto de protección en toda su extensión, sino que la prestación económica se limita a aquellos períodos de descanso, por suspensión del contrato de trabajo o de la relación funcional, y en las situaciones previstas en la legislación laboral o de función pública. La razón de esta limitación es clara: la prestación económica por maternidad (como sucede con la de incapacidad temporal) viene a cubrir un vacío económico que se origina para la trabajadora, como consecuencia de haber suspendido su relación laboral (o la prestación de servicios, en el ámbito de la función pública) por causa del nacimiento de un hijo o la adopción o el acogimiento de un menor, suspensión que, a su vez, produce el cese en la obligación del trabajador de prestar servicios y de la del empresario en el abono de salarios.

Los períodos de descanso por maternidad, previstos en el ordenamiento laboral, así como la prestación económica de la Seguridad Social, responden a varias finalidades:

- De una parte, atiende a la salud de la madre, por lo que tiene una finalidad sanitaria, cuyo objeto es evitar los padecimientos de la madre o, en su caso, mitigarlos, objeto que es el primero que se constituye tanto en el derecho español como en el internacional ¹⁵.
- De otra, el objetivo del descanso se dirige también a la protección de la salud del menor, por lo que la maternidad no se regula de una forma aislada y, por ello, tanto las normas españolas como las internacionales se refieren al parto, al parto y al puerperio.
- De igual modo, la regulación de la protección por maternidad persigue la estabilidad en el empleo, en orden a que la maternidad no suponga un freno absoluto a la actividad y a la promoción profesional de la mujer.

¹³ Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.* pág. 31.

¹⁴ En el ámbito internacional también se observa esa ligazón de las materias laboral y de Seguridad Social. Por ejemplo, las mismas se abordan de forma conjunta en el Convenio 103 de la OIT -arts. 3.º y 4.º-.

¹⁵ A dicha finalidad respondía el artículo 9.º de la Ley de 13 de marzo de 1900, sobre condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños, en la que nace el descanso obligatorio tras el parto -3 semanas-, el descanso voluntario por causa de alumbramiento, con reserva de puesto de trabajo y el derecho a una pausa retribuida por lactancia; estas garantías se amplían posteriormente, estableciendo un descanso obligatorio de 6 semanas posteriores al parto (Real Decreto-Ley de 22 de marzo de 1929). En el mismo sentido, el Convenio 103 de la OIT, de 1919, estableció la obligatoriedad del descanso de la mujer durante las 6 semanas posteriores al parto.

En idéntica dirección, deben valorarse el artículo 21 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en el que se regula la vigilancia de las condiciones del trabajo que puedan ser dañinas o insalubres durante los períodos de embarazo y lactancia de la mujer, o el artículo 26 de la LPRL, sobre el traslado de puesto de trabajo desarrollado por la mujer trabajadora, cuando la realización del mismo puede suponer un riesgo para la mujer durante los períodos de embarazo o lactancia.

- Por último, desde hace varias décadas se ha ido poniendo el acento de la protección por maternidad en el hecho de facilitar la formación y la mejora de una relación entre los padres y el hijo, lo que explica que esta protección no se haya limitado a la maternidad biológica, sino que se haya extendido a la adopción y al acogimiento.

Al margen de estas interrelaciones entre los ámbitos laboral/Seguridad Social, entre uno y otro existen diferencias importantes, en lo que se refiere a la maternidad. Mientras que la suspensión del contrato de trabajo (o de la relación funcionarial) por maternidad es un derecho incondicionado, que deriva de una relación laboral previa y sin la exigencia de requisitos adicionales (salvo la propia existencia de la maternidad o de la adopción), la prestación económica de Seguridad Social, en cuanto prestación de naturaleza contributiva ¹⁶, queda sujeta a una serie de requisitos de afiliación y de cotización previa, por lo que puede darse el supuesto de que una persona que haya suspendido el contrato de trabajo como consecuencia de la maternidad, la adopción o el acogimiento, sin embargo, no pueda acceder a la prestación económica de la Seguridad Social, por no acreditar alguno de los requisitos señalados.

2. Modificaciones respecto a las situaciones objeto de protección.

Las situaciones objeto de protección, en el ámbito de la maternidad, resultan modificadas por la LCVF ¹⁷, en la forma siguiente:

- En primer lugar, en el marco de esa mayor participación, en términos de igualdad, de los hombres y mujeres en las responsabilidades familiares, el ordenamiento laboral (o de función pública) no alude ya solamente a «suspensión del contrato por maternidad» o al disfrute de un «permiso por maternidad» ¹⁸, sino que se amplía a la «suspensión del contrato por maternidad-paternidad» o, en su caso, «permiso por maternidad-paternidad». Con ello, la legislación laboral española, de una parte, se adecua a la terminología utilizada en el ámbito de las Directivas europeas y, de otra, responde a las modificaciones que se introducen, respecto a las posibilidades de que el padre pueda hacer uso del descanso por cuidado de hijo recién nacido, adoptado o acogido ¹⁹.

¹⁶ Como tal la define el artículo 86.2 de la LGSS, en la redacción dada por el artículo 1.º de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social.

¹⁷ A través de la modificación del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de Medidas Urgentes de Reforma de la Función Pública (LMFP).

¹⁸ Ésta es la expresión que, tradicionalmente, siempre se ha utilizado en el ámbito de la función pública, en orden al descanso del funcionario, por razones de maternidad -y, posteriormente, por adopción- y como tal figura en la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

¹⁹ La modificación terminológica adecuada se incluyó en el texto inicialmente aprobado por el Gobierno, a través de una enmienda (la n.º 118), presentada por el Grupo Parlamentario Catalán, en el debate del proyecto de Ley ante el Congreso de los Diputados.

- Se amplía la edad del menor adoptado que pasa a ser de 6 años, frente a los 5 anteriores, si bien existen supuestos de adopción o acogimiento de menores, con edad superior a los 6 años, en los que también se tiene derecho a la suspensión del contrato de trabajo, como son la adopción o el acogimiento de menores (mayores de 6 años) incapacitados o minusválidos, así como la adopción o el acogimiento de menores -también mayores de 6 años- que, por sus circunstancias y experiencias personales o que, por provenir del extranjero, tengan dificultades de inserción social y familiar, siempre que tales circunstancias estén debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes²⁰, donde se constate, de forma objetiva, que ese menor tiene especiales dificultades de inserción y qué causas motiven tales dificultades.
- Se añade una nueva situación no contemplada en la legislación anterior (que puede posibilitar la suspensión del contrato de trabajo y la prestación de la Seguridad Social) cual es el acogimiento familiar permanente, recogiendo las modificaciones introducidas en este ámbito por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y terminando con la polémica respecto a si eran objeto de protección situaciones distintas del acogimiento preadoptivo.

Por ello, dan lugar a la suspensión del contrato de trabajo (y a la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social), además de la maternidad biológica, la adopción y el acogimiento, en dos de sus tres modalidades: el acogimiento preadoptivo y el acogimiento familiar permanente. Por tanto, únicamente el acogimiento simple queda excluido de la protección.

3. Modificaciones en la duración de la prestación económica por maternidad.

La duración de la prestación económica por maternidad está relacionada con los períodos de suspensión del contrato de trabajo. Esos períodos tenían, hasta la entrada en vigor de la LCVF, una duración diferente en la situación de maternidad biológica que en la adopción, en función, en esta última, de la edad del adoptado. En el primero de los casos, la duración se situaba en 16 semanas, ampliables a 18, en los casos de parto múltiple²¹. En los casos de adopción o acogimiento preadoptivo, la duración dependía de la edad del adoptado, ya que si el mismo era menor de 9 meses, la suspensión del contrato de trabajo alcanzaba las 16 semanas, mientras que si superaba esa edad, el

²⁰ Se entiende que este concepto de «servicios sociales competentes» ha de interpretarse en sentido amplio, y no sólo por referencia al Instituto de Migraciones y Servicios Sociales -u Organismo que haya asumido sus competencias en la Comunidad Autónoma respectiva-. Por ejemplo, las especiales dificultades de inserción familiar podrían ser certificadas, seguramente con «más conocimiento de causa», por la Entidad que, en cada ámbito territorial, tenga atribuidas las funciones de adopción y de protección de menores.

²¹ La duración de la suspensión del contrato de trabajo (y de la prestación económica de la Seguridad Social) se ha ido incrementado paulatinamente. Desde una duración de 12 semanas, de las cuales 6 lo eran antes del parto y otras 6 posteriores al mismo, el ET, en su redacción originaria de 1980, amplió esa duración a 14 semanas, distribuidas a opción de la trabajadora. La Ley 3/1989 incrementó el período de suspensión hasta las 16 semanas (18, en caso de parto múltiple).

período de suspensión se limitaba a 6 semanas. La LCVF produce modificaciones importantes en este ámbito, ya que:

- Manteniendo en 16 semanas el período de suspensión en los casos de maternidad biológica, de las cuales 6 deben ser tomadas obligatoriamente por la madre después del parto, sin embargo, altera ese período en los supuestos de parto múltiple. Hasta la entrada en vigor de aquella, el parto múltiple producía un incremento del período de suspensión en 2 semanas adicionales, cualquiera que fuese el número de hijos nacidos²². Por el contrario, en la nueva redacción del artículo 48.4 del ET (como en el art. 30.3 de la Ley 30/1984), ese incremento adicional de las 2 semanas se predica por cada hijo nacido, a contar desde el segundo²³.
- Se eliminan las diferencias en la duración de la suspensión del contrato de trabajo (y de la correspondiente prestación económica) en los supuestos de adopción o acogimiento, que pasa a ser de 16 semanas, con independencia de la edad del menor adoptado o acogido, siempre que, en ambos casos, el menor tenga una edad inferior a los 6 años o, siendo mayor de dicha edad, esté afectado por una minusvalía o tenga especiales dificultades de inserción en la familia.

Además, frente a la legislación anterior, se contempla el supuesto de una adopción o acogimiento múltiples. Para estos casos, se aplica una regla similar al parto múltiple, de manera que en los casos de adopción o acogimiento de dos o más menores, también el período de 16 semanas se amplía en 2 semanas adicionales por cada hijo adoptado o acogido, a partir del segundo.

- Se mantiene la forma de cómputo del período de suspensión. En los casos de maternidad biológica, es una opción de la interesada el momento de inicio de la prestación, ya que la única salvedad establecida en la norma es que, al menos, 6 semanas se tengan que disfrutar tras el parto²⁴. En el caso de adopción y acogimiento, se mantiene la regulación

²² Se ha discutido, tras la entrada en vigor del ET, sobre la vigencia o no de la ampliación del período de suspensión del contrato de trabajo, en caso de parto múltiple. Mantenían el criterio de su subsistencia, entre otros, STSJ de Madrid, de 16 de mayo de 1990 o STSJ de Cataluña, de 12 de febrero de 1990. Un estudio de estos criterios jurisprudenciales en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «La aplicación de la Directiva 92/85 en España». En AA.VV.: «La igualdad de trato en el Derecho Comunitario». Coord. CRUZ, J. Edit. Aranzadi. Pamplona, págs. 257-291.

²³ Es decir que, por ejemplo, en los casos de parto de trillizos el período de suspensión sería de 20 semanas, y de 22, en caso de parto cuádruple.

²⁴ Ello pone de manifiesto el problema del error médico en la fecha probable del parto, pues tal circunstancia puede tener consecuencia en la duración de la suspensión del contrato de trabajo y, por tanto, en el abono de la prestación económica de la Seguridad Social. Piénsese, por ejemplo, que la trabajadora ha optado por disfrutar de la suspensión del contrato de trabajo 10 semanas antes de la fecha probable del parto. El retraso de éste provocaría, en este caso, un alargamiento del período de suspensión, por la vía de la prestación por maternidad, ya que -de forma obligatoria- la madre ha de reposar por un período de 6 semanas posteriores al parto.

Se ha planteado el problema de si el período de las 6 semanas es o no obligatorio para la madre. Algunos autores entienden que aquéllas se configuran como descanso obligatorio (STSJ de Madrid, de 16 de mayo de 1990); SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L.: «Aspectos jurisprudenciales de la maternidad». *Jurisprudencia*, mayo 1997. XXVI.

anterior, de forma que el período de descanso se inicie, a opción del beneficiario de aquella, desde el momento de la decisión administrativa o resolución judicial que establezca el acogimiento o desde la resolución judicial constitutiva de la adopción.

Una regla particular se establece en relación con la adopción internacional, en cuyo caso, el período de suspensión podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción.

4. Sujetos beneficiarios.

En este ámbito, el artículo 5.º de la LCVF introduce unas importantes modificaciones, con el objetivo de propiciar que ambos padres puedan disfrutar de los respectivos permisos de maternidad o paternidad, lo cual facilita una mayor igualdad de trato entre hombres y mujeres y facilita que la mujer pueda, de una forma más clara, compaginar sus obligaciones familiares con las laborales. A partir de la entrada en vigor de la LCVF, el disfrute de la suspensión del contrato de trabajo, conjuntamente por la madre y el padre, está sujeto a una serie de requisitos:

- En primer lugar, es preciso que ambos padres trabajen, de modo que en el caso de que la madre no realice una actividad, el padre no puede suspender el contrato de trabajo ²⁵.
- La posibilidad de que el padre pueda suspender el contrato de trabajo precisa, como requisito previo, de una libre decisión de la madre, que deberá efectuarse al inicio del período de descanso. De forma que, aunque el padre trabaje y desee suspender el contrato de trabajo, el mismo no se lleva a cabo si no existe esa previa decisión por parte de la madre.
- En el período de descanso que puede distribuirse para su disfrute por el padre y/o la madre, no computa el de 6 semanas posteriores al parto, que deben ser disfrutadas de forma obligatoria, como derecho necesario, por la madre.
- Frente a la situación anterior, en que el período de disfrute del padre se limitaba a las últimas 4 semanas, en la nueva regulación -y salvo las 6 semanas de descanso obligatorio- el

²⁵ Del análisis de la regulación de la suspensión del contrato de trabajo en los casos de maternidad frente a los originados por adopción, surgen otras diferencias. En el primero de los supuestos, cuando la madre no trabaja, el padre no puede suspender el contrato de trabajo, ya que el permiso paternal es un derecho derivado del correspondiente a la madre, la cual puede optar por que una parte del período de suspensión fuese disfrutado por el padre; por tanto, de no poder la madre suspender el contrato de trabajo -por ejemplo, cuando no efectúa una relación laboral o no está afiliada a la Seguridad Social-, no puede nacer el derecho derivado para el padre.

