

IGUALDAD DE GÉNERO, CONCILIACIÓN FAMILIAR Y LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL (A PROPÓSITO DE LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES)

JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES

Administrador Civil del Estado

Miembro del Instituto Europeo de Seguridad Social

Extracto:

EL objetivo de alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres en los diferentes órdenes de la vida ordinaria, evitar las conductas y los preceptos discriminatorios y lograr que la igualdad trascienda en los ámbitos sociales, económicos, culturales o políticos, posibilitando al tiempo la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, es el amplio objetivo al que se dirige la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI).

En una estrategia transversal, y con la finalidad de lograr la realización efectiva del principio de igualdad de trato y la eliminación de toda discriminación contra la mujer, la Ley contempla un conjunto de medidas en todos los órdenes de la vida política, jurídica y social, reconociendo al tiempo el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral y el fomento de una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares, estableciendo la representación equilibrada entre mujeres y hombres en todos los ámbitos de las Administraciones Públicas, y proponiendo una composición equilibrada de hombres y mujeres en las listas electorales, sancionando las conductas discriminatorias por razón de sexo como nulas, regulando la indemnidad cuando se produce la conducta discriminatoria, mediante cláusulas de protección jurisdiccional efectiva. Y dentro de este conjunto de modificaciones legales, también resultan afectados los ámbitos sociolaborales y de Seguridad Social.

En este trabajo se pretende analizar la «Ley de Igualdad» en los ámbitos sociolaborales, efectuándose en la primera parte unos comentarios sobre el principio de igualdad de género y la prohibición de discriminación, para luego destacar la aplicación del principio de igualdad de género en los ámbitos laborales, así como la incidencia en esa parcela de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. En una segunda parte, se analizan aquellos aspectos de la LOI con un mayor efecto en la Seguridad Social, a través de las suspensiones de la relación laboral en los casos de riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad, riesgo durante la lactancia o cuidados de familiares.

Palabras clave: acciones positivas, conciliación, igualdad, maternidad y paternidad.

Sumario

Introducción.

1. Breves apuntes sobre el principio de igualdad de género.
2. La prohibición de la discriminación y formulación de acciones positivas en los ámbitos sociolaborales.
 - a) La prohibición de la discriminación.
 - b) Las acciones positivas.
 - c) Acciones para hacer frente a la discriminación.
3. La igualdad por razón de género en los ámbitos laborales.
4. Igualdad de género y conciliación de la vida personal familiar y laboral: aspectos básicamente laborales.
5. La protección del riesgo durante el embarazo.
 - 5.1. La suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.
 - 5.2. La prestación de la Seguridad Social por riesgo durante el embarazo.
6. La protección de la maternidad.
 - 6.1. La suspensión del contrato de trabajo en razón de la maternidad.
 - 6.2. Las modificaciones respecto de la prestación económica de la Seguridad Social por maternidad.
7. La protección en los supuestos de paternidad.
 - 7.1. La suspensión del contrato de trabajo por paternidad.
 - 7.2. La incidencia en la Seguridad Social de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad.
8. La protección de la situación de riesgo durante la lactancia.
 - 8.1. La protección del riesgo durante la lactancia en el ámbito laboral.
 - 8.2. La incidencia de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia en el sistema de la Seguridad Social.
9. La protección de los cuidados familiares.
 - 9.1. La regulación jurídica de la excedencia laboral por cuidado de familiares.
 - 9.2. La incidencia en la Seguridad Social de la excedencia por cuidado de familiares.

NOTA: El autor agradece a Juan Carlos PAMPLIEGA la elaboración del exhaustivo y completo conjunto de cuadros que figuran como anexo al presente trabajo y que recogen una síntesis de las modificaciones que incorpora la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, en los ámbitos sociolaborales, con incidencia en la Seguridad Social.

INTRODUCCIÓN *

La igualdad entre mujeres y hombres se configura como un principio básico de los derechos humanos que, recogido en diferentes textos internacionales, así como en la Constitución Española, incide en los distintos ámbitos del ordenamiento jurídico, el cual, en un proceso paulatino de aplicación, ha ido incorporando primero la igualdad ante la Ley, si bien desde una vertiente formal ¹, para posteriormente situar el objetivo en alcanzar la igualdad material en los diferentes órdenes de la vida ordinaria, con la finalidad de evitar las conductas y los preceptos discriminatorios (tanto si tienen una incidencia directa, como en su consideración indirecta) y lograr que la igualdad trascienda en los ámbitos sociales, económicos, culturales o políticos, posibilitando al tiempo la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, cuyas mayores dificultades se están produciendo sobre las mujeres.

En la consecución de este amplio objetivo, la Ley Orgánica ² 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI ³) en una estrategia transversal ⁴ y con la

* Principales abreviaturas utilizadas: **ET** (texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo); **LCVF** (Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para la conciliación de la vida familiar y laboral de las mujeres trabajadoras); **LGSS** (Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/994, de 20 de junio); **LISOS** (texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto); **LMRFP** (Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública); **LOI** (Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres); **LOPJ** (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial); **LPL** (Ley de Procedimiento Laboral, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril); **LPRL** (Ley 31/1995, de 8 de abril, de Prevención de Riesgos Laborales); **RDMAT** (RD 1251/2001, de 16 de noviembre, regulador de los subsidios de maternidad y de riesgo durante el embarazo) y **RDPF** (RD 1335/2005, de 11 de noviembre, regulador de las prestaciones familiares de la Seguridad Social).

¹ Característica que no solo es predicable del ordenamiento español, sino de todos los ordenamientos jurídicos y sistemas del derecho comparado, en los que también se han debido incorporar medidas (legales, judiciales, de comportamiento, etc.) para que la igualdad trascienda a todos los órdenes de la vida.

² (BOE de 23 de marzo). La disposición final segunda de la LOI, las normas contenidas en las disposiciones adicionales primera (definición de la expresión «presencia o composición equilibrada» a los efectos de la propia Ley), segunda (modificaciones en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General) y tercera (modificaciones en la LOPJ) tienen carácter orgánico; el resto de los preceptos de la LOI no tienen tal carácter.

³ Una síntesis de la LOI –en su fase de anteproyecto– en GARCÍA NINET, J.I.: «Avances sobre el borrador del anteproyecto de garantía de igualdad entre mujeres y hombres». *Tribuna Social*. N.º 183. Marzo. 2006.