Por el contrario, en los casos de adopción es indiferente que uno de los padres no trabaje, ya que en estos casos la suspensión del contrato de trabajo es un derecho autónomo para cualquiera de los adoptantes, derecho que podrá ejercer, de forma independiente, uno de ellos. Incluso una parte de la doctrina sostiene que, en el caso de que ambos padres trabajen, pero con una relación laboral en empresas distintas, podrían optar simultáneamente por la suspensión.

resto del período de suspensión posterior al parto puede ser disfrutado por el padre, de forma sucesiva o simultánea, con la madre. Consecuentemente, el límite para el permiso paternal se sitúa en 10 semanas ²⁶. La única limitación existente para el derecho del padre reside en el hecho de que la incorporación de la madre al trabajo implique un riesgo para su salud, en cuyo caso no puede hacerse efectivo el derecho del padre, que cede ante un bien superior: el estado de salud de la madre ²⁷.

Dentro del período citado, existe un amplio margen de libertad para el disfrute entre ambos padres, aunque, al mismo tiempo, concurren varias limitaciones, como son: a) que los períodos se disfruten de forma ininterrumpida, y b) que la suma del período disfrutado por el padre y la madre no supere la duración de las 16 semanas ²⁸.

En los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por acogimiento familiar -permanente o preadoptivo- o por adopción se aplican criterios semejantes, aunque con algunas diferencias, como son que cualquiera de los padres adoptantes o que acojan al menor puede ejercer el derecho a suspender el contrato de trabajo y que, frente a la regulación anterior, en la que la suspensión del contrato de trabajo por parte de uno de los padres excluía el del otro, en la nueva regulación ambos padres pueden suspender el contrato de trabajo, distribuyendo el período de descanso, de forma sucesiva o simultánea, si bien con algunas limitaciones:

- Que el disfrute de los distintos períodos sea ininterrumpido y determinado previamente, a fin de dar certeza a la empresa.
- Que la suma de los períodos disfrutados por los dos padres no puede superar la duración de las 16 semanas ²⁹.

Por último, el artículo 5.º de la LCVF introduce un nuevo párrafo al artículo 48.4 del ET, previendo que los períodos de suspensión del contrato de trabajo se puedan disfrutar tanto en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, siempre que exista un previo acuerdo entre el empresario y los trabajadores afectados, si bien la forma de ejercicio de este derecho y los demás requisitos concurrentes se difieren a norma reglamentaria.

²⁶ En el caso de parto sencillo; en los de parto múltiple, esas 10 semanas se incrementarían en 2 semanas adicionales por cada hijo nacido, a partir del segundo.

²⁷ Este condicionante ha sido puesto en cuestión por la doctrina, desde el momento en que si la salud de la madre está deteriorada resulta presumible que sea más necesaria la intervención del padre en el cuidado del recién nacido. *Vid.* LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J.F.: «Las recientes reformas de la legislación social sobre la mujer en el trabajo y sobre la prestación de desempleo». *Revista de Treball*, n.º 14, 1999, pág. 33.

²⁸ O del período que resulte, en caso de parto múltiple.

²⁹ O del período que corresponda, en los casos de adopción o acogimiento «múltiples».

II. LA PROTECCIÓN DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA

1. La protección de la trabajadora embarazada en el ordenamiento internacional.

La protección, así como la ordenación de las condiciones de trabajo, que afectan a la trabajadora embarazada, se han puesto de relieve, desde fechas tempranas, en el ámbito de las Organizaciones internacionales³⁰, en especial en el ámbito de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), reflejados en una multiplicidad de Convenios y Recomendaciones, entre los que son de destacar: el Convenio n.º 3, 1919, relativo al empleo de las trabajadoras antes y después del parto; la Recomendación n.º 12, 1921, sobre protección en materia de maternidad; o el Convenio n.º 103 y la Recomendación n.º 95, ambos de 1952, relativos a la protección de la maternidad, en los que se prohíbe a las mujeres embarazadas la realización de trabajo nocturno y de horas extraordinarias o de trabajos considerados como peligrosos³¹.

A su vez, en el Derecho Comunitario ha existido una preocupación por la protección de la trabajadora embarazada, como se refleja en diferentes iniciativas normativas³², que se asientan en los propios Tratados fundacionales, ya que los mismos también reflejan la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores. Por ejemplo, la Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1988, que contiene el Programa propuesto por la Comisión, relativo a la seguridad, a la higiene y a la salud en el trabajo, sirvió de base para la elaboración de la Directiva-Marco 89/391/CEE, sobre medidas para promover la mejora de los trabajadores en el lugar del trabajo, de la que han derivado otras Directivas, entre las que destaca la 92/85/CEE, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz y esté en período de lactancia³³.

³⁰ Un análisis de las distintas disposiciones adoptadas en el ámbito internacional, en orden a salvaguardar la salud de la mujer embarazada, parturienta o en período de lactancia en LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia». *Revista Técnico Laboral*, n.º 80, 1999, págs. 285-309.

³¹ Un análisis y estudio de los Convenios y Recomendaciones aprobados por la OIT se encuentra en BROCAS, A.M., CAILLOUX, A.M. y OGET, V.: «Las mujeres y la Seguridad Social. Los progresos de la igualdad de trato». *Colección Informes OIT*. Edit. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1990.

Una cita y breve comentario de otros textos internacionales que se refieren a la prevención de los riesgos del embarazo, en MORENO GENE, J., ROMERO BURILLO, A. y PARDELL VEA, A.: «La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85 a la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales». *Aranzadi Social*, 1997, n.º 15, págs. 477-499. De igual modo, en CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Maternidad y salud laboral (Comentarios a la Directiva 92/857/CEE, de 19 de octubre)». *Noticias de la Unión Europea*, n.º 127/128, septiembre, 1995, págs. 57 y ss.

³² *Vid.* PÉREZ ALENCART, A.: «El Derecho comunitario europeo de la Seguridad Social y la Salud». Tecnos. Madrid, 1993. De igual modo, una enumeración y breve comentario de estas iniciativas en MORENO GENE, *et al.*, *op. cit.*

³³ Un análisis de esta Directiva se encuentra, entre otros, en CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Maternidad y salud laboral», *op. cit.*, págs. 57 y ss.; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «La aplicación de la Directiva 92/85», *op. cit.*; MONTROYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Derecho Social Europeo». Edit. Tecnos, 1994, págs 116 y 117; ORTIZ LALLANA, M.C.: «Protección comunitaria de la maternidad». *Actualidad Laboral*, n.º 8/1991, págs. 385 y ss.; o MORENO GENE *et al. op. cit.*, págs. 485-489.

Por último, un análisis de las Directivas comunitarias que afectan al principio de igualdad de trato en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., LÓPEZ CUMBRE, L. y MORÓN PRIETO, R.: «El principio de igualdad de trato en las Directivas Comunitarias en materia de Seguridad Social». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 12, 1998, págs. 133-179.

La transposición al ordenamiento español de la Directiva 92/85 está constituida por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), en la que se contiene todo un conjunto de medidas dirigidas a proteger a la mujer, al feto y al niño de los riesgos que puede producirse sobre su salud, directamente o a través de la madre, en función de la realización por parte de ésta de actividades peligrosas.

2. La protección de la trabajadora embarazada en el ámbito laboral español.

Es indudable que el riesgo para la mujer, como consecuencia de la realización de determinados trabajos, se incrementa con las cuestiones biológicas asociadas a la maternidad. De ahí que, en esas situaciones, se demande del ordenamiento laboral la previsión de que se establezcan medidas encaminadas a salvaguardar la salud de la madre, la del feto o la del menor, para que tales situaciones biológicas no dificulten o impidan la incorporación de la mujer en el trabajo o la mejora de su *status* profesional, de modo que pueda hacerse compatible su estado con el trabajo³⁴. Como ha señalado la doctrina³⁵, la normativa dirigida a la protección de la maternidad toma a la mujer como sujeto de protección, todo lo cual se justifica, desde la vertiente del principio de igualdad, en función de las circunstancias objetivas del supuesto regulado, ya que la maternidad constituye una función social protegible por el ordenamiento y la trabajadora embarazada se encuentra en un momento de especial sensibilidad y peligro para su salud³⁶.

³⁴ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: «Informes,1994». Madrid, 1995, pág. 91. El CES pone de manifiesto que, a pesar de los avances de los ordenamientos laborales, así como las medidas adoptadas en el ámbito de la igualdad de oportunidades, existe un desigual reparto del trabajo doméstico y de las responsabilidades familiares, lo que es un obstáculo importante en la promoción de la mujer y motivo, con frecuencia, de su inestabilidad en el trabajo.

En el ordenamiento comunitario, la Directiva 76/207 contiene determinados preceptos que obligan a los Estados para la adopción de las medidas que eviten el despido de la trabajadora en la situación de embarazo o durante su maternidad. Un análisis de esta Directiva y su aplicación en España en PÉREZ DEL RÍO, T.: «La aplicación de la Directiva 76/207 en España...» Madrid, 1983; PÉREZ YÁÑEZ, R.: «Un nuevo paso en la tutela comunitaria de la trabajadora embarazada. Notas sobre la STJCE de 30 de junio de 1998». *Actualidad Laboral*, n.º 4, págs. 69-81 o DURÁN LÓPEZ, F.: «La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero». *Noticias CEE*, n.º 49, 1989, págs. 93 y ss.

³⁵ PÉREZ DEL RÍO, T.: «El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo». Madrid, IELSS, 1984, pág. 103.

³⁶ La situación de la mujer en estado de embarazo es objeto, de igual modo, de protección en el ámbito laboral, ya que, por ejemplo, los artículos 53 y 55 del ET y 108 de la LPL prescriben la nulidad del despido que afecte a una mujer embarazada, salvo que se declare la procedencia del mismo por motivos ajenos al embarazo, artículos que son objeto de una nueva redacción, a través, respectivamente de los artículos 7.º y 8.º de la LCVF.

El despido de la mujer embarazada fue objeto, asimismo, de pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional (STC 166/1988), a través de la cual el TC relaciona el embarazo con el género, y conecta el embarazo con la condición de mujer de la trabajadora y las dificultades para el acceso al empleo.

Sobre el tema anterior, *vid.* RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «Discriminación por razón de sexo y embarazo de las trabajadoras». *Relaciones Laborales*, I. 1991, págs. 3 y ss.; «Discriminación de la mujer y tutela discriminatoria». *Relaciones Laborales*, 1992, pág. 20 o «Igualdad y no discriminación en el empleo». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 13, 1998, págs. 51 y ss., o ALONSO OLEA, M.: «Resolución del contrato de trabajo en el período de prueba y discriminación por razón de embarazo». *Revista Española de Derecho de Trabajo*, 1988, n.º 36 y «El trabajo de la mujer». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 13, 1998, pág. 107.

A esa finalidad protectora se dirige la LPRL, a través de la cual se establece una serie de medidas y de mecanismos que ha de adoptar el empresario, cuya puesta en práctica depende de dos parámetros: el estado biológico de la mujer y la actividad realizada por ésta en la empresa. Por tanto, el bien jurídico protegido es, no sólo la protección de la integridad física de la mujer trabajadora, sino esa protección en función de su situación de embarazo o lactancia de un hijo. Por tanto, «el sujeto protegido o, en otras palabras, el bien jurídico protegido es también el derecho a la salud del feto o del recién nacido, a través de la salud de la madre»³⁷.

La primera obligación que recae sobre el empresario³⁸ es evaluar los riesgos que pueden afectar a la embarazada o al lactante³⁹, obligación que deriva de la obligación general de evaluación contenida en el artículo 16 de la LPRL⁴⁰, que tiene en cuenta dos parámetros esenciales: de una parte, la naturaleza de la actividad y, de otra, los colectivos que están expuestos a riesgos específicos. A diferencia del resto de las obligaciones empresariales en materia de protección de maternidad, la de evaluación de los riesgos surge incluso antes de que el empresario tenga conocimiento de la situación de embarazo o de lactancia, en orden a que una trabajadora embarazada no tenga que continuar en su puesto de trabajo hasta la finalización de una evaluación específica, tras la comunicación del embarazo al empresario. La obligación empresarial, si bien recae sobre el empresario, se llevará a cabo a través de los Servicios de Prevención, establecidos en el artículo 31 de la LPRL⁴¹.

En síntesis, el objetivo de la evaluación es la de conocer, de antemano, cuáles son los posibles riesgos para, a partir de su detección, determinar las medidas necesarias que deben adoptarse⁴². Por

³⁷ RODRÍGUEZ LÓPEZ, M.J. y PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en VV.AA. : «La prevención de riesgos laborales. Aspectos claves de la Ley 31/1995». Madrid, 1996.