⁴ La estrategia de *mainstreaming* o transversalidad de la perspectiva de género aparece en la Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing de 1995 como tránsito de la igualdad meramente formal a la igualdad de oportunidades, de cara a la consecución de igualdad real entre mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida social. En Beijing los gobiernos se comprometieron a integrar la perspectiva de género en las legislaciones, las políticas, los programas y los proyectos públicos.

finalidad de lograr la realización efectiva del principio de igualdad de trato y la eliminación de toda discriminación contra la mujer, contempla todo un conjunto de medidas ⁵ en todos los órdenes de la vida política, jurídica y social ⁶, reconociendo al tiempo el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral ⁷ y el fomento de una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares, estableciendo la representación equilibrada entre mujeres y hombres en todos los ámbitos de las Administraciones Públicas ⁸ y proponiendo una composición equilibrada de hombres y mujeres en las listas electorales, sancionando las conductas discriminatorias por razón de sexo como nulas, regulando la indemnidad cuando se produce la conducta discri-

⁵ La LOI introduce modificaciones en las siguientes normas de rango legal: Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; LOPJ; Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de la radiodifusión televisiva; Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud; Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2007; ET; LPRL; LISOS; LPL; Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento; Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad; Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo; LGSS; LMRFP; Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero; Ley de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio; Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de salud; Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas; Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil; Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios; Ley de Sociedades Anónimas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre; Ley 16/1983, de 24 de octubre, de creación del Instituto de la Mujer; Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado y Ley 36/1997, de 23 de mayo, de Ordenación de los Cuerpos Especiales Penitenciarios y de Creación del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias.

⁶ La amplia gama de preceptos que contiene la LOI origina diferentes fundamentos constitucionales en su promulgación. Por lo que respecta a los ámbitos sociolaborales, la disposición final primera de la misma establece que:

- Los preceptos contenidos en el Título IV (*el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades*) y en las disposiciones adicionales undécima (*modificaciones en el ET*), duodécima (*modificaciones en la LPL*), decimocuarta (*modificaciones en la LISOS*) y decimoséptima (*modificaciones en la Ley de Empleo*) constituyen legislación laboral de aplicación en todo el Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.7.^a de la CE.
- Las disposiciones adicionales decimoquinta (*modificaciones en el Real Decreto-Ley 1/1998, sobre bonificaciones en materia de Seguridad Social*) decimosexta (*modificación de la disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio*) y decimoctava (*modificaciones de la LGSS*) constituyen legislación básica en materia de Seguridad Social, de acuerdo con el artículo 149.1.17 de la CE.

⁷ PÉREZ DEL RÍO, T.: «Guía de negociación colectiva sobre discriminación por razón de género en el empleo, en las condiciones de trabajo, en la igualdad retributiva y la violencia de género» *Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*. Sevilla. 2005.

⁸ Por ejemplo, el artículo 20 de la LOI prevé la adecuación de las estadísticas y estudios, de manera que, entre otras variables, los poderes públicos, en la elaboración de estudios y estadísticas, se ven obligados a incluir de forma sistemática la variable de género de las estadísticas, encuestas y recogida de datos que lleven a cabo, incluyendo en las estadísticas nuevos indicadores que posibiliten un mejor conocimiento de las diferencias en los valores, roles, situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres, su manifestación e interacción en la realidad que se vaya a analizar. De igual modo, se han de efectuar las muestras estadísticas, lo suficientemente amplias, para que las diversas variables incluidas puedan ser analizadas y explotadas, en función de la variable del sexo.

En el mismo sentido, y dentro del empleo público, el artículo 55 de la LOI establece que las convocatorias de pruebas selectivas para acceder al empleo público han de ir acompañadas de un informe de impacto de género, pero siempre sin perjuicio de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

minatoria, mediante cláusulas de protección jurisdiccional efectiva⁹. Y dentro de este conjunto de modificaciones legales, también resultan modificados los ámbitos sociolaborales y de Seguridad Social, afectando a un conjunto de prestaciones de Seguridad Social¹⁰.

En este trabajo se pretende llevar un análisis de la LOI en los ámbitos sociolaborales, si bien se efectúan en primer lugar unos comentarios sobre el principio de igualdad de género y la prohibición de discriminación, para luego destacar la aplicación del principio de igualdad de género en los ámbitos laborales, así como la incidencia en esa parcela de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. En una segunda parte, se analizan aquellos aspectos de la LOI con un mayor efecto en la Seguridad Social, a través de las suspensiones de la relación laboral en los casos de riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad, riesgo durante la lactancia o cuidados de familiares.

1. Breves apuntes sobre el principio de igualdad de género.

Los primeros antecedentes en materia de igualdad entre mujeres y hombres se encuentran en los textos dispositivos de determinadas Organizaciones internacionales. Así, por ejemplo, la Organización Internacional de Trabajo (OIT) desde 1919 se ocupó de la protección de la mujer en el trabajo, orientándose posteriormente en la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres; asimismo, en el ámbito de la ONU se aprobó en 1979 la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹¹.

En el ámbito de la Unión Europea, si bien en unos primeros momentos el principio de igualdad, plasmado en los tratados, se limitó a la igualdad de remuneración, sin embargo desde mediados de los setenta se inicia un proceso paulatino de expansión de aquel, a través de la aprobación de un conjunto de Directivas en materia de igualdad de trato en diferentes ámbitos (cuya aplicación se vio reforzada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –TJCE–) y que cristaliza en el reconocimiento expreso de la igualdad de oportunidades en el Tratado de Ámsterdam, que recoge no solo la igualdad salarial con respecto al mismo trabajo, sino que lo amplía a la igualdad salarial en relación a un trabajo de igual valor, regulando un concepto amplio de retribución; aunque la novedad más importante es la posibilidad de adop-

⁹ De modo que las reclamaciones judiciales se tramiten en los órdenes jurisdiccionales a través de cauces procesales específicos, dotados de preferencia y dotados de las mismas garantías procesales establecidas ante la jurisdicción de derechos fundamentales y libertades públicas, ampliando los cauces subjetivos de quienes tengan interés en la defensa del principio de legalidad, salvo en el caso de los litigios sobre acoso sexual, en los que la víctima es la única legitimada, al prevalecer el interés individual sobre el interés colectivo.

De igual modo, se prevén mecanismos que facilitan la prueba de la discriminación, de modo que, ante los indicios de la existencia de la discriminación, han de ponerse enfrente justificaciones objetivas y razonables de lo contrario.

¹⁰ Como son las de riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad, riesgo durante la lactancia, prestaciones familiares o desempleo.

¹¹ En el marco de la ONU, también son de destacar los Pactos Internacionales sobre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, así como la labor desarrollada por las conferencias mundiales de la mujer que se han venido celebrando desde 1975, especialmente la celebrada en Beijing en 1995.

tar o mantener medidas de acción positiva para facilitar, a las personas del sexo con menor representación, el ejercicio de actividades profesionales o para evitar o compensar las desventajas que sufran en sus carreras profesionales, previsión que va a provocar todo un conjunto de acciones normativas posteriores ¹².

Hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la base jurídica de la política de igualdad de trato se desarrolla básicamente mediante la acción de las instancias comunitarias y del TJCE, en base al artículo 119 del Tratado, que reconocía la igualdad de retribuciones para trabajadores masculinos y femeninos, prohibiéndose las discriminaciones directas y manifiestas, si bien en una fase posterior también la prohibición alcanza a las discriminaciones indirectas, individuales y colectivas ¹³, avanzando posteriormente en el proceso de identificación del principio de igualdad con la prohibición de discriminación ¹⁴. En este marco, se aprobaron las Directivas 75/117/CEE ¹⁵, 76/207/CEE ¹⁶ y 79/7/CEE ¹⁷, complementadas por las Directivas 86/378/CEE ¹⁸ (modificada por la Directiva 97/97/CEE) y 86/613/CEE ¹⁹.

La entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea supuso la modificación del artículo 119 ²⁰, incorporando la posibilidad de establecer acciones positivas (concepto desarrollado previamente por la jurisprudencia comunitaria) en favor de las mujeres y la ampliación del principio de igualdad de trato no solo en el ámbito estrecho de las condiciones del trabajo, sino también en el más amplio del merca-

¹² Fruto de esta evolución son la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, de reforma de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Estas Directivas se han visto *rematadas* por la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006. *Vid.* HEIDE, I.: «Igualdad de los sexos en la Seguridad Social. Jurisprudencia del Tribunal Europeo». *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 123 (2004). N.º 4.

¹³ *Vid.* Sentencia del Caso *Defrenne II*. En la misma, el TJCE entiende que también existe discriminación directa cuando existe identidad en el trabajo, pero no en la retribución.

¹⁴ A partir del Caso *Jenkins*.

¹⁵ Relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en lo que se refiere a la aplicación del principio de igualdad de retribuciones entre los trabajadores masculinos y femeninos.

¹⁶ 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, a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

¹⁷ Sobre aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

¹⁸ Relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social.

¹⁹ Sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad.

²⁰ El período entre el Tratado de 1992 y el Tratado de Ámsterdam se ha considerado como uno de los más fructíferos en la producción legislativa que persigue la conciliación de la vida laboral y familiar y la no discriminación, con la complementación de acciones como la Directiva 92/85/CEE (sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia –Décima Directiva específica de acuerdo al apdo. 1 del art. 16 de la Directiva 83/91/CEE–); Directiva 94/34/CEE, de aplicación del Acuerdo Marco sobre permiso parental –modificada por la Directiva 87/75/CEE–; Directiva 97/80/CE, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo o la Directiva 97/81, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial.

do laboral, comprometiendo a los Estados ²¹ a incorporar el principio de igualdad entre hombres y mujeres al conjunto de políticas y acciones generales, caracterizando la igualdad de género como una de las señas de identidad europea ²².

A esta nueva base jurídica responde la nueva concepción de la igualdad entre las mujeres y los hombres ²³, plasmada en la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002 ²⁴, que obliga a los Estados miembros a tener en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como las políticas y actividades en su ámbito laboral de aplicación, aunque, por la propia lógica de la transversalidad, se obliga a su implantación en todos los ámbitos jurídicos, lo que, efectivamente, se acomete en la LOI ²⁵.

²¹ La igualdad por razón de género tiene tal importancia en el ámbito comunitario que el Tratado de Adhesión de los diez países que se incorporaron a la Unión Europea en 1 de enero de 2004, no admitió ninguna excepción a la aplicación a los nuevos Estados miembros del Derecho Comunitario relativo a la igualdad entre los sexos. Sobre la igualdad de género en el ámbito comunitario. *Vid.* HEIDE, I.: *Gender roles and sex equality: European solutions to social security disputes*. Ginebras. OIT. 2004

²² *Vid.* artículo 141 del TA, en cuyo apartado 1 se impone la obligación a los Estados de aplicar el principio de igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor; en el apartado 2 se delimita el concepto de igualdad de retribución sin discriminación (considerando que la retribución establecida para un mismo trabajo por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida y que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo); en el apartado 3 se otorga al Consejo, previa consulta al CES, la capacidad de adoptar medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en los ámbitos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor; por último, el apartado 4 permite que los Estados adopten o mantengan medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales (incorporando al Tratado lo que ya venía establecido en la Directiva 75/117/CEE).

²³ La doctrina (*vid.* GARCÍA MURCIA, J.: «Impacto y perspectivas del principio comunitario de igualdad de trato: la experiencia española». *Justicia Laboral*. N.º 26. Mayo. 2006) dentro de los instrumentos comunitarios sobre la igualdad, diferencia cuatro apartados:

- El de los principios y objetivos generales, en los que se hace referencia a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres (arts. 2, 13 y 136 del TCE).
- El de las declaraciones de derechos que se reflejan en instrumentos básicos, como la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989 (art. 16) o la Carta de derechos fundamentales de 2000 (art. 21).
- El de las directrices generales, que encuentran su apoyo en las correspondientes Directivas comunitarias (Directiva 2000/43, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, o la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación).
- El de las reglas específicas sobre el principio de igualdad entre trabajadores y trabajadoras en los terrenos laboral y de empleo (Directiva 75/117, sobre igualdad de trato en materia salarial; Directiva 76/207 –reformada por la Directiva 2002/73– sobre igualdad en materia de empleo y condiciones de trabajo; Directiva 79/7 –completada con las Directivas 86/378 y 86/613– sobre igualdad en materia de Seguridad Social; la Directiva 97/80, sobre distribución de la carga de la prueba, la Directiva 92/85, sobre protección de la trabajadora embarazada o la Directiva 96/34, sobre permiso parental).

²⁴ De reforma de la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

Sobre el contenido de la Directiva 2002/73, *vid.* POZO MOREIRA, F.J.: «La actuación de los organismos públicos en el proceso laboral en supuestos de discriminación por sexo: la obligada asistencia a la víctima por parte de los organismos para la promoción de la igualdad. Comentario a la Directiva 2002/73/CE». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 52. 2005. En dicho artículo se efectúa un análisis de los diferentes modelos institucionales existentes en este ámbito.

²⁵ La disposición final cuarta de la LOI establece que mediante la misma se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre de 2002, de modificación de la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976, rela-

En la misma dirección de aplicación del principio de igualdad, los artículos 21 y 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proporcionan la base jurídica²⁶ en orden a la adopción de medidas comunitarias destinadas a garantizar la aplicación del señalado principio, en los ámbitos mencionados, incluido el principio de igualdad de retribución²⁷ para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, así como en los regímenes profesionales de la Seguridad Social²⁸.

A su vez, en el Consejo Europeo de Primavera de la Unión Europea, celebrado en Bruselas los pasados 23 y 24 de marzo de 2006, se puso de relieve el compromiso, a nivel europeo, de llevar a cabo políticas de fomento del empleo de la mujer que garanticen un mayor equilibrio entre la vida y el trabajo, dentro del denominado *Pacto Europeo por la Igualdad de Género*, en el que se recogen diferentes medidas con especial incidencia en aquellas que tienen como objetivo la reducción de las diferencias por razón de género en el empleo, combatiendo las diferentes formas de discriminación y las que se dirigen a que los sistemas de protección social sean más favorables al empleo de las mujeres, complementando todas ellas con otras relativas a la prestación de servicios para el cuidado de la infancia, la mejora de la prestación de servicios para las personas a cargo o el fomento del permiso parental para mujeres y hombres.

Por último, en el ámbito comunitario²⁹, destaca también la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, que implica una refundición de disposiciones

tiva a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo y la Directiva 2004/113, de 13 de diciembre de 2004, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios y su suministro.

De igual modo, con la LOI se incorpora a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

²⁶ La Carta de Derechos Fundamentales más que un basamento jurídico, proporciona una apoyatura moral, dada la falta de eficacia jurídica de la misma.

²⁷ En el asunto C-262/88, *Barber*, el TJCE precisó que todas las formas de pensiones de empresa constituyen un elemento de retribución a los efectos del artículo 141 del Tratado. De igual modo, aunque el término retribución no incluya a las prestaciones de la Seguridad Social, es pacífica la interpretación que el principio de igualdad de retribución es aplicable a regímenes de pensiones de colectivos específicos (por ejemplo, de funcionarios públicos) en tanto las prestaciones devengadas en ese régimen se abonen al interesado en razón a la relación laboral con el empleador, con independencia de que el régimen en cuestión forme parte de un régimen general y obligatorio (*vid.* SSTJCE de 28 de agosto de 1994 –asunto C-7/93 *Bestuur*– y 12 de agosto de 2002 –asunto C-351/00. *Pirkko Niemi*–).

²⁸ Unos conceptos similares de igualdad se recogen en el Proyecto de Constitución Europea, donde a lo ya previsto en el Tratado de Ámsterdam se une el respeto a la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución y el principio de igualdad democrático, mediante el que se garantiza que la Unión respetará en todas sus actividades el principio de igualdad de sus ciudadanos (art. 1.45 Ceur).

La igualdad entre hombres y mujeres se mantiene en varios preceptos del texto del proyecto constitucional, partiendo de que igualdad y prohibición de la discriminación son dos caras de una misma moneda, por lo que existe una íntima interrelación entre el artículo II-83 (que garantiza la igualdad entre hombres y mujeres) y II.81.º 1 (que prohíbe la discriminación por razón de sexo). Un análisis del principio de igualdad en la Constitución Europea en SEMPERE NAVARRO, A.V. y CANO GALÁN, Y.: «Igualdad y no discriminación en la Constitución Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 58. 2005.

²⁹ *Vid.* CREAL: «Igualdad de trato y Seguridad Social (Comentario a la STJCE de 23 de marzo de 2004)». *Actualidad Laboral*. N.º 13. Junio. 2004.

comunitarias anteriores³⁰, así como la puesta al día de las mismas teniendo en cuenta, de una parte, los pronunciamientos de la jurisprudencia del TJCE y, de otra, los avances producidos en la realidad europea³¹.

La Directiva mantiene las definiciones contenidas en disposiciones comunitarias anteriores sobre discriminación directa o indirecta³², acoso por razón de sexo y acoso sexual³³, retribución (respecto de la que se establece un concepto amplio en relación con su contenido, alcanzando al salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones abonadas directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador, en razón de la relación de trabajo) o régimen profesional de Seguridad Social³⁴, respecto de los cuales se establece que no pueda ejercerse ninguna clase de discriminación, directa ni indirecta, por razón de sexo, en especial en lo relativo a su ámbito de aplicación, a la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones o al cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos originados por el cónyuge u otra persona a cargo, o a las condiciones de duración y mantenimiento del derecho a las prestaciones.

Respecto al ordenamiento interno, la Constitución no se limitó a recoger el principio de igualdad formal, propio de una tradición constitucionalista (art. 14)³⁵, sino que dio un paso más

³⁰ La disposición derogatoria de la Directiva 2006/54 dispone que, a partir del 15 de agosto de 2009, quedarán sin efecto las Directivas 75/177, de 10 de febrero (relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos), 76/207, de 9 de febrero (relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo –modificada a su vez por la Directiva 2002/73–), 86/378, de 24 de julio (relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social –modificada por la Directiva 96/97–) y 97/80, de 15 de diciembre (relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo –modificada por la Directiva 92/52–) sin perjuicio de las obligaciones que correspondan en dicha fecha a los Estados miembros en lo relativo a las fechas de incorporación a su Derecho interno.

Por el contrario, y de acuerdo con el artículo 28, la Directiva 2006/54 no afecta a lo dispuesto en las Directiva 96/34, de 3 de julio de 1996 (relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por UNICE, CEEP y CES) y 92/85, de 19 de octubre (relativa a la aplicación de medidas para promover la seguridad y la salud en el trabajo de la persona embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia).

³¹ La Directiva se aplica a toda la población activa –incluidos los trabajadores autónomos– cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, maternidad, accidente o paro involuntario, a las personas que busquen empleo, a los trabajadores jubilados y a los trabajadores inválidos, así como a los derechohabientes de tales trabajadores.

³² Artículo 2.1, apartados a) y b) (en base a lo establecido en el art. 2 de las Directivas 76/207 y 97/80).

³³ Artículo 2, apartados c) y d) (de acuerdo con el art. 2.2 de la Directiva 75/177).

³⁴ Artículo 2 F), procedente de la Directiva 86/378. Se entienden como tal los regímenes no regulados por la Directiva 99/76, de 19 de diciembre, sobre aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, con la finalidad de proporcionar a los trabajadores por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de Seguridad Social o sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes es obligatoria como si fuese facultativa.

Se sigue, al efecto, la doctrina seguida por el TJCE en su Sentencia de 17 de mayo de 1990, en el asunto C-262/88 *Barber*, y mantenida en las Sentencias de 28 de agosto de 1994 en el asunto C-7/93 *Bestuur* o de 12 de agosto de 2002, en el asunto C-351/00 *Pirkko*.