³⁸ La obligación del empresario se conjuga con el mantenimiento de la misma, en los casos de contrata y subcontrata, de conformidad con el artículo 31 de la LPRL. *Vid.*, sobre el tema, GARCÍA PIQUERAS, M.: «Obligaciones y responsabilidades en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. De la insuficiencia a la indeterminación». *Revista Andaluza de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 47, 1998, págs. 29-41.

³⁹ Esta obligación es concordante con las previsiones contenidas en el artículo 4.º de la Directiva 92/85/CEE.

⁴⁰ Esta obligación de evaluación es coherente con las previsiones contenidas en el artículo 6.º de la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo. Asimismo, la obligación de evaluación es considerada como uno de los elementos clave de la prevención de riesgos laborales. Véase GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*. E. Trotta. Madrid, 1996; MUÑOZ MOLTO, F. y GARCÍA GARCÍA, A.M.: «La protección de la maternidad frente a los riesgos laborales». *Tribuna Social*, n.º 74/75; PALOMEQUE LÓPEZ, C.: «El nuevo marco jurídico de la prevención de riesgos laborales: la Ley 31/1995, de 8 de noviembre». *Actualidad Laboral*, n.º 8, 1996 o FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Edit. Dykinson. Madrid, 1996. Una relación de las disposiciones comunitarias que son objeto, total o parcial, de transposición por la Ley 31/1995 se encuentra en SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

⁴¹ En las empresas de menos de 6 trabajadores, la evaluación puede hacerse personalmente por el empresario (art. 30.5 de la LPRL). En este ámbito, deben tenerse en cuenta, asimismo, las funciones de prevención que pueden realizar las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social para sus empresas asociadas, en particular para aquellas con menos de 6 trabajadores, en los términos, condiciones y requisitos previstos en la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 22 de abril de 1997.

⁴² *Vid.* FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «El principio de la discriminación por razón de sexo y los trabajos prohibidos a la mujer en la legislación de seguridad e higiene». *Actualidad Laboral*, n.º 1/1999, pág. 6.

ello, la evaluación mencionada no ha de adoptarse sólo en caso de un riesgo cierto, sino también cuando los riesgos sean simplemente potenciales ⁴³.

2.1. La adaptación de las condiciones y tiempo de trabajo.

Detectados los riesgos, ciertos o potenciales, el empresario está obligado a tomar medidas para evitar los mismos. Sin embargo, a diferencia de la obligación de evaluación, la adopción de las medidas que eviten los riesgos solamente procede cuando el empresario tiene conocimiento, por la propia comunicación de la trabajadora, de su situación de embarazo o de lactancia.

Por lo que se refiere a las medidas concretas que deben adoptarse, la primera consiste en una adaptación de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo ⁴⁴, adaptación que puede resultar de poca entidad o puede tener un carácter sustancial ⁴⁵, si bien, existe una diferencia clara entre la legislación española y la comunitaria, pues mientras en la Directiva 92/85 se establece una lista de agentes tóxicos ante los cuales la prohibición de trabajo por parte de la mujer es absoluta, en España, al no existir dicha lista, será siempre necesaria la evaluación de cada puesto concreto ⁴⁶.

⁴³ Ésta parece ser la interpretación del artículo 26 de la LPRL en cuanto señala que «la evaluación... deberá comprender los procedimientos o condiciones de trabajo que *puedan influir negativamente...* si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una *posible repercusión...*». Esta tesis es compartida igualmente por la doctrina como afirman, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR, *op. cit.*, pág. 172.

⁴⁴ Esta obligación es concordante con las previsiones contenidas en el artículo 5.º 1 de la Directiva 92/85.

⁴⁵ La LPRL -art. 26- se refiere a que «dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajos a turnos». No obstante, el legislador español no ha transpuesto la taxativa prohibición de trabajo nocturno contenida en el artículo 7.º de la Directiva 92/85.

El trabajo nocturno ha sido sometido a revisión crítica, tanto por el TJCE como por el TC. Éste, en su STC 229/1992, reitera la legalidad constitucional de medidas dirigidas a asegurar la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, para, de esta forma, intentar restablecer situaciones sociales discriminatorias preexistentes, a través de normas en sí mismas desiguales; desde esta óptica, el TC valora negativamente el mantenimiento de prohibición de trabajo para la mujer.

Sobre el tema, *vid.* ALONSO OLEA, M.: «El trabajo de la mujer», *op. cit.*; BILBAO UBILLOS, J.M. y REY MARTÍNEZ, F.: «Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad constitucional», en ARAGÓN y MARTÍNEZ SIMANCAS: «La Constitución y la práctica del Derecho». Madrid, 1998. I, Págs. 263 y ss.; CASTRO ARGÜELLES, M.A.: «Normas internacionales y norma constitucional a propósito del trabajo de la mujer en la mina». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1994, págs. 157 y ss.; FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «El principio de no discriminación...», *op. cit.*; SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Discriminación y trabajo femenino en la minería». *Relaciones Laborales*, 1987, págs. 108 y ss.

Como señala la profesora MORENO DE TORO, la jurisprudencia comunitaria ha estado atenta en la apreciación de las normas que pueden proteger, de forma falsa, a la mujer, causándole perjuicios y limitaciones en el campo laboral; por ejemplo, la Sentencia de 5 de mayo de 1994 (asunto C-421/92. Caso HABERMANN) en relación con la norma protectora de la mujer que prohibía el trabajo nocturno a la misma, durante su embarazo, a la que se acogió el empresario para rescindir el contrato. EL TJCE entendió que sería contraproducente al objetivo perseguido con las Directivas comunitarias y les privaría de efecto útil, admitir que el contrato pueda ser declarado o impugnado, a causa del impedimento temporal de la trabajadora por cuenta ajena embarazada. *Vid.* MORENO DE TORO, C.: «La igualdad de oportunidades...», *op. cit.*

⁴⁶ *Vid.* BALLESTER PASTOR, M.A.: «Normativa». *Op. cit.*, pág. 62.

Se ha discutido si la trabajadora puede rechazar la modificación de las condiciones o tiempo de trabajo, pese a la existencia de un riesgo cierto o potencial. En este caso, y dado que la norma no va dirigida a proteger sólo a la mujer, sino también al feto o al hijo recién nacido, se entiende que aquélla está obligada a aceptar las nuevas y provisionales condiciones de trabajo, en la medida en que las mismas resulten absolutamente necesarias. Además, debe tenerse en cuenta la existencia de una obligación laboral de autoprotección, contenida en el artículo 29 de la LPRL.

La LCVF -a través de la nueva redacción que se da al apartado 1 del art. 26 de la LPRL⁴⁷- no introduce innovaciones sustanciales, en el ámbito que se comenta, sobre la redacción anterior, ya que, en líneas generales, se mantienen las obligaciones señaladas, es decir:

- La obligación empresarial⁴⁸ de evaluar los puestos de trabajo, determinando la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de la trabajadora embarazada a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo, que puedan influir, de forma negativa, en la salud de aquélla o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico para la seguridad y la salud (de la trabajadora) o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia. Es decir, se reitera el sujeto protegido ya contemplado en la regulación anterior y que se enmarca en la Directiva 92/85: la salud y seguridad de la trabajadora y, a través de ésta, del feto o del menor lactante.
- Cuando se den estos riesgos y exista una trabajadora embarazada, el empresario ha de adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, mediante la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, incluyendo, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos⁴⁹.

⁴⁷ A través del artículo 10 de la LCVF.

⁴⁸ No es necesario que la evaluación la haga necesariamente el empresario, sino que puede efectuarse por los equipos especializados. *Vid.* NORES TORRES, L.F.: «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones sobre el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales». *Actualidad Laboral*, n.º 16, abril, 1998. Vol. I. Pág. 306.

⁴⁹ En este punto, la reforma legal -continuando con la norma anterior- no llega a prohibir el trabajo nocturno, en línea con lo señalado en la mencionada Directiva 92/85. La regulación del trabajo nocturno contenida en la LPRL difiere de la establecida en la Directiva citada; la primera se refiere únicamente a la no realización del trabajo nocturno en aquellos supuestos en que resulte necesario, mientras que las previsiones comunitarias reflejan que, en ningún caso, las trabajadoras se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno, estableciendo la posibilidad de traslado a trabajo diurno, a una dispensa en el trabajo, a una prolongación del permiso de maternidad o al establecimiento de una prestación, cuando el traslado no pueda ser exigido por razones objetivas o técnicas.

En relación con la prohibición del trabajo nocturno a las mujeres, el TJCE, en su Sentencia de 25 de julio de 1991 (Asunto Stoeckel) consideró lícita la posibilidad de que se prohíba de forma absoluta el trabajo nocturno a la mujer trabajadora en situación de embarazo o de lactancia, pero entiende que el artículo 5.º de la Directiva 76/207 es suficientemente preciso para imponer a los Estados miembros la obligación de no plantear como principio legal la prohibición de trabajo nocturno de las mujeres.

Un análisis de la situación del Derecho comparado, respecto a determinados trabajos vedados a las mujeres embarazadas o que hayan sido madres recientemente, en BALLESTER PASTOR: «Discriminación y trato diferenciado...», *op. cit.*, págs. 74 y ss.

- Cabe la duda de si existe o no obligación por parte de la trabajadora de comunicar al empresario su situación de embarazo o de cualquier circunstancia que aumente el riesgo. Con carácter general, la LPRL⁵⁰ prevé una comunicación general del trabajador en orden a poner de manifiesto cualquier circunstancia que pueda incrementar el riesgo del trabajo, de modo que quien no lo haga puede estar sujeto a sanción. Queda por dilucidar si esa sanción podría incidir en la mujer que no comunicase su estado de embarazo. Dada la finalidad de la previsión legal y las obligaciones que, no sólo para el empresario, sino también para la trabajadora, se imponen, se estima que en el caso planteado es de aplicación la obligación genérica del artículo 29.2 de la LPRL⁵¹.

2.2. La movilidad funcional.

En el supuesto de que no resulte viable o posible la modificación de las condiciones o del tiempo de trabajo, el artículo 26.2. de la LPRL prevé taxativamente que «si la adaptación no resultase posible o, a pesar de la misma, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora... ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente...; el cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional...»⁵².

Ahora bien, esa imposibilidad de poner en práctica la modificación de las condiciones o del tiempo de trabajo debe basarse en datos objetivos, y no por la mayor o menor conveniencia del empresario⁵³. Pero para que pueda operar la movilidad funcional es preciso un requisito adicional, consiste en que un facultativo certifique que el puesto de trabajo que haya podido ser adaptado sigue generando riesgos para la trabajadora.

⁵⁰ Artículo 29.2.4.

⁵¹ No faltan autores que sostienen la tesis contraria (por ejemplo, BALLESTER PASTOR: «Normativa nacional...», *op. cit.* pág. 62). Se sostiene en defensa de esta tesis que la normativa comunitaria no impone dicha obligación; a su vez, que en el artículo 26 de la LPRL no figura esa comunicación de forma expresa; de igual modo, la trabajadora puede tener interés en no comunicar su estado, en los primeros meses de embarazo, por diferentes motivos. De todo ello, para la autora, si la evaluación del puesto de trabajo o las consecuencias previstas suponen, a juicio de la trabajadora, un perjuicio para ella, que puede justificar el que aquella no revele su situación de embarazo. En dicho caso, no serán achacables al empresario la falta de adopción de las medidas previstas en la norma de prevención. Pero, cuando las consecuencias del embarazo resulten evidentes, el empresario, hubiese mediado o no la comunicación por parte de la trabajadora, viene obligado a la adopción de las medidas señaladas.

⁵² La disposición señalada transpone el contenido del artículo 5.º 2 de la Directiva 92/85.

⁵³ La profesora ARGÜELLES BLANCO («La protección de intereses familiares...», *op. cit.*) hace referencia a un estudio sobre cien convenios colectivos (datos, a su vez, recogidos en PONS CARMENA, M. y BALLESTER PASTOR, M.A.: «Maternidad y responsabilidades familiares» en VV.AA., «La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva» -T. PÉREZ DEL RÍO, coord.- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer, 1997) en los que observa, en la gran mayoría de los mismos, la ausencia de cualquier mención a este derecho; a su vez, de los restantes convenios, la mayoría recogía una regulación más restrictiva que la contenida en el artículo 26.2 de la LPRL.

No obstante, se entiende que la certificación médica solamente es exigible cuando se ha procedido a la adaptación del puesto de trabajo, sin que sea preciso efectuarla en los casos de imposibilidad manifiesta de adaptar las condiciones de trabajo, ya que la propia evaluación empresarial ha destacado que el riesgo sigue existiendo y, consecuentemente, será necesario dar a la trabajadora un puesto de trabajo diferente ⁵⁴.

La certificación médica ⁵⁵ quedaba, en la legislación anterior a la LCVF, reservada en exclusiva al servicio médico del Servicio de Salud que asiste facultativamente a la trabajadora, comprendiendo también en esta expresión a los médicos de las Mutuas o de las empresas que, de forma voluntaria, colaboran en la gestión de la Seguridad Social. No obstante, se ha discutido si necesariamente el certificado mencionado debía ser efectuado por el médico de la Sanidad pública que atendiese a las trabajadoras, o era suficiente con que ese certificado lo expidiese el médico que atendiese a la trabajadora, con independencia del lugar del trabajo. Se entiende que, a los efectos del control necesario, la norma exige que ese certificado sea expedido necesariamente por el médico del Servicio de Salud ⁵⁶.