³⁵ De acuerdo con lo previsto en el artículo 53.2 de la CE.

allá en el artículo 9.2 que obliga a los poderes públicos, entre otras cuestiones, a promover la igualdad y la remoción de los obstáculos que impidan que dicha igualdad sea real y efectiva ³⁶.

No obstante, en línea con lo que sucedió en el ámbito comunitario, va a ser la jurisprudencia constitucional la que ha dado pasos decisivos en la consecución de la igualdad material, a través de una interpretación *in extenso* del artículo 14 de la CE ³⁷, que no se agota en un principio formal o genérico de igualdad, sino que se completa con la prohibición de las conductas discriminatorias ³⁸, entre las que se encuentra la discriminación por razón de sexo ³⁹, que tiene como objetivo terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer ⁴⁰, *por lo que la conducta discriminatoria se caracteriza por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano* ⁴¹.

Partiendo de estas premisas, la LOI (art. 3) delimita la igualdad de trato entre mujeres y hombres como la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social vinculada al sexo, bien sea directa o indirectamente, y en particular en lo referido a la maternidad, a la asunción de obligaciones familiares y al estado matrimonial o familiar y otros factores que supongan una múltiple discriminación, como la discapacidad, precisándose que la igualdad de trato y de oportunidades constituye un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas ⁴².

³⁶ La prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral se recoge explícitamente en el artículo 35 del ET en el que se reconoce: «El deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo».

³⁷ Una interpretación amplia del principio de igualdad, básicamente por razón de sexo, en la reciente STC 3/2007, de 15 de enero (BOE de 15 de febrero de 2007).

En la aplicación de medidas para lograr la implantación de la igualdad en sentido material, son antecedentes legislativos anteriores a la LOI, la LCVF, la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (a través de la cual se transpusieron al ordenamiento interno diferentes directivas comunitarias) o la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género.

³⁸ SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 128/1987, de 16 de julio; 166/1988, de 26 de septiembre; 145/1991, de 1 de julio y 17/2003, de 30 de enero.

³⁹ SSTC 128/1987, de 16 de julio; 145/1991, de 1 de julio; 147/1995, de 16 de octubre y 126/1997, de 3 de julio.

⁴⁰ STC 17/2003, de 30 de enero.

⁴¹ STC 3/2007, de 15 de enero de 2007. FJ 2.

⁴² El artículo 18 de la LOI prevé que, en los términos que reglamentariamente se determinen, el Gobierno ha de elaborar un informe periódico sobre el conjunto de sus actuaciones en relación con la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, dando cuenta de dicho informe a las Cortes Generales.

De igual modo, el artículo 50 de la LOI establece un distintivo empresarial en materia de igualdad, para reconocer a las empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidad con sus trabajadores y trabajadoras, que pueda ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa son sus fines publicitarios.

2. La prohibición de la discriminación y formulación de acciones positivas en los ámbitos sociolaborales.

El artículo 5 de la LOI se refiere a la igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas, previendo que dicho principio se ha de garantizar tanto en el empleo privado, como en el de carácter público, en el acceso al empleo, en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas ⁴³, si bien se precisa que no constituye discriminación en el acceso al empleo una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado ⁴⁴.

Este precepto pone en un primer plano dos aspectos, que actúan interrelacionados, como son la prohibición de la discriminación y las acciones positivas que pretenden acabar o reducir el efecto de las desigualdades existentes con carácter previo.

a) La prohibición de la discriminación.

La discriminación hace referencia a un concepto de configuración compleja, que se presenta de múltiples formas y que incluso puede tener un pretendido efecto igualitario, como sucede con las llamadas discriminaciones indirectas ⁴⁵, ya que *en la discriminación* (aun cuando con carácter negativo) *junto con la igualdad como principio de legalidad aparece una concepción no formal, sino sustancial de la igual dignidad de los seres humanos, al margen de las diferencias biológicas, étnicas etc.* ⁴⁶.

En tal sentido, el 8 de marzo de 2005 la Comisión Europea propuso la creación de un Instituto Europeo de la Igualdad de Género [vid. COM (2005) 81, final, de 8 de marzo de 2005] con la finalidad de que se convirtiese en una herramienta de difusión de información, intercambio de buenas prácticas y desarrollo de instrumentos metodológicos para promover la integración de la igualdad entre los sexos.

Vid. Comisión de las Comunidades Europeas «Informe sobre la igualdad entre mujeres y hombres. 2005». COM (2006) 71 final, de 22 de febrero de 2006.

⁴³ El TC (STC 145/1991) ha establecido que, a efectos de la consideración de la legitimidad de la diferencia de trato en materia salarial, han de tenerse en cuenta el trabajo efectivamente prestado y la concurrencia de circunstancias que, acreditadas, no se vinculen, directa o indirectamente, al sexo de la persona.

⁴⁴ A los efectos de la LOI, su disposición adicional primera entiende por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el 60% ni sean menos del 40%.

⁴⁵ Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «Notas sobre la evolución reciente de la normativa antidiscriminatoria». *Curso de Formación Jurídica sobre las Directivas en materia de discriminación en el empleo*. Madrid. Junio. 2004.

⁴⁶ RUANO RODRÍGUEZ, L.: «Indemnizaciones por comportamiento de discriminación laboral (contenido posible de una más eficaz tutela antidiscriminatoria)». *Revista de Derecho Social*. N.º 30. Abril/Junio. 2005.

El artículo 28.1 c) de la Ley 62/2003 introdujo en el ordenamiento español el concepto de discriminación indirecta⁴⁷, al lado de la directa, ya que si bien esta última se delimita como la conducta a través de la cual «... una persona es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de su origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual», la discriminación indirecta aparece [art. 28.1 c) de la Ley 62/2003] «... cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras, por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios»⁴⁸.

De la jurisprudencia comunitaria (de la que se han extraído los preceptos de las disposiciones de la UE que tratan de la materia, así como ha servido de base para la construcción doctrinal en el ámbito jurídico interno) se desprenden las siguientes connotaciones respecto de la discriminación indirecta: se trata de una discriminación de naturaleza colectiva, caracterizada por el resultado discriminatorio más que por la intención de discriminar y, frente a lo que sucede, admite prueba en contrario sobre la legitimidad de la finalidad de la norma o cláusula discriminatoria y la razonabilidad de los medios utilizados⁴⁹.

La jurisprudencia del TJCE sobre la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido acogida por la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (TC)⁵⁰, al establecer que la prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el artículo 14 de la CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio, comprende no solo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo⁵¹.