El nuevo puesto de trabajo a desarrollar por la trabajadora no debe presentar para la misma riesgo. A tal fin y de conformidad con el artículo 26.2 de la LPRL, el empresario, previa consulta con los representantes de los trabajadores, deberá determinar una relación de puestos de trabajo exentos de riesgos a los efectos de la maternidad. Asimismo, y aunque la norma nada dice en relación con el salario que percibía con anterioridad, debe respetarse la cuantía del salario anterior, si bien surge la duda respecto a los complementos vinculados a un concreto puesto de trabajo ⁵⁷.

Por último, la movilidad funcional tiene un carácter temporal, pues debe finalizar tan pronto como el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto. Esta movi-

⁵⁴ No faltan autores para quienes, en todo caso, el cambio de puesto de trabajo no es preceptivo si no se certifica expresamente la incompatibilidad del estado de embarazo con el puesto de trabajo habitual por el médico que asista a la trabajadora. Véase FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Comentarios a la Ley de Prevención...», *op. cit.*, pág. 59.

⁵⁵ Respecto a los reconocimientos médicos a que se ven obligados los trabajadores, conforme a la LPRL, *Vid.* GOÑI SEIN, J.L.: «Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales», *Revista de Derecho Social*, n.º 5, 1999. Para este autor estos reconocimientos se imponen como una obligación del empresario y sólo con carácter muy excepcional para el trabajador, aunque el principio de la necesaria autorización del trabajador, para someterse al reconocimiento, cuenta no obstante con excepciones, y puede quedar limitado cuando entra en conflicto con los intereses de terceros, como, por ejemplo, cuando el desempeño del puesto de trabajo puede influir de forma especial en su integridad física.

⁵⁶ Para otros, sin embargo, no resulta comprensible que el certificado médico, acreditando la necesidad de la mujer trabajadora de cambiar de puesto de trabajo, deba expedirse, en todo caso, por el médico de la Seguridad Social que asista a la trabajadora; les parece lógico, por el contrario, que ese certificado fuese expedido por el médico que asiste a la trabajadora, sea cual fuese la modalidad de Sanidad en la que trabajase. *Vid.* MORENO GENE, J., ROMERO BURILLO, A.M. y PARDELL VEA, A., *op. cit.*, pág. 497; PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, M.P.: «La protección de la maternidad en la relación laboral: Seguridad, Salud en el trabajo y tutela discriminatoria». *Aranzadi Social*, n.º 15, diciembre, 1998, pág. 53.

⁵⁷ Ésta es la opción mayoritaria en la doctrina. Véase, entre otros, GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 297 o GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR, *op. cit.*, pág. 274.

lidad funcional específica se diferencia fuertemente de la movilidad funcional del artículo 39 del ET, en que esta última no tiene una naturaleza obligatoriamente temporal ⁵⁸.

En el ámbito de la movilidad funcional de la trabajadora embarazada, la LCVF ⁵⁹ no presenta novedades significativas, salvo en lo que respecta al facultativo que ha de certificar la existencia de riesgo, ya que:

- Se mantiene la necesidad de una movilidad funcional de la mujer trabajadora, cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resulte posible o en aquellos casos, en que, no obstante la señalada modificación, las condiciones del puesto de trabajo sigan presentando riesgo para la mujer embarazada o el feto. En tales casos, la trabajadora deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente, compatible con su estado.
- Para llevar a cabo la obligación anterior, se mantiene la previsión de que el empresario, previa consulta con los representantes de los trabajadores ⁶⁰, elabore una relación de puestos de trabajo exentos de riesgos a los efectos indicados.
- El traslado a un nuevo puesto de trabajo o de función se ha de llevar a cabo, conforme a las reglas y criterios que se aplican para los supuestos de movilidad funcional, precisando que esa movilidad de funciones tiene un carácter temporal, puesto que terminará en el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto ⁶¹.
- Al igual que sucedía en la legislación anterior, para que sea obligatorio el traslado a nuevo puesto de trabajo, es necesario que exista una certificación médica sobre que el puesto de trabajo adaptado sigue presentando riesgo para la salud y la seguridad de la madre y/o para el feto. Pero, así como en la legislación precedente ese certificado debía efectuarse por el médico que, en el respectivo Régimen de Seguridad Social, prestase la asistencia sanitaria a la trabajadora, en la modificación legal se precisa que esa certificación debe llevarse a cabo por *los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio de Salud*, que asista facultativamente a la trabajadora.

No es fácilmente entendible la necesidad y la finalidad de la modificación respecto al órgano que debe certificar médicamente la presencia de riesgo en el desempeño de puesto de

⁵⁸ Se discute, dada la ausencia de norma expresa, si para poner fin a la movilidad funcional del artículo 26.2 de la LPRL es necesaria una nueva valoración y certificación médica que determine la mejoría de la salud.

⁵⁹ A través de la nueva redacción del artículo 26.2 de la LPRL, dada por el artículo 10 de la LCVF.

⁶⁰ La cual, como sucedía en la regulación precedente y a falta de disposición expresa, se entiende que es preceptiva, pero no vinculante.

⁶¹ Tampoco ha precisado la norma si en la reincorporación debe mediar una certificación médica, determinando la no presencia de riesgo para la madre. A pesar del silencio legal, se puede entender que esta certificación es precisa.

trabajo por la mujer embarazada. Por una parte, se alude al médico de la Mutua; en este ámbito, se entiende que la mención al facultativo de la Entidad Colaboradora no era necesaria, ya que su intervención quedaba encuadrada dentro del concepto amplio -contenido en la regulación anterior- en el sentido de que la certificación debía llevarla a cabo el facultativo que, en el respectivo Régimen de Seguridad Social, atendiese sanitariamente a la trabajadora ⁶². De otra parte, si la intervención del facultativo de la Mutua se relaciona con la nueva prestación económica de la Seguridad Social de «riesgo durante el embarazo» (cuyo contenido se comentará más adelante), tampoco se entiende su participación, en cuanto que la indicada prestación es gestionada directamente por el INSS, sin que se prevea ninguna intervención de las Entidades colaboradoras señaladas.

Por lo que se refiere a la circunstancia de que la presencia de riesgo para la mujer trabajadora se certifique por los servicios médicos del INSS, la misma únicamente puede estar relacionada con la gestión, por parte de esta Entidad Gestora, de la nueva prestación indicada, y como un mecanismo de verificación y de control de esta prestación.

Sin embargo, tampoco desde esta perspectiva se entiende la participación de los servicios médicos del INSS en esta fase. Como se indicará más adelante, para que pueda accederse a la prestación de riesgo durante el embarazo no sólo es necesario que exista un riesgo para la trabajadora y/o el feto en el desempeño del puesto de trabajo, cuyas condiciones o tiempo de trabajo se han adaptado, sino que es preciso que se recorran otros dos pasos adicionales, como son que la mujer afectada no pueda ser trasladada a otro puesto de trabajo de su mismo grupo profesional o categoría profesional o, incluso, que no pueda ser trasladada a otro puesto de trabajo, con independencia del grupo profesional de adscripción o de una categoría no equivalente. Solamente, cuando ese traslado no pudiese ser realizado, por no ser técnica u objetivamente posible, entra la protección de la Seguridad Social, mediante la prestación de riesgo durante el embarazo.

Por ello, lo lógico es que la participación de los médicos del INSS, en la declaración de riesgo, cierto o potencial, se situase en la fase «procedimental» de reconocimiento de la prestación de Seguridad Social, pero no en la fase previa, puesto que en la misma no nace, por sí misma, la protección económica de la Seguridad Social.

Además, la certificación del INSS, previo informe del facultativo del Servicio de Salud, declarando que existe un riesgo por el desempeño de un puesto de trabajo, cuyas condiciones se han adaptado, puede originar consecuencias insospechadas respecto a dicha Entidad. Si el empresario no está de acuerdo con la certificación del riesgo -con independencia de que haya de adoptar, *ad cautelam*, las medidas oportunas- podrá presentar una reclamación previa contra la Entidad Gestora y, posteriormente, demanda ante la jurisdicción social, dadas las consecuencias que para la empresa presenta esa certificación. De forma alternativa, si certifica la no presencia de riesgo, la trabajadora también podrá adoptar las medi-

⁶² La doctrina había entendido que, dentro de dicho concepto de facultativo, cabía incluir a los facultativos no sólo del respectivo Servicio de Salud, sino también a los de las Mutuas o de las empresas colaboradoras. *Vid.*, al respecto, GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 295.

das oportunas, en defensa de su derecho. Con todo ello, el médico del INSS puede generar una serie de obligaciones y derechos para terceros, en un ámbito de actuación distinto y sin relación con los cometidos esenciales que el ordenamiento jurídico le adscribe a dicho Organismo, cual es la gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social.

De otra parte, la certificación del médico del INSS, declarando la presencia o la inexistencia de riesgo en un determinado puesto de trabajo, debe efectuarse previo informe del médico del Servicio de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, sin que se señale la característica jurídica de este informe, aunque dada la regulación legal se entiende de naturaleza preceptiva, pero no vinculante. Con ello, podríamos encontrarnos con una certificación de un médico del INSS (Entidad a quien se encomienda la gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social) declarando, por ejemplo, la inexistencia de un riesgo, por la realización de una determinada actividad, para la mujer trabajadora y/o su feto, con un informe previo de un facultativo del Servicio de Salud (al que le está encomendado velar por la salud de los ciudadanos y por la dispensación de las correspondientes prestaciones sanitarias), reconociendo esa existencia de riesgo.

Además, no pueden olvidarse las competencias preventivas de las Administraciones Sanitarias -estatal o autonómica- en los términos contenidos en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y por sus disposiciones de desarrollo ⁶³. A su vez, la Ley prevé expresamente que la Administración Laboral está obligada a poner en conocimiento de la Administración Sanitaria competente la información obtenida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Por último, la reforma legal no aclara la exigencia y el alcance de esta certificación médica. De una parte, puede estimarse que este certificado médico basta, por sí mismo, para desencadenar las obligaciones organizativas de riesgos; sin embargo, parece que de la normativa vigente se desprende la necesidad de que exista previamente la evaluación del riesgo y que el certificado médico sólo es operativo cuando no sea posible la adaptación de las condiciones y del tiempo de trabajo ⁶⁴.

2.3. *Traslado de la trabajadora a puesto no correspondiente con el grupo profesional o categoría equivalente.*

La última posibilidad de protección en el ámbito empresarial, en caso de que no exista puesto de trabajo compatible dentro del grupo profesional o categoría equivalente, consiste en que la tra-

⁶³ Dentro de estas competencias (art. 10), son de destacar la evaluación y el control de las actuaciones de carácter sanitario que se realicen en las empresas por los Servicios de Prevención; la elaboración, junto con las autoridades laborales, de mapas de riesgos laborales y la realización de estudios epidemiológicos; la supervisión de la formación preventiva o la elaboración y divulgación de estudios, investigaciones y estadísticas relacionadas con la salud de los trabajadores.

⁶⁴ Para un análisis del tema, *vid.* MORENO GENE, J., ROMERO BURILLO, A.M. y PARDELL VEA, A.: «La protección de la maternidad...». *Op. cit.*, pág. 483.

bajadora deberá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo profesional o categoría equivalente⁶⁵. Esta obligación es de carácter residual y solamente ha de emplearse cuando hayan fallado los otros dos mecanismos previos (es decir, imposibilidad de adaptar las condiciones del puesto de trabajo y de ofrecer a la trabajadora un puesto de trabajo correspondiente a grupo profesional o categoría equivalente), ya que implica ir más allá del contenido de una movilidad funcional.

Este traslado, si bien representa una actuación obligatoria para el empresario, también lo es para la propia trabajadora⁶⁶. En cualquier caso, ha de abonarse a la trabajadora el salario percibido en el puesto de trabajo habitual, salvo que el cambio haya sido a un puesto de categoría superior, en cuyo caso es defendible que haya de abonársele el salario del puesto superior.

En este ámbito -traslado de la trabajadora embarazada a puesto compatible no correspondiente a su categoría profesional- la LCVF no presenta modificación alguna respecto a la regulación anterior, ya que prevé que, caso de no existir un puesto de trabajo o función compatible que pertenezca al grupo profesional o a una categoría equivalente, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto de trabajo no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su anterior puesto de trabajo⁶⁷.

3. La prestación económica de la Seguridad Social por riesgo durante el embarazo.

La protección social de la trabajadora embarazada, vigente con anterioridad a la LCVF, presentaba una laguna importante, puesto que únicamente contemplaba, en determinados supuestos, la posibilidad/obligación de traslado de aquella a un puesto compatible. Pero, ¿en qué situación se podía encontrar la trabajadora que, aun teniendo derecho al traslado de puesto de trabajo a otro compatible, a fin de evitar los riesgos para su salud o la del feto, sin embargo dicho traslado no podía realizarse? En estos casos, ¿tenía la trabajadora derecho a la suspensión del contrato de trabajo? En caso afirmativo, ¿era debido el salario, aunque no existiese prestación de servicios? De no ser ésta la interpretación, ¿podría acceder la interesada a una prestación de la Seguridad Social?; ¿se mantenía obligación de cotización a la Seguridad Social?

Eran todos ellos interrogantes que no tenían fácil solución en el ordenamiento laboral y de Seguridad Social y, sin embargo, la solución aparece recogida en la Directiva 92/85, en la que se

⁶⁵ La regulación contenida en el último inciso del artículo 26.2 de la LPRL concuerda con el artículo 5.º 2 de la Directiva 92/85.

⁶⁶ Ésta es la tesis mantenida por la doctrina. SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F.: «Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales». *Op. cit.*

⁶⁷ Hay que seguir entendiéndolo, a pesar de la ausencia de norma expresa, que ese derecho implica un mínimo, puesto que, en caso de pasar a desempeñar un puesto de trabajo de superior categoría, al que esté asignado un salario superior, deberá percibir éste, y no el correspondiente al anterior puesto de trabajo. La tesis contraria supondría un enriquecimiento sin causa del empresario.

prevé ⁶⁸ que los Estados miembros han de garantizar a la trabajadora embarazada que no pueda ser trasladada a puesto de trabajo compatible «el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación», sin que esa regulación se hubiese trasladado expresamente al artículo 26 de la LPRL ⁶⁹.

Una parte de la doctrina ha entendido que no era necesario completar la regulación, en orden a prever de forma expresa la posibilidad de la trabajadora de no asistir al trabajo, en caso de riesgo y de no poder ser trasladada a otro puesto de trabajo, ya que esta posibilidad está reconocida en nuestro ordenamiento como una derivación de la teoría de los riesgos de empresas, recogida en el artículo 39 del ET, o en el 21 de la LPRL, que permiten al trabajador, ante situaciones de riesgo, ausentarse del trabajo ⁷⁰. En sentido contrario, otros autores opinan que el silencio legislativo obliga a entender que la LPRL no admite la posibilidad de dispensar a la trabajadora de acudir al trabajo, aun cuando ésta sea la única solución razonable ⁷¹.

No obstante, ninguna de las dos tesis resuelve la problemática, ya que ambas presentaban inconvenientes. De una parte, no parece lógico que las empresas, aun cumpliendo todas las obligaciones determinadas en la LPRL, asumieran las consecuencias de abono de salario, sin que existiese una prestación real de servicios; a su vez, la solución de trasladar a la empresa ese pago supondría otro obstáculo en el acceso efectivo de la mujer al trabajo ⁷². De todas formas, con la redacción del artículo 26 de la LPRL los interrogantes señalados quedaban sin contestación clara ⁷³, puesto que parecía partirse de que, en cualquier caso, el empresario ofrecía un puesto de trabajo compatible a la trabajadora. Y sin embargo, la posibilidad de que no existiese ese trabajo era fácilmente constatable en la realidad diaria, en especial, en la pequeña y mediana empresa. Como se recoge en el dictamen del CES al anteproyecto de LCVF, con la nueva redacción del artículo 26.3 de la LPRL -a través del art. 10 de la LCVF- «se da respuesta a la situación de inseguridad jurídica creada cuando un puesto de trabajo entrañe riesgo para la mujer trabajadora embarazada, y no sea posible su adaptación, ni tampoco la empresa pueda ofertar otro».

⁶⁸ Artículo 7.º. *Vid.* «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras» (II). *Relaciones Laborales*, n.º 18, septiembre, 1999, pág. 8.

⁶⁹ Por ello, para la doctrina, en caso de que el empresario o la trabajadora exigiesen la aplicación de la Directiva, tal vez la LPRL debería ser interpretada completando la laguna legal con aquella. *Vid.* PURCALLA BONILLA, *op. cit.*, pág. 55.

⁷⁰ De esta tesis participa, por ejemplo, GONZÁLEZ ORTEGA, *et. al.*, «Comentarios a la Ley...». *Op. cit.*, pág. 29.

⁷¹ Participa de esta opinión, si bien de forma crítica, SANTOS FERNÁNDEZ, R.I.: «La protección de la maternidad en la Ley 31/1995». Pág. 26.

⁷² Así lo señala NORES TORRES, L.E., *op. cit.*, pág. 311.

⁷³ Ya que los casos no llegaban a conocimiento judicial. Como señalaba ESCUDERO RODRÍGUEZ («La aplicación de la Directiva 92/85...», *op. cit.*, pág. 268) «porque se ha resuelto (la misma)... en la práctica, mal que bien y al menos en los supuestos más llamativos, entre las trabajadoras afectadas, los empresarios y, eventualmente, los médicos de la Seguridad Social». No obstante, la doctrina consideraba anómalo que tuviese que acudirse a bajas de complacencia, para alcanzar un resultado justo de un problema no resuelto en una Ley modernizadora, como pretendía ser la LPRL. *Vid.*, al respecto, LOUSADA AROCHENA: «La protección de la salud laboral de las...», *op. cit.*, pág. 300.

Para poner remedio a tales dificultades y propiciar una protección real de la trabajadora embarazada, que no podía ser trasladada a puesto compatible con su estado, se ha justificado que la solución a esta problemática debía venir de las respuestas protectoras de la Seguridad Social, en el mismo sentido en que ya se daba respuesta a una situación semejante, como la que concurría en el personal femenino de vuelo, que no puede realizar sus cometidos laborales a causa de su embarazo, ya que, dándose esta circunstancia, los pilotos, auxiliares y el resto de personal femenino de vuelo, incurren en una situación de baja por incapacidad temporal (IT) con base a enfermedad común, siempre que dicho personal no pudiese ser empleado en otro puesto de trabajo compatible con su estado ⁷⁴. En el mismo sentido ⁷⁵, la solución a la problemática apuntada podría quedar resuelta parcialmente mediante la aplicación de determinados criterios administrativos, a través de los cuales la ausencia de la normativa legal, en los casos de imposibilidad de la trabajadora bajo la amenaza de riesgo, puede discurrir por la vía de la IT ⁷⁶.

En definitiva, la protección de la trabajadora embarazada, que no podía ser trasladada a puesto compatible, parecería venir del ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, a través de la figura de la prestación de IT ⁷⁷. Se trataría de que, en los supuestos indicados, si la trabajadora no podía ser trasladada a otro puesto de trabajo, pasaría por un proceso de IT hasta el momento en que iniciase los períodos de descanso por maternidad. Esta alternativa que, indudablemente, lograba una respuesta protectora ante una situación de necesidad, sin embargo, adolecía de fuertes inconvenientes, ya que enmascararía, bajo la figura de un proceso de IT, situaciones ajenas al mismo.

Los elementos básicos de un proceso de IT son tres:

⁷⁴ La regulación jurídica de esta situación se encuentra en la Resolución de la entonces Subsecretaría de Seguridad Social, de 2 de septiembre de 1974 (Boletín de Mutualismo Laboral n.º 273). El contenido de esta Resolución fue considerado vigente por Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 14 de junio de 1995, en base a las previsiones de la Orden de 30 de noviembre de 1990, sobre aviación civil.

⁷⁵ PURCALLA BONILLA, *op. cit.*, pág. 53.

⁷⁶ Estos criterios son las Resoluciones de la entonces Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 2 de septiembre de 1991 (en virtud de la cual los procesos de IT, iniciados antes del parto y sin que la interesada hubiera optado por el descanso maternal, se mantienen en sus propios términos, dejando siempre a salvo el derecho de la madre a elegir la fecha del período de descanso maternal), y de 9 de junio de 1992, que permite prolongar la situación de IT, más allá del parto, cuando no exista derecho a prestación económica por maternidad y subsista la situación patológica.

⁷⁷ Para la doctrina (NORES TORRES, *op. cit.*, pág. 312), la situación sería semejante a la contemplada en los artículos 45 y ss. de la Orden Ministerial de 9 de mayo de 1962, si bien la misma se aplica sólo en los casos de enfermedad profesional. En los supuestos en que no fuese posible trasladar a la trabajadora a un puesto de trabajo compatible con su estado, se le reconoce -en virtud de la OM de 1962- un subsidio de 18 meses. Sin embargo, deben considerarse algunas Sentencias del Tribunal Supremo (27 de junio de 1994 y 22 de diciembre de 1994, ambas en recursos de casación para la unificación de doctrina) y en las que a los trabajadores, expuestos a un riesgo, la empresa no les podía trasladar a puesto de trabajo compatible; en este caso, mientras que el INSS señalaba la aplicabilidad del artículo 48 de la Orden Ministerial de 1962, el Tribunal Supremo entendió que cuando la enfermedad presenta un carácter irreversible, inhabilitando al trabajador para realizar los trabajos de cualquier puesto correspondiente a su categoría profesional, corresponde el reconocimiento de la incapacidad permanente.

- a) Que existe una alteración del estado de salud, motivada por una enfermedad -común o profesional- o un accidente -común o de trabajo-,
- b) Que esa alteración de la salud sea de tal magnitud que provoque temporalmente una incapacidad en el trabajador para la realización de su trabajo habitual ⁷⁸, y
- c) Que esa alteración de la salud sea certificada por los servicios médicos de la Seguridad Social, que atiendan al trabajador.

En el caso que se analiza, no se produce una alteración del estado de salud de la trabajadora. Es cierto que el desempeño del puesto de trabajo puede originar esa alteración del estado de salud, pero la alteración de la salud, para que pueda dar lugar al nacimiento de un proceso de IT, ha de ser cierta, constatada, no potencial. A su vez, esa alteración del estado de salud ha de ser de tal entidad que provoque la imposibilidad del trabajador de acudir al trabajo, puesto que, en caso contrario, existiría causa para el despido de la trabajadora; y esa respuesta viene dada por la suspensión del contrato de trabajo. Pues bien, todos estos elementos no concurren en la situación de una trabajadora que no puede ser trasladada del puesto de trabajo a otro compatible, en el que no exista riesgo para su salud. Por ello, en muchas ocasiones la situación de riesgo en que podía incurrir la mujer trabajadora por el desempeño de su puesto de trabajo (sin que existiese otro compatible) difícilmente podía englobarse dentro de la incapacidad temporal.

A fin de remediar la situación creada y poner fin a cualquier controversia, el artículo 10 de la LCVF incorpora un nuevo apartado 3, en el artículo 26 de la LPRL, de manera que, cuando la trabajadora embarazada no puede ser trasladada a puesto de trabajo compatible, podrá suspender el contrato de trabajo, suspensión que finalizará en el momento en que la trabajadora inicie el período de descanso por maternidad o pueda reincorporarse a su puesto de trabajo o a otro compatible, de producirse en una fecha anterior. Esta nueva causa de la suspensión del contrato de trabajo no se incluye únicamente en el ámbito de la LPRL, sino que la LCVF introduce determinadas modificaciones en el ordenamiento laboral, en el siguiente sentido:

- El artículo 3.º de la LCVF modifica ligeramente el artículo 45.1 d) del ET, para incluir como causa de suspensión del contrato de trabajo, la de «riesgo durante el embarazo» ⁷⁹.

⁷⁸ Y como consecuencia de esa incapacidad, se requiera la suspensión del contrato de trabajo y con él, la suspensión de las obligaciones derivadas de dicho contrato, básicamente, la del trabajador de prestar servicios, y la del empresario de abonar el salario. Un análisis de los elementos que deben concurrir en la situación de incapacidad permanente se encuentra en PANIZO ROBLES, J.A.: «El control de la incapacidad temporal: A propósito del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 4, Madrid, 1997.

⁷⁹ Junto a la situación de riesgo durante el embarazo, el artículo 45.1 d) incluye otros supuestos, como los de maternidad, adopción o acogimiento, permanente o preadoptivo, de menores de 6 años.

- Por su parte, el artículo 6.º de la LCVF introduce un nuevo apartado 5, en el artículo 48 del ET, delimitando la nueva situación de suspensión de la relación laboral, en los mismos términos que los señalados en el artículo 26.3 de la LPRL ⁸⁰.
- De igual modo, en el ámbito de la función pública, la LCVF introduce determinadas modificaciones, en orden a incluir la licencia por riesgo durante el embarazo, con unas previsiones similares a las contenidas en el ordenamiento laboral ⁸¹.

Ahora bien, la suspensión del contrato de trabajo, y en contrapartida el cese en la prestación de servicios por parte de la trabajadora, origina la supresión de recibir el salario ⁸². Por ello, para remediar la situación de posible desprotección, la LCVF, a través de su Capítulo IV, modifica la LGSS, en orden a la configuración de una nueva prestación económica de Seguridad Social -la de riesgo durante el embarazo-, del modo siguiente:

- Se modifica ⁸³ el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social -art. 38 de la LGSS- en el marco de las prestaciones económicas que dispensa el sistema de la Seguridad Social, al incluir expresamente en el mismo una nueva prestación -la de «riesgo durante el embarazo»- ⁸⁴. La creación de una nueva prestación de Seguridad Social y, en síntesis, la diferenciación entre la situación a proteger y la incapacidad temporal es coherente con la Declaración del Consejo y de la Comisión, de 19 de octubre de 1992, relativa al artículo 11.3 de la Directiva 92/85/CEE, conforme a la cual la referencia, por razones mera-

⁸⁰ Las únicas diferencias son de redacción. Mientras que en el artículo 26.3 de la LPRL se refiere a que la suspensión del contrato de trabajo durará «... mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto de trabajo...», en el artículo 48.5 del ET se refiere a la continuación de la indicada suspensión hasta que «... desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto...».

⁸¹ En tal sentido, las novedades son las siguientes:

- El artículo 21 de la LCVF introduce un nuevo apartado 3, en el artículo 69 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, regulando la licencia por riesgo durante el embarazo, cuando se den las circunstancias reflejadas en el artículo 26.3 de la LPRL.
- A su vez, el artículo 22 de la LCVF modifica el artículo 21 de la Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, y el artículo 20 de la Ley 29/1975, sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, regulando la situación de riesgo durante el embarazo, en el campo del mutualismo administrativo.

⁸² Lo cual no quiere decir que cesen temporalmente los compromisos económicos de la empresa en favor del trabajador. Por ejemplo, en el caso de la IT -que constituye otra de las causas de la suspensión de la relación laboral- aunque el trabajador, durante la misma, no preste servicios y, en correspondencia, el empresario no abone salario, sin embargo éste sigue teniendo algunos compromisos retributivos con el trabajador. De un parte, porque, en razón de la colaboración obligatoria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social, aquéllas han de abonar la prestación económica de IT a los trabajadores (aunque luego se resarza de los pagos efectuados, deduciéndolos en las cotizaciones a ingresar); de otra, porque, en virtud de pactos colectivos o individuales, la empresa suele completar a su cargo las prestaciones de IT reconocidas por la Seguridad Social.