⁴⁷ Hasta entonces el concepto de discriminación indirecta tenía una connotación meramente jurisprudencial, apoyada en las disposiciones comunitarias y en la jurisprudencia del TJCE. *Id.* STC 145/1991, de 1 de julio (un comentario de la misma en QUINTANILLA NAVARRO, B.: *Discriminación retributiva*. Madrid. 1996).

⁴⁸ El concepto de discriminación indirecta se incorpora al texto del ET –art. 4.2 c)– y se reproduce en el artículo 37.3 de la Ley 13/1982, de integración social de los minusválidos.

⁴⁹ Sobre la discriminación indirecta, *vid.* BARRERE UNZUETA, M.A.: *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Madrid. 1997.

⁵⁰ STC 240/1999, de 20 de diciembre.

⁵¹ Uno de los supuestos en los que, al igual que ha sucedido en la jurisprudencia comunitaria, ha dado lugar a pronunciamientos del TC respecto de la discriminación indirecta ha sido la regulación de la contratación a tiempo parcial y su incidencia en las prestaciones de la Seguridad Social. En tal sentido, en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, se llegó a declarar la nulidad de la disposición adicional séptima de la LGSS –si bien en la redacción anterior al RDL 15/1998, de 27 de noviembre– en cuanto restringe el acceso a las prestaciones de Seguridad Social (salvo en lo que se refiere al desempleo) al no computar cada día de trabajo como día cotizado, sino efectuar una conversión horaria de los periodos trabajados, restricción que, aun siendo en principio neutral para ambos sexos, sin embargo tenía una mayor incidencia en las mujeres, al ser el sexo femenino el mayor representando en el trabajo a tiempo parcial.

Asimismo, en el BOE del día 2 de marzo de 2007 se publica la providencia del TC, de 13 de febrero de 2006, mediante la que se acuerda admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, número 763-2007, planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, en relación con la disposición adicional séptima de la LGSS, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, por posible vulneración de los artículos 1.1, 9.3, 14 y 41 de la Constitución.

Conforme a la LOI (art. 6) se considera *discriminación directa* por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido, o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra, en situación comparable; asimismo, configura como *discriminación indirecta* por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados⁵². En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo⁵³.

Asimismo, y dentro del ámbito amplio de la discriminación, la LOI contempla el **acoso**, en base al contenido del artículo 2.1 b) de la Directiva 2002/73/CE⁵⁴, que diferencia entre el acoso

⁵² El artículo 69 de la LOI prevé que todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, vienen obligadas, en sus actividades y en las transacciones, al cumplimiento del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo, sin que esta previsión afecte a la libertad de contratación, incluida la libertad de la persona de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su sexo. No obstante, se consideran admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados y necesarios.

En cualquier caso (art. 70 de la LOI) en el acceso a bienes y servicios, ningún contratante puede indagar sobre la situación de embarazo de una mujer demandante de los mismos, salvo por razones de protección de su salud.

Con independencia de las acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil, la persona que, en el ámbito de aplicación del artículo 69, sufra una conducta discriminatoria, tiene derecho a indemnización por los daños y perjuicios sufridos (art. 72.1 de la LOI).

A su vez (art. 71 de la LOI) y dentro de los contratos de seguros o de servicios financieros afines, se prohíbe la celebración de aquellos en los que, al considerar el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones, se generen diferencias en las primas y prestaciones de las personas aseguradas, si bien, y en los términos que reglamentariamente se establezcan, se podrán fijar los supuestos en los que sea admisible determinar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, cuando el sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y fiables.

En ningún caso, los costes relacionados con el embarazo y el parto podrán servir de justificación para establecer diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, sin que puedan autorizarse diferencias al respecto.

De igual modo, en el ámbito de los contratos de seguros o de servicios financieros afines, además de otras responsabilidades –*vid.* art. 10 de la LOI– el incumplimiento de las prohibiciones anteriores otorgan al contratante perjudicado el derecho a reclamar la asimilación de sus primas y prestaciones a las del sexo más beneficiado, manteniéndose en los restantes extremos la validez y eficacia del contrato.

⁵³ El artículo 17 de la LOI prevé que el Gobierno, en las materias que sean de la competencia del Estado, ha de aprobar periódicamente un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, en el que se han de incluir medidas para alcanzar el objetivo de igualdad entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo.

De igual modo, y siguiendo lo ya establecido en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración sobre impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, el artículo 19 de la LOI prevé que los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial de relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros deben incorporar un informe sobre su impacto por razón de género.

⁵⁴ Conforme al cual los Estados miembros han de alentar la adopción por parte de las empresas y los responsables del acceso a la formación profesional de medidas para impedir cualquier forma de discriminación por razón de sexo, y, en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar del trabajo.

sexual y el acoso por razón de sexo ⁵⁵, prohibiendo tales conductas por discriminatorias ⁵⁶. Ha de tenerse en cuenta que el acoso no supone solamente una violación del principio de igualdad, en cuanto existen otros bienes jurídicos que pueden verse afectados, casi siempre relacionados con la dignidad humana, pieza troncal de los derechos fundamentales de la persona ⁵⁷.

Por ello, conforme a la LOI (art. 7) el **acoso sexual** se origina ante cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual, con la finalidad —o que produzca el efecto— de atentar contra la dignidad de una persona, en especial cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo; a su vez, constituye **acoso por razón de sexo** cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo ⁵⁸, delimitaciones que en lo general se trasladan de las directivas comunitarias ⁵⁹.

La LOI es consciente de la importancia de atajar el acoso sexual y por razón de sexo en el ambiente del trabajo, por lo que prevé el establecimiento de medidas para prevenir en el ámbito laboral ⁶⁰, obligando a las empresas ⁶¹ a la promoción de las condiciones de trabajo que tiendan a evitar ambos, y a arbitrar procedimientos específicos para su prevención, así como para dar cauce de las denuncias o reclamaciones que puedan formularse por quienes hayan sido objeto del mismo, estableciendo las oportunas

⁵⁵ Sobre el acoso sexual y acoso por razón de sexo y su incidencia en el ámbito laboral, *vid.* ALTÉS TÁRREGA, J.A.: *El acoso sexual en el trabajo*. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2002; CANO GALÁN, Y.: «Acoso sexual laboral discriminatorio: un análisis del Derecho comunitario y español desde la perspectiva del Derecho canadiense». Civitas. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 132. Octubre-diciembre 2006; DÍAZ DESCALZO, M.C. «El acoso sexual en el trabajo» en AA. VV. *Mujer y trabajo*. Albacete. Bomarzo. 2003; FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «El acoso sexual en el trabajo». En AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, coord.): *Derecho Civil del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*. MTAS-LA Ley. Madrid. 2003; MURCIA CLAVERIA, A.: «La noción de acoso por razón de sexo y de acoso en la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre, y las perspectivas (necesarias) de reforma de la legislación laboral española». *Documentación Laboral*. N.º 74. 2005; SÁNCHEZ, E. y LARRAURI, E.: *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa*. Tirant Lo Blanch. 2000.