⁸³ A través del artículo 11 de la LCVF.

⁸⁴ En cambio, en el ámbito funcional no se crea una nueva prestación de Seguridad Social, ya que la situación de riesgo durante el embarazo pasa a constituir una variante de la IT.

mente técnicas, a la enfermedad en la prestación que ha de percibir la trabajadora en caso de interrupción de su actividad, por razón del embarazo, «en modo alguno pretende equiparar el embarazo y el parto con la enfermedad, sino establecer una mínima referencia sobre la señalada prestación».

- Se da nueva redacción al artículo 106 de la LGSS ⁸⁵, en orden a mantener la obligación de cotizar, durante la situación de riesgo durante el embarazo, que se constituye, de esta forma, en una situación de asimilación al alta con obligación de cotizar a la Seguridad Social ⁸⁶.
- De igual modo, se introduce un nuevo Capítulo IV, *ter*, en el Título II ⁸⁷ de la LGSS, a través del cual se establecen los elementos básicos de la nueva prestación, que se analizan en los apartados siguientes.

3.1. La situación protegida.

El nuevo artículo 134 de la LGSS delimita la situación protegida por la prestación económica de la Seguridad Social de «riesgo durante el embarazo», señalando que se considera «situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo, en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26.3 de la Ley 31/1995..., dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados».

En definitiva, para que pueda nacer la prestación económica de riesgo durante el embarazo, es necesario que se esté en presencia de una determinada situación, en la que habrá debido acreditarse:

- La situación biológica del embarazo, a través de la correspondiente certificación del facultativo de la Seguridad Social, que atienda asistencialmente a la interesada.
- El hecho de que el puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora (aun cuando hubiese sido objeto de adaptación) presenta un riesgo, efectivo o potencial, para la trabajadora o el feto; esta circunstancia deberá quedar acreditada mediante certificación del facultativo adscrito a la Dirección Provincial correspondiente del INSS, previo informe del médico reflejado en el párrafo anterior.
- La imposibilidad técnica u objetiva de trasladar a la trabajadora a otro puesto de trabajo compatible con su estado (sea del mismo grupo profesional al que pertenezca la intere-

⁸⁵ Mediante el artículo 12 de la LCVF.

⁸⁶ Respecto a las situaciones de asimilación al alta, *vid.* BARRIOS BAULDOR, G.: «Las situaciones de asimilación al alta en el Sistema de la Seguridad Social». Aranzadi Editorial. Pamplona, 1997.

⁸⁷ El Título II es aplicable al Régimen General de la Seguridad Social.

sada u otro distinto), que deberá quedar acreditada por la empresa, con la presencia de los servicios de prevención; de igual modo, bien de oficio, bien a instancia de parte, se podrá solicitar en todo caso, el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, respecto a la constatación de esa imposibilidad.

- Por último, que, dándose todos los hechos anteriores, la trabajadora ha suspendido el contrato de trabajo, cesando, en consecuencia, la prestación de servicios y el cese en el abono de salarios.

3.2. Los requisitos subjetivos.

Conforme al artículo 135.1 de la LGSS ⁸⁸, la prestación económica por riesgo durante el embarazo se concede a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en la legislación de la Seguridad Social para la prestación económica de IT derivada de enfermedad común, salvo las particularidades que prevé de forma expresa el artículo antes citado.

En definitiva, además de darse la situación protegida, la prestación de riesgo durante el embarazo precisa de una serie de requisitos adicionales que, en caso de no acreditarse, imposibilitan el acceso a la prestación de la Seguridad Social. Como sucede con las situaciones de IT o de maternidad, adopción o acogimiento, no sólo ha de darse la situación protegida (la alteración del estado de salud, que impide la realización del contrato de trabajo y abre la suspensión del contrato de trabajo; el nacimiento, la adopción o el acogimiento permanente de un menor; o la existencia de una situación de riesgo para la mujer trabajadora y/o el feto, así como la constatación de que el traslado de la interesada a un puesto compatible no resulte factible, ni técnica ni objetivamente), sino que, al tratarse de una prestación económica contributiva, precisa de unos elementos de contribución, como son:

- Que la trabajadora se encuentre en una situación de alta o de asimilación al alta ⁸⁹, lo que, en principio, es fácilmente constatable, ya que se trata de una persona que efectúa un trabajo y que ha de ser trasladado a otro compatible.
- Que se acredite un determinado período de cotización, equivalente al que se exige para la prestación económica de IT, derivada de enfermedad común, es decir, 180 días ⁹⁰, dentro

⁸⁸ En la redacción dada por el artículo 14 de la LCVF.

⁸⁹ Un análisis de las situaciones de alta y de asimilación al alta, en relación con las prestaciones de Seguridad Social en SEMPERE NAVARRO, A.V. y BARRIOS BAULDOR, G.: «La situación de alta o de asimilada al alta y el acceso a las prestaciones de Seguridad Social». *Aranzadi Social*, n.º 8, julio, 1998, págs. 9-15.

⁹⁰ Dada la finalidad de la protección y la involuntariedad por parte de la trabajadora en el acceso a la protección (puesto que solamente concurre en el caso en que la empresa no disponga de puesto compatible), una alternativa hubiese consistido en que no se hubiese exigido período de cotización alguna, como sucede con la IT, cuando deriva de una contingencia profesional o de un accidente común.

de los cinco años anteriores al hecho causante de la prestación ⁹¹. Con ello, existen tres prestaciones (la IT, derivada de enfermedad común; la prestación económica por maternidad o la prestación de riesgo durante el embarazo) para las que el período de cotización es el mismo -180 días-.

Respecto a su ámbito subjetivo, la LCVF introduce un cambio sustancial respecto a la regulación contenida en el Anteproyecto. En éste, la nueva prestación se limitaba a los trabajadores por cuenta ajena, limitación objeto de especial crítica por parte del CES -que hizo suya, posteriormente, el Consejo de Estado, en su preceptivo dictamen- al considerar no justificada la limitación señalada, ya que «existen motivos suficientes para considerar la pertinencia de hacer extensivos a las trabajadoras por cuenta propia o autónomas los derechos que, en relación con la salud durante el embarazo, se reconocen a las trabajadoras con un contrato de trabajo» ⁹². En el texto definitivo, el artículo 16 de la LCVF, a través de una nueva redacción de la disposición adicional octava.3 de la LGSS, establece que lo dispuesto en los artículos 134 y 135 (de dicha Ley), reguladores de la prestación por riesgo durante el embarazo, resultará de aplicación a los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el Régimen Especial del Mar, Régimen Especial Agrario y Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, si bien difiere a las disposiciones que reglamentariamente se establezcan la delimitación de los términos y las condiciones de acceso a la prestación ⁹³.

Como regla complementaria a las indicadas, la disposición adicional primera de la LCVF ⁹⁴ señala que también podrán acogerse a los beneficios establecidos en la misma, entre otros extremos durante los períodos de descanso por riesgo durante el embarazo, los socios trabajadores o socios de trabajo de las Sociedades Cooperativas y los trabajadores de las Sociedades Laborales, con inde-

⁹¹ En el caso de las trabajadoras contratadas a tiempo parcial, el plazo de 5 años, dentro de los cuales deben estar comprendidos los 180 días, se incrementa en proporción inversa a como se haya reducido la jornada de trabajo. Por ejemplo, en un contrato de trabajo a tiempo parcial, con jornada equivalente al 40 por 100 de la habitual, el período de los 180 días debería quedar acreditado en el plazo de los 8 años anteriores al hecho causante de la prestación.

Un análisis de la prestación por incapacidad temporal en los contratos a tiempo parcial, en PANIZO ROBLES, J.A.: «Los contratos a tiempo parcial y para la formación: Su incidencia en la Seguridad Social. (A propósito de los Reales Decretos 488/1998 y 489/1998, de 27 de marzo)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*, n.º 183, Ed. Estudios Financieros, junio 1998, págs. 3-46.

⁹² El CES justifica la extensión de la prestación a las trabajadoras autónomas o por cuenta propia, en que tanto la legislación nacional, como comunitaria, avalan y aconsejan esta opción: desde la LPRL a las Directivas 86/378/CEE y 86/613/CEE, relativas, respectivamente, a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes de Seguridad Social y que ejerzan una actividad autónoma, incluida la agraria.

⁹³ La nueva redacción de la adicional octava.3 de la LGSS incorpora otra novedad esencial, cual es la extensión a los trabajadores por cuenta propia, incluidos en los Regímenes Especiales de Trabajadores del Mar, Agrario y de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, de los mecanismos de jubilación parcial, si bien, al igual que sucede con la prestación económica de riesgo durante el embarazo, los términos y condiciones de acceso a la prestación se difieren a las disposiciones reglamentarias que apruebe el Gobierno.

⁹⁴ Incorporada como consecuencia de la enmienda (n.º 135), presentada, de forma conjunta, por los Grupos Parlamentarios Popular y Catalán, en el debate de la misma en el Congreso de los Diputados.

pendencia del Régimen de ¿afiliación? de la Seguridad Social en el que estuvieran incluidos ⁹⁵, de conformidad con las peculiaridades propias de las relaciones societarias ⁹⁶.

Teniendo en cuenta que, según los casos, los socios trabajadores de Cooperativas pueden incorporarse, en el correspondiente Régimen de Seguridad Social, como trabajadores por cuenta ajena o como trabajadores por cuenta propia, surge la duda del alcance de las previsiones de la adicional primera de la LCVF, en el último de los supuestos. Hay que tener en cuenta -como se ha indicado- que para los trabajadores por cuenta propia, la extensión de la protección, en la situación de riesgo durante el embarazo, queda condicionada a que se aprueben las disposiciones reglamentarias, en las que se han de establecer los términos de esta protección. A partir de tal situación, ¿cuál es el alcance de la protección de las cooperativistas de una Cooperativa de Trabajo Asociado, cuyo colectivo haya optado por quedar incluido en el RETA?; en este caso, ¿los cooperativistas tendrían derecho, desde la entrada en vigor de la LCVF, a la protección en la situación de riesgo durante el embarazo o, por el contrario, y al quedar incluidos en el RETA, será preciso esperar a las disposiciones reglamentarias a que alude la adicional octava de la LGSS?

A la vista de la rotundidad con que está redactada la disposición adicional primera de la LCVF, no parece que deban existir dudas sobre que, una vez que entre en vigor la misma, las trabajadoras cooperativistas de una Cooperativa de Trabajo Asociado tendrán derecho a la protección, cuando se encuentren en la situación de riesgo durante el embarazo, aunque la Asamblea de cooperativistas haya optado por la inclusión de ellos mismos, a efectos de Seguridad Social, en el RETA.

3.3. La duración de la prestación.

De acuerdo con los artículos 48.5 del ET, 26.3 de la LPRL y 135.2 de la LGSS, la prestación de riesgo durante el embarazo nace el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo y finaliza el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado, de producirse estas últimas circunstancias en una fecha anterior.

⁹⁵ No se entiende la redacción de la adicional primera de la LCVF, ya que no existe un «Régimen de afiliación» de la Seguridad Social; al contrario, la afiliación de los sujetos obligados se produce en el sistema de la Seguridad Social y es única y vitalicia, con independencia del Régimen de Seguridad Social en el que, en razón de la actividad desempeñada, deban estar encuadrados aquéllos.

⁹⁶ La regulación jurídica de las Cooperativas se encuentra en la reciente Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, que derogó (salvo, transitoriamente, el Capítulo III de su Título I) la Ley 3/1987, General de Cooperativas. A efectos del encuadramiento en la Seguridad Social de las personas que prestan servicios, como socios, en las Sociedades Cooperativas, véase el contenido de la disposición adicional cuarta de la LGSS. Como regla general, estos socios pueden quedar incluidos como trabajadores por cuenta ajena, en el Régimen de Seguridad Social que corresponda a su actividad o, en el caso de los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado, como trabajadores por cuenta propia. Por lo que se refiere a las Sociedades Laborales, su regulación jurídica se encuentra en la Ley 4/1997, de 24 de marzo, en cuyo artículo 21 se dictan las correspondientes reglas de incorporación de los socios trabajadores de aquéllas en la Seguridad Social. El artículo 21 de la Ley 4/1997 ha sido objeto de nueva redacción a través de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Los preceptos señalados matizan el contenido del artículo 26.3 de la LPRL respecto a la duración de suspensión del contrato de trabajo y, consecuentemente, de la prestación, ya que:

- En principio, la misma dura hasta el momento en que la trabajadora inicie la suspensión del contrato de trabajo, en razón de la maternidad. Si existe riesgo para la mujer trabajadora y/o el feto y no existe puesto compatible, con lo que la trabajadora ha de suspender el contrato de trabajo, lo lógico es que la interesada continúe en esta situación hasta el parto, en donde se iniciará el período de descanso por maternidad.
- Ahora bien, la norma prevé que si, por alguna causa, el riesgo desaparece antes del parto, bien porque la persona pueda reincorporarse a su puesto de trabajo anterior ⁹⁷, bien porque la misma pueda incorporarse a otro puesto compatible ⁹⁸, la prestación se interrumpe en cualquiera de esas dos fechas.