⁵⁶ Como se contiene en la Memoria Explicativa de la LOI, el acoso sexual en el ámbito laboral es un problema de alto alcance, dado que el 21,8% de las trabajadoras en activo lo han sufrido.

⁵⁷ *Vid.* MOLINA NAVARRETE, C.: «La palabra de la ley penal se hace realidad: el acoso moral laboral "por razón de género" como delito contra la integridad personal», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N.º 277. Abril. 2006.

⁵⁸ Cualquiera de estas situaciones se considerarán discriminatorias, aunque ello no implique que el acoso viole solamente el derecho a la igualdad, puesto que se trata de una acción multiofensiva, en cuanto puede violar varios derechos básicos del ofendido. *Vid.* SERRANO GARCÍA, J.M.: «Tratamiento del acoso sexual en la negociación colectiva». *Revista de Derecho Social*. N.º 22. 2003.

⁵⁹ Aunque la doctrina señala que existen algunas diferencias entre ambas. *Vid.*, el reciente estudio de VALLEJO DACOSTA, R.: «El acoso sexual y el acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora». *Relaciones Laborales*. N.º 5. Marzo. 2007.

⁶⁰ A través del artículo 48 de la LOI.

En el ámbito del empleo público, el artículo 62 de la LOI prevé, en orden a la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, que las Administraciones públicas han de negociar con la representación legal de las trabajadoras y de los trabajadores un protocolo de actuación que comprenda determinadas medidas (entre ellas, el compromiso de la Administración de prevenir y no tolerar el acoso; la instrucción a todo el personal del deber de respeto de la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como a la igualdad de trato entre mujeres y hombres; el tratamiento reservado de las denuncias de hechos que puedan ser constitutivos de acoso sexual y acoso por razón de sexo o la identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia).

⁶¹ Obligación que pesa sobre todas las empresas, sin que, a diferencia de lo que ocurre con los Planes de Igualdad —art. 45 de la LOI— esta efectúe distinciones en razón del tamaño de la plantilla.

medidas en negociación con los representantes de los trabajadores ⁶². Esta obligación no afecta únicamente a las empresas, sino que recae de igual modo en los representantes de los trabajadores, quienes han de contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, a través de la sensibilización de los trabajadores y las trabajadoras, así como informando a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos.

b) Las acciones positivas.

Dentro del análisis de la incidencia de las discriminaciones, se ha puesto de relieve la mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él, así como las desventajas reales para la conservación del empleo ⁶³, desventaja que se acentúa en el caso de la maternidad ⁶⁴, por lo que se han venido adoptando medidas que propenden a evitar las conductas discriminatorias en contra de la mujer embarazada ⁶⁵.

⁶² Medidas entre las que la LOI señala de forma expresa la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas o la realización de campañas informativas o acciones de formación (art. 48 de la LOI).

No obstante, con independencia de que exista o no acuerdo con los representantes de los trabajadores en relación con las medidas a que se refiere el artículo 48.1 de la LOI, ha de considerarse que el empresario está obligado a establecer medidas para prevenir el acoso laboral, con la simple consulta de los representantes de los trabajadores (conforme a lo establecido en el artículo 33 de la LPRL).

Sobre esta obligación, ROMERO RODENAS, M.J.: «Protección frente al acoso en el trabajo». Bomarzo. 2004.

⁶³ La diferencia porcentual entre las mujeres y los hombres según la existencia de los hijos, así como la tasa de empleo de las madres con hijos de menos de seis años en 2000, era la siguiente:

Diferencia porcentual de la tasa de empleo entre mujeres y hombres, según la existencia de hijos, y tasa de empleo de las madres con hijos de menos de 6 años, en el ejercicio 2000					
Sistema	Total	Sin hijos	Un hijo	Dos o más hijos	Tasa empleo madres
Austria	16,2	10,5	18,5	29,0	66,5
Bélgica	20,1	17,4	23,5	24,7	69,5
Dinamarca	7,7	7,7	3,5	12,9	–
Finlandia	7,0	0,1	11,8	19,7	58,8
Francia	17,7	9,6	18,7	32,0	56,2
Alemania	16,3	7,2	21,2	35,6	51,1
Grecia	35,9	31,1	40,3	45,4	48,6
Irlanda	29,0	14,1	33,2	43,2	–
Italia	33,9	26,2	40,9	49,9	45,7
Luxemburgo	29,8	21,3	30,4	46,1	47,4
Países Bajos	21,4	15,6	24,3	30,8	60,7
Portugal	16,4	13,4	16,6	24,8	70,6
España	34,8	26,0	44,7	48,6	41,8
Suecia	4,1	–0,4	9,8	9,4	77,8
Reino Unido	14,4	5,4	17,1	28,2	55,8
Chequia	15,6	5,4	21,2	33,5	–
Hungría	16,0	–	–	–	–
Polonia	9,6	–	–	–	47,6
Estados Unidos	14,8	7,2	17,4	29,0	61,5
Media OCDE	18,6	11,8	22,9	32,3	–

FUENTE: PÉRIER, H. «Emploi des mères et garde des jeunes enfants en Europe». Revue de l'OFCE. Julio. 2004.

⁶⁴ SSTC 128/1987, de 16 de julio, o 109/1993, de 25 de marzo.