3.4. La cuantía de la prestación.

La prestación económica por riesgo durante el embarazo consiste en un porcentaje, que ha de aplicarse a la correspondiente base reguladora, base equivalente a la que esté establecida para la prestación económica de IT, derivada de contingencias comunes. Por tanto, la base reguladora de la prestación de riesgo durante el embarazo es la base de cotización del mes anterior a la baja ⁹⁹, con determinadas particularidades en el caso de las trabajadoras contratadas a tiempo parcial ¹⁰⁰.

Sobre esa base reguladora se aplica el porcentaje del 75 por 100, siendo el producto el importe de la prestación, sin que le afecten las posibles modificaciones del salario que se produzcan, durante el percibo de la prestación, salvo aquellas que tengan su origen en un convenio colectivo y con

⁹⁷ Por ejemplo, porque el mismo haya sido objeto de adaptación en las condiciones de trabajo o en el tiempo de trabajo, que posibiliten su realización sin riesgo.

⁹⁸ No existente anteriormente, pero que se ha establecido con posterioridad o ha quedado libre, en una fecha posterior a la que la trabajadora suspendiera su contrato de trabajo.

⁹⁹ O del mismo mes, en el caso de que el acceso de la trabajadora a la prestación se produjera en el mismo mes de alta en la Seguridad Social.
De conformidad con lo establecido en la Directiva 92/85/CEE, la protección de la maternidad (en su sentido amplio) se considera adecuada cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de la actividad por motivos de salud. Para un análisis comparado de la prestación en los países de la UE, *vid. MISSOC: La protection social dans les États membres de l'Union Européenne. Situation au 1.º de janvier de 1998*. Bruselas, 1998.

¹⁰⁰ En este caso, y toda vez que el pago de la prestación corresponde a la Entidad Gestora, la base reguladora diaria de la prestación es el cociente resultante de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en los 365 días anteriores al hecho causante entre 365 días. Caso de que la trabajadora tenga en la empresa una antigüedad inferior a un año, se tomarán las bases de cotización acreditadas.

efectos retroactivos a una fecha anterior a la de producirse el hecho causante de la prestación de riesgo durante el embarazo ¹⁰¹.

3.5. La gestión de la prestación.

Frente a lo que sucede con la prestación de IT, el pago de la misma corresponde efectuarla directamente a la Entidad Gestora, por lo que, también en este caso, la prestación se asemeja a la de maternidad. Por último, en lo que respecta a los demás actos de gestión, el apartado 4 del artículo 135 de la LGSS establece, taxativamente, que la misma se gestionará directamente por el INSS, difiriéndose a las normas que reglamentariamente establezcan la delimitación del procedimiento de reconocimiento de la prestación ¹⁰².

En lo que se refiere a la responsabilidad de la prestación serán de aplicación las previsiones reguladas para la IT. En tal sentido, dicha responsabilidad corresponde a la Entidad Gestora, conforme a las previsiones del artículo 126.1 de la LGSS. No obstante, en caso de incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de afiliación y de cotización, dada la ausencia de regulación expresa, la regulación sería la siguiente:

- Corresponde la responsabilidad directa en el pago de la prestación a la Entidad Gestora, en los casos en que exista incumplimiento de la obligación de cotizar, pero siempre que se hayan cumplido las obligaciones de afiliación y alta. Abonada la prestación, la Gestora puede dirigirse contra el empresario.
- Por el contrario, cuando se han incumplido las obligaciones de afiliación y/o de alta, la Gestora no responde de la prestación, correspondiendo abonarla a la empresa. Sin embargo, no faltan posiciones para las que, también en estos casos, ha de aplicarse el principio de automaticidad de las prestaciones ¹⁰³.

¹⁰¹ Ésta es la situación que recoge la Resolución de la entonces Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social, de 7 de octubre de 1995.

No obstante, algún autor entiende que esta normativa puede ser contraria al Derecho comunitario. La sentencia del TEJ, de 13 de febrero de 1996 (Asunto Gillespie) estableció que cuando se modifica la retribución del trabajador ese incremento debe tener repercusión en la retribución percibida por las trabajadoras en la licencia de maternidad. *Vid.* BALLESTER PASTOR, M.A.: «Normativa nacional en materia de igualdad de trato en el ámbito laboral y de la Seguridad Social» *Aranzadi*, n.º 10, septiembre, 1998, pág. 57.

¹⁰² Se entiende que, a pesar de la dicción de la Ley, en el supuesto de trabajadoras incluidas en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, la gestión de la prestación económica por riesgo durante el embarazo corresponde al Instituto Social de la Marina.

¹⁰³ En el ámbito de la responsabilidad de la prestación, surge otro problema, como consecuencia de haber sujetado la prestación de riesgo durante el embarazo a las previsiones recogidas para la IT, derivada de contingencias comunes. De ello deriva que, a pesar de que la situación se produce como consecuencia o por causa del trabajo desempeñado, la prestación no tiene la regulación que caracteriza a tales consecuencias: la de contingencias profesionales. Si, frente a lo que sucede en la Ley y respecto a la regulación de la nueva prestación económica, se hubiese aplicado la legislación de la Seguridad Social para las contingencias profesionales, la trabajadora, por el principio de la automaticidad de las prestaciones, siempre hubiese tenido derecho al abono de la prestación con cargo a la Gestora, sin perjuicio de que ésta se dirigiese contra la empresa incumplidora, aunque el incumplimiento hubiese consistido en no afiliarse y/o no dar de alta en la Seguridad Social a aquélla.

III. LA PROTECCIÓN DE LA LACTANCIA

La lactancia es objeto de protección en varios apartados de las normas laborales y de Seguridad Social, siendo los principales aquellos referidos a la posibilidad de reducir la jornada de trabajo, así como la protección de la salud de la mujer trabajadora y del menor lactante contra los riesgos del puesto de trabajo ¹⁰⁴.

Respecto a la primera de las cuestiones, el artículo 2.º de la LCVF da nueva redacción al artículo 37.4 del ET, posibilitando que la mujer trabajadora, en razón de la lactancia de un menor de nueve meses, tenga derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrá dividirse en dos fracciones ¹⁰⁵. De igual modo, la trabajadora podrá sustituir ese derecho por la reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad ¹⁰⁶. Por último, en el caso de que los dos padres trabajen, el permiso podrá ser disfrutado indistintamente ¹⁰⁷. Es decir, que de la norma se desprende claramente que se protege tanto la lactancia natural como artificial ¹⁰⁸.

La norma no aclara determinadas dudas que se plasmaban en la redacción anterior, ya que la rígida formulación del artículo 37 del ET -que continúa en la LCVF-, por la que se exige que la madre trabaje para poder transferir este derecho al padre, impide, por ejemplo, que éste pueda solicitar el permiso en caso de fallecimiento de la madre. No obstante -y frente a la posición mayoritaria- algún autor defiende que el ejercicio del derecho es posible que pueda efectuarse de forma simultánea,

¹⁰⁴ Un análisis de la protección de lactancia se encuentra en RIVAS VALLEJO, M.P.: «Los permisos retribuidos por causa de maternidad». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)* n.º 173-174, Ed. Estudios Financieros, 1997, págs. 7-66.

¹⁰⁵ Un análisis del permiso de lactancia en CORTÉS HERRERO, N.: «El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razón de guarda legal». *Aranzadi Social*, n.º 15, diciembre 1998, págs. 85-101.

¹⁰⁶ Dada la finalidad de la protección, surge la duda de si esa hora, en el caso de parto múltiple, se aplica por cada hijo. Parte de la jurisprudencia reconoce ese derecho -por ejemplo, STSJ Canarias, de 24 de mayo de 1991-. Defienden también esta tesis PALOMEQUE LÓPEZ, J. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Derecho del Trabajo». Edit. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1995. Pág. 856 o DILLA CATALÁ, M.J.: «El derecho a la licencia retribuida por lactancia». *Actualidad Laboral*, n.º 17, 1989, pág. 213.

¹⁰⁷ Hasta la Ley 3/1989 el permiso de lactancia sólo podía ser disfrutado por la madre. La mención de que sólo la madre podría ser beneficiaria del permiso -hasta la reforma de 1989- dio lugar a un enjuiciamiento de la constitucionalidad del artículo 37.4 del ET, que fue resuelta por la STC de 25 de marzo de 1993, mediante la que se declara la constitucionalidad de la redacción del mencionado artículo 37.4 del ET, en la redacción originaria, sin que faltasen votos particulares aduciendo la nulidad, por discriminatoria, de la disposición. No obstante, en 1989 se modifica la redacción del precepto, de forma que, cuando ambos padres trabajen, el permiso podría ser disfrutado por cualquiera de ellos. Sin embargo, alguna parte de la doctrina (BALLESTER PASTOR, M.A.: «Normativa nacional...», *op. cit.*, pág. 64) entiende que la actual redacción del artículo 37.4 del ET no se compadece totalmente con la Directiva Comunitaria 92/85, ya que en ésta no se supedita dicha opción a que los dos padres trabajen, al configurarse el permiso como un derecho individual, y no condicionado.

¹⁰⁸ En la redacción anterior del artículo 37.4, únicamente se hacía referencia a la mujer trabajadora, por lo que surgía la duda de si la situación protegida era la lactancia natural, quedando excluida la lactancia artificial. De la nueva redacción del artículo mencionado, llevada a cabo por la Ley 3/1989, incorporando el derecho de la madre o del padre a ejercitar el derecho al permiso por lactancia, se desprende que están protegidas tanto la lactancia natural, como la artificial.

cuando la prestación de servicios de los padres sea para distintos empresarios ¹⁰⁹. Tampoco se resuelve la cuestión sobre si la duración de la ausencia se amplía en los casos de parto múltiple ¹¹⁰.

Respecto a la segunda cuestión -la protección contra los riesgos que se derivan de la realización del puesto de trabajo-, aquella no solamente se limita al período de embarazo, ya que el artículo 26.4 de la LPRL -en concordancia con el art. 5.º 4 de la Directiva 92/85- establece la extensión de los mecanismos analizados (para la protección de la situación de embarazo) al período de lactancia. Aunque la norma parece dirigida a la protección de la madre, en realidad el sujeto protegido real es el hijo, ya que la norma legal está previendo la necesidad de evitar que al recibir la madre determinados efectos derivados del trabajo (en especial, a través de agentes biológicos o químicos), éstos se transmitan al hijo a través de la lactancia.

Los mecanismos de protección son los mismos que los señalados durante el embarazo. Un problema no resuelto reside en la determinación del plazo de duración de la protección y, sobre todo, si es o no aplicable, por analogía, el plazo de los 9 meses del artículo 37.4 (permiso por lactancia). Como premisa previa, hay que tener en cuenta que en el artículo 26.4 de la LPRL (como en su antecedente 26.3) se habla de la lactancia, sin que se establezca ningún plazo, configurándose de modo diferente a la «lactancia legal», cuyo plazo sí determina, por el contrario, el 37.4 del ET.

Si el objetivo de la norma es evitar que, a través de la lactancia natural ¹¹¹, el hijo sufra los riesgos del trabajo que puedan repercutir sobre la madre, cabe entender que no debe establecerse un plazo máximo de duración (mientras el riesgo siga existiendo, deberá mantenerse la medida de seguridad), por lo que habrá que estar a la opinión del facultativo de la Seguridad Social, puesto que, como requisito para disfrutar del beneficio y al igual que en la situación de embarazo, debe contarse con la certificación médica que determine la existencia de riesgo. Si esta certificación es preceptiva en el inicio de la protección, puede entenderse de igual modo necesaria para determinar la no continuación de las medidas protectoras ¹¹².

Un problema importante es la situación en que se encuentra la trabajadora en situación de lactancia que, estando expuesta a riesgo en el puesto de trabajo desempeñado, sin embargo, ni técnica ni objetivamente, puede ser trasladada a otro puesto compatible con su estado. En este sentido, el

¹⁰⁹ Por ejemplo, ALONSO OLEA, M. y BARREIROS GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Comentario y Jurisprudencia*. Edit. Civitas. 4.ª Edic. Madrid, 1995. Pág. 37.

¹¹⁰ El TS, Sentencia de 19 de julio de 1985, entendió que, en caso de parto múltiple, el trabajador tiene derecho a una licencia por cada hijo, ya que, el literal de la Ley, se refiere al término «hijo», lo que parece dar lugar a una multiplicidad de derechos en el caso de que existan varios hijos; además, teniendo en cuenta el espíritu y la finalidad de la norma y la realidad social, parece lógico que el derecho en beneficio del hijo «no se comparta con varios».

¹¹¹ Aunque no faltan autores proclives a la inclusión, dentro del artículo 26.4 de la LPRL, de la lactancia artificial, parece claro que del tenor literal de la Ley y del propio objetivo de protección, aquella queda excluida.

¹¹² Por ello, la mayoría de los autores defienden que no se puede establecer plazo a la duración de las medidas preventivas, en caso de lactancia, ya que mientras exista el riesgo, deberá mantenerse la prevención. No obstante, algunos autores son favorables a entender que, en la protección de lactancia contra los riesgos laborales, debe aplicarse por analogía el plazo de 9 meses previsto para el permiso de lactancia en el artículo 37.4 del ET. Vid. GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR, *op. cit.*, pág. 171.

artículo 26.4 de la LPRL declara aplicable a la situación de lactancia las previsiones contenidas en los apartados 1 y 2, pero sin que esa aplicación se extienda al apartado 3, que contempla la suspensión del contrato de trabajo y el correspondiente acceso -cumpliendo los demás requisitos exigidos- a la prestación económica de la Seguridad Social ¹¹³.