⁶⁵ Por ejemplo, en las SSTJCE, de 8 de noviembre de 1990 (Caso *Dekker*) y 25 de julio de 1991 (Caso *Stoekel*). En el primero, la empresa se negaba a contratar a la trabajadora embarazada porque el seguro de enfermedad que había concertado no concedía prestaciones económicas a las mujeres que se dieran de alta en el mismo en situación de embarazo. Al ser

Por ello, dentro del ámbito de la prohibición de las conductas discriminatorias por razón de sexo, la jurisprudencia ha ido construyendo el concepto de *acción positiva*⁶⁶, deduciendo las consecuencias que se derivan de ella. La acción positiva ha sido calificada como *el conjunto de medidas que tiene como finalidad garantizar la igualdad de oportunidades, eliminando los obstáculos que se oponen a la igualdad real o de hecho entre hombres y mujeres*⁶⁷, cuya adopción, desde la vertiente de hacer realidad el principio de igualdad, ha sido reconocida desde instancias internacionales⁶⁸ y también en el derecho comunitario, desde la Directiva 76/207/CE—modificada por la Directiva 2002/73/CEE—⁶⁹, la Resolución del Consejo de 12 de julio de 1982⁷⁰, la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de 1989⁷¹ o el Tratado de Ámsterdam⁷². De acuerdo con la posición del TJCE⁷³ las acciones positivas han de ser temporales—y dirigidas a corregir una situación preexistente— adecuadas a la finalidad perseguida y proporcionadas, en cuanto la acción positiva debe conciliarse en lo posible con el principio de igualdad de trato⁷⁴.

el embarazo la causa de la no contratación, el Tribunal entendió que se producía una discriminación por razón de sexo. Sobre el particular *vid.* LAHERA FORTEZA y CHAVARRI ANDRÉS: «Discriminación por razón de sexo y embarazo». *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 79. 1996; o MOLINA GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.: «Dificultades en el acceso al empleo de la mujer embarazada». *Aranzadi Social*. N.º 6. 2004.

En la misma dirección, según el artículo 8 de la LOI, constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.

⁶⁶ *Vid.* el ya clásico estudio de RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Igualdad y discriminación*. Madrid. 1986. Así como el de PÉREZ DEL RÍO, T.: «Mujer e igualdad de oportunidades. Estudios en materia social y laboral». *Instituto Andaluz de la Mujer*. Sevilla. 1999.

⁶⁷ PÉREZ DEL RÍO, T.: «Comentarios a la sentencia del TJCE, Sala Segunda, de 30 de septiembre de 2004. Asunto 319/03 BRIECHE, sobre las medidas de acción positiva y su compatibilidad con el derecho comunitario». *Revista de Derecho Social*. N.º 32. 2005. Pág. 159.

⁶⁸ Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación, que entiende como no discriminatorias las medidas de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer.

⁶⁹ En su artículo 24 excepciona del principio de igualdad la adopción de medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y, en particular, para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo.

⁷⁰ Sobre promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer, completada por la Recomendación de 13 de diciembre de 1984 sobre promoción de acciones positivas en favor de la mujer.

⁷¹ En especial, su artículo 16.

⁷² En el artículo 141.4 se prevé que, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

⁷³ Entre otros, en los asuntos *Kalanke* (S. 17 de octubre de 1995), *Marshall* (S. de 11 de noviembre de 1997), *Badeck* (S. de 28 de marzo de 2000) o *Abrahamson* (S. de 6 de julio de 2000). Un análisis de la jurisprudencia comunitaria sobre igualdad por razón de sexo en la Seguridad Social en HEIDE, I.: «Igualdad de los sexos en la seguridad social. Jurisprudencia del Tribunal Europeo». *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 123. N.º 4.

⁷⁴ Para el TJCE/STJCE de 30 de septiembre de 2004. (Caso *Briheche*), aunque es clara la compatibilidad de las acciones positivas con el principio de igualdad de trato, sin embargo se exige la exclusión de toda clase de preferencia automática a favor de las mujeres, de modo que las acciones sean proporcionadas en orden a garantizar un equilibrio entre los beneficios que se pretenden alcanzar en la eliminación de la situación discriminatoria real. De ahí que pueda señalarse que se produce una subordinación del derecho individual a no ser discriminado, a la consecución de la igualdad real entre los grupos, justificados en el objetivo de compensar a las mujeres o a los grupos menos representados.

También el concepto de acción positiva ha sido recogido en nuestra jurisprudencia⁷⁵, a partir de la STC 128/1987⁷⁶, que ha sido considerada por la doctrina como la que abre la puerta hacia los tratamientos favorables a diferentes colectivos y, especialmente, a las mujeres, «*suponiendo un giro copernicano en la interpretación del principio de igualdad por razón de sexo*»⁷⁷, partiendo de la constatación de una realidad social que deja traslucir una desventaja de la mujer, por lo que, en tanto la realidad siga presente, se valora el trato diferencial como antidiscriminatorio⁷⁸.

La LOI (art. 11) se hace eco de la evolución seguida en el ámbito europeo, al establecer las siguientes prevenciones respecto de las acciones positivas:

- Respecto a su finalidad, las acciones positivas tienen un objetivo propio y determinado, ya que han de ir dirigidas a hacer efectivo el principio constitucional de igualdad.
- Su establecimiento corresponde a los «*poderes públicos*», sin perjuicio que puedan ser incorporadas también a través de la negociación colectiva⁷⁹ o –conforme establece de forma expresa el art. 11.2 de la LOI– por las personas físicas y jurídicas privadas, en los términos establecidos en la propia LOI.

⁷⁵ Para SIERRA HERNAIZ, E.: (*Acción positiva y empleo* Madrid. CES. 1999), la acción positiva es un paso más en el principio de la igualdad de oportunidades que se diferencia no en los objetivos perseguidos, sino en los medios utilizados.

⁷⁶ La doctrina de la STC 128/1987 ha sido seguida por otras como las SSTC 253/1988, 144/1989, 176/1989, 142/1990, 158/1990, 58/1991, 216/1991, 18/1992, 229/1992, 109/1993 ó 16/1995.

⁷⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «Igualdad entre los sexos y discriminación de la mujer». *Relaciones Laborales*. N.º 2. 1992.

⁷⁸ En consecuencia, se parte de la base de que la igualdad no puede quedar solamente en la declaración del principio de igualdad, sino que es necesario asegurar la tutela de la igualdad de oportunidades, haciendo desaparecer las conductas discriminatorias (SSTC 128/1987 y 145/1991).

Vid. BALLESTER PASTOR, M.A.: *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*. Tirant Lo Blanch. 1994; BERRERE UNZUETA, M.A.: *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Madrid. Civitas. 1997; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: «Igualdad y no discriminación por razón de sexo». En AA.VV.: *Autoridad y democracia en la empresa*. Trotta. Mayo. 1992; GIMENEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1999; PÉREZ DEL RÍO, M.T.: «Introducción. Principios de discriminación indirecta y acción positiva. Estructura y articulación de la negociación colectiva», ambos en AA.VV.: *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*. Instituto de la Mujer. Madrid. 1997.

⁷⁹ En relación con este aspecto, el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva (publicado en el BOE de 24 de febrero de 2007, a través de la Resolución de la Dirección General de Trabajo, de 9 de febrero de 2007) refleja en su Capítulo VI diferentes medidas relacionadas con la igualdad de oportunidades, de modo que las partes firmantes del mismo pretenden contribuir al establecimiento de un marco equitativo para el desarrollo de las condiciones de trabajo de hombres y mujeres, propiciando