En este caso, no cabe más solución que la trabajadora abandone la lactancia, ya que tampoco se prevé la suspensión del contrato de trabajo, por lo que surge la duda de si el abandono de la trabajadora de su puesto de trabajo (respecto del cual el facultativo de la Seguridad Social que atiende a la trabajadora ha certificado la existencia de riesgo para la salud de la madre y/o para la del menor lactante) podría dar lugar al despido ¹¹⁴. Por ello, el CES en su dictamen a la LCVF, en su tramitación como anteproyecto, señalaba que «dado que el riesgo para la salud en determinados supuestos puede afectar por igual a la embarazada y al feto y a la trabajadora que ha dado a luz y a la lactancia, la proyección debería ser la misma». Asimismo, hay que tener en cuenta que los artículos 5.º, 7.º y 10 de la Directiva 92/85/CEE, en la que se prevé la posibilidad de prolongar la ausencia de la trabajadora, se aplica no sólo a la mujer trabajadora, sino también a la que ha dado a luz y a la lactante.

Sin embargo, dado el literal del artículo 26.4 de la LPRL ¹¹⁵, no existe el derecho a suspensión del contrato de trabajo, por parte de la madre lactante, ni a una prestación económica de la Seguridad Social.

IV. LOS PERMISOS PARENTALES

En el marco de las medidas previstas en la LCVF para potenciar la igualdad de trato hombre/mujer y un mayor reparto de las responsabilidades familiares, se modifican los denominados «permisos parentales», contemplados en el artículo 46.3 del ET, flexibilizando su regulación.

En el ámbito europeo, el permiso parental también ha sido objeto de una regulación específica, a través de la Directiva 96/34/CE ¹¹⁶, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo

¹¹³ En este ámbito, es más incongruente que la situación de riesgo para la madre o el lactante tenga que ser certificada por el médico del INSS o de la Mutua, previo informe del médico que atiende sanitariamente a la trabajadora, certificación que, como se ha indicado, está contenida en el apartado 2 del artículo 26 de la LPRL -en la modificación introducida por el art. 10 de la LCVF- y que resulta de aplicación a la situación de riesgo durante la lactancia, dada la remisión que en el apartado 4 del mencionado artículo 26 se efectúa al apartado 2.

Si, en la situación de lactancia, la trabajadora que no pueda ser trasladada a puesto compatible, no tiene derecho a suspender el contrato de trabajo ni, consecuentemente, a una prestación económica de la Seguridad Social, no se encuentra motivo alguno que pueda justificar esa presencia del médico del INSS o de la Mutua, alterando la competencia «ordinaria» del facultativo del Servicio de Salud o del Instituto Nacional de la Salud, según los casos.

¹¹⁴ Sin embargo, del tenor literal de los artículos 39 del ET y 21 de la LPRL -en base a la teoría de los riesgos de las empresas- el trabajador, ante situaciones de riesgo, puede ausentarse del trabajo.

¹¹⁵ En la redacción incorporada por el artículo 10 de la LCVF.

¹¹⁶ La Directiva 96/34 aparece publicada en el DOCE. Ley de 19 de junio de 1996.

marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, a través del cual se prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor, como medio importante para la conciliación de la vida profesional y familiar y, de esta forma, coadyuvar a la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres ¹¹⁷.

Hasta la LCVF, el «permiso parental» quedaba limitado al cuidado de un hijo menor de 3 años, configurando este período como excedencia, con reserva de puesto de trabajo, con distinta intensidad, ya que, durante el primer año, la reserva era al mismo puesto de trabajo, mientras que para el resto la reserva lo era a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o de categoría equivalente.

La LCVF amplía las situaciones objeto de excedencia, contemplando la posibilidad de que el trabajador tenga que dedicarse al cuidado de familiares de edad o enfermos, «en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población» ¹¹⁸. En base a ello, el artículo 4.º de la LCVF da nueva redacción al artículo 46.3 del ET, mediante el cual se prevé la excedencia por cuidado de familiares, en las situaciones y con los requisitos que se indican:

- Se mantiene la situación de cuidado de hijo menor, lo sea por filiación o por adopción, al que se añaden las situaciones de acogimiento familiar, en sus modalidades de permanente y preadoptivo ¹¹⁹. La excedencia tiene una duración máxima de 3 años, a contar desde el nacimiento o desde la adopción o el acogimiento.
- Se amplía la excedencia a las situaciones de cuidado de un familiar, si bien limitada a 1 año, hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, que, por razón de edad, accidente ¹²⁰ o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo, y no realice una actividad retribuida.
- Si dos o más trabajadores trabajan en la misma empresa y generan el correspondiente derecho por el mismo sujeto, el empresario puede limitar su ejercicio simultáneo, basando esa

¹¹⁷ En la publicación de la Comisión de las Comunidades Europeas: «Informe anual sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión Europa. 1998», *op. cit.*, pág. 29, la citada institución comunitaria da cuenta del inicio de procedimiento por incumplimiento de la misma a diferentes Estados (Italia, Luxemburgo, Portugal, por no haber llevado en plazo la transposición de la Directiva).

Además, existe un nuevo compromiso de los Estados miembros para invertir en sistemas de compaginación del trabajo y de la familia, proporcionando permisos a los padres con ocupación. En 1998, por ejemplo, se han producido cambios; algunos Estados miembros que ya tenían un sistema de permiso parental estatutario lo han mejorado (Países Bajos); otros, en los que el permiso era limitado, se han propuesto mejorarlo (Irlanda, Luxemburgo o el Reino Unido); Italia, a su vez, ha desarrollado una Ley para abordar la cuestión del permiso por maternidad, el permiso parental y el horario de trabajo; o Austria ha introducido el derecho de los padres que disfruten de un permiso parental a desempeñar temporalmente una actividad remunerada que les ayude a su reincorporación en el mundo laboral.

¹¹⁸ Según se señala expresamente en la Exposición de Motivos de la LCVF.

¹¹⁹ Consecuentemente, el acogimiento simple de un menor no da lugar a excedencia.

¹²⁰ La inclusión del accidente como causa de incapacidad de un familiar, y que puede dar lugar a una excedencia, no figuraba en el proyecto de Ley aprobado por el Gobierno. La misma se incluyó como consecuencia de una enmienda (la n.º 120) presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en el debate del Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados.

limitación en razones justificadas de funcionamiento ¹²¹. Consecuentemente, en el ejercicio de este derecho de excedencia pueden darse varias situaciones, por ejemplo:

- Que los dos trabajadores (por ejemplo, un matrimonio) trabajen en la misma empresa y generen derecho por la misma persona (el hijo); en este caso, el empresario puede limitar el derecho simultáneo; pero de no efectuarlo, cabría la excedencia para los dos trabajadores.
 - Que, en la situación descrita anteriormente, se genere el derecho por dos sujetos distintos (por ejemplo, un hijo menor y uno de los padres de los trabajadores); en este caso, al ser distintos los sujetos causantes, cabría la excedencia por ambos trabajadores.
 - Que sean trabajadores de distinta empresa. Del tenor literal del artículo 46.3 del ET se desprende que cabría el derecho de excedencia de ambos trabajadores, fuese, o no, el mismo sujeto el causante de la excedencia.
- Cuando un nuevo sujeto causante dé derecho a un nuevo período de excedencia, al inicio de la misma origina el fin de la que viniese disfrutando.
 - Por último, el período de excedencia es computable a efectos de antigüedad y el trabajador tiene derecho a participar en cursos de formación, a cuya finalidad el empresario viene obligado a llamarle, especialmente con ocasión de su reincorporación. De igual modo, se sigue configurando la excedencia con reserva de puesto de trabajo, si bien mientras que en el primer año la reserva es absoluta, por el contrario, en el resto del período de excedencia, lo es a un trabajo del mismo grupo profesional o perteneciente a una categoría equivalente.

En relación con la Seguridad Social, el cuidado de un hijo menor de 3 años o de un familiar imposibilitado a causa de la edad, de un accidente o por la enfermedad, produce los siguientes efectos:

- Durante el primer año de excedencia, cuando la misma tiene su causa en el cuidado de hijos, el período se computa como cotizado a la Seguridad Social, no así para el resto del período de excedencia ¹²².

¹²¹ En su voto particular al Anteproyecto de la LCVF, las Organizaciones sindicales solicitaban que la excedencia se configurase como un derecho individual de cada uno de los padres.

¹²² Se entiende que esta limitación no opera con relación a los funcionarios públicos incluidos en el Régimen de la Seguridad Social, ya que el artículo 29.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (en la redacción incorporada por la Ley 3/1989), establece que el período de excedencia surtirá efectos en los derechos pasivos. Habrá que entender que esta expresión se refiere a los derechos de Seguridad Social de los funcionarios -cualquiera que sea el Régimen de Seguridad Social en el que quedan incluidos-, y no sólo a los pertenecientes al Régimen de «Clases Pasivas del Estado» -pues, en otro caso, se establecería un tratamiento diferenciado sin ninguna justificación-.

- El beneficio anterior no se extiende al supuesto de cuidado de los familiares, dada la literalidad del artículo 180 de la LGSS. Por ello, el período de excedencia de un año, por cuidado de un familiar distinto de un hijo o de un acogido no se puede considerar como cotizado a la Seguridad Social, y más bien se configura como una situación de asimilación al alta a efectos de las prestaciones de Seguridad Social.
- El primer año de reserva de puesto de trabajo, en el caso de cuidado de hijos, se considera cotizado a efectos de las prestaciones de Seguridad Social, salvo las prestaciones por incapacidad temporal ¹²³, la maternidad y el desempleo ¹²⁴. Respecto a esta prestación, el ordenamiento vigente determina que el período de excedencia (el período de 3 años) no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones de desempleo ¹²⁵. Esta regulación se seguirá aplicando, puesto que no existe ninguna modificación en este ámbito.

V. LA BONIFICACIÓN DE COTIZACIONES EN LOS CONTRATOS DE INTERINIDAD PARA SUSTITUIR A LAS TRABAJADORAS QUE CAUSEN BAJA POR RAZONES DE MATERNIDAD

Por último, el Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, introdujo en el ordenamiento laboral y de la Seguridad Social la medida denominada de «coste cero», consistente en bonificar la totalidad de las cotizaciones empresariales, incluidas las contingencias profesionales, desempleo y demás cotizaciones de recaudación conjunta, en los supuestos en que se celebre con un desempleado un contrato de interinidad, con objeto de sustituir, hasta su reincorporación, a un trabajador que tuviese suspendido su contrato de trabajo, como consecuencia de maternidad o adopción.

El artículo 18 de la LCVF mantiene la medida anterior, si bien introduce unas determinadas ampliaciones:

- La primera, de carácter necesario, puesto que las suspensiones de contrato de trabajo se amplían a los casos de acogimiento familiar permanente, así como en los supuestos de riesgo durante el embarazo. Por ello, cuando un empresario celebre un contrato, para sus-

¹²³ El Real Decreto 356/1991 excluyó, de los efectos de la consideración del período cotizado, la prestación de incapacidad laboral transitoria. Aunque han existido dudas sobre si a través de la norma reglamentaria se podría establecer esa limitación, hay que concluir sobre dicha competencia, ya que la Ley 26/1990 difería a disposición reglamentaria la regulación del beneficio anterior.

¹²⁴ Con relación a la exclusión del desempleo, desde la entrada en vigor del Real Decreto 356/1991 y hasta la promulgación de la Ley 4/1995, surgió una polémica respecto si, a efecto de las prestaciones por desempleo, el primer año de excedencia por cuidado de hijo podía ser considerado como de ocupación cotizada o no, dado el silencio del Real Decreto 356/1991.

¹²⁵ Artículo 4.º de la Ley 4/1995.

tituir a un trabajador que tenga suspendido el contrato de trabajo por las causas indicadas, podrá beneficiarse de una bonificación del 100 por 100 de las cotizaciones empresariales totales, siempre que el contrato de interinidad se haya celebrado con un desempleado.

- La novedad esencial en este ámbito es la ampliación de la medida de «coste cero» a los contratos de interinidad que se celebren para sustituir a un trabajador por cuenta propia, en los supuestos de riesgo durante el embarazo, períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, siempre que ese contrato se celebre con una persona desempleada ¹²⁶. También darán derecho a esa deducción los contratos de interinidad celebrados con desempleados para sustituir a socios trabajadores, o socios de trabajo de las Sociedades Cooperativas, en los casos de riesgo durante el embarazo, períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento preadoptivo o permanente ¹²⁷.

La LCVF extiende los beneficios indicados en los términos establecidos en los párrafos anteriores, es decir, en los términos aplicables a los trabajadores por cuenta ajena. Ahora bien, así como, respecto a los contratos de interinidad que se celebren para sustituir a un autónomo que suspenda su actividad por maternidad, adopción o acogimiento, la bonificación podrá aplicarse inmediatamente, sin embargo, respecto a la otra situación -riesgo durante el embarazo- la aplicación de las previsiones del Real Decreto-Ley 11/1998 -en la redacción que incorpora el art. 18 de la LCVF- no podrá hacerse efectivo hasta tanto no se aprueben las disposiciones reglamentarias, que delimiten la forma, los requisitos y las condiciones para que los trabajadores por cuenta propia puedan beneficiarse de la indicada prestación.

¹²⁶ La extensión a las sustituciones de los trabajadores autónomos, que suspendan su actividad por razones de riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, fue una medida propuesta por el CES en su informe a la LCVF, cuya opinión comparte el Consejo de Estado en su dictamen, y que se incorporó al texto final de proyecto.

¹²⁷ De conformidad con el artículo 1º c) del Real Decreto-Ley 11/1998, en la redacción incorporada por el artículo 18 de la LCVF, a través de una enmienda (la n.º 131) presentada, en el debate de la LCVF en el Congreso de los Diputados, por los Grupos Parlamentarios Popular y Catalán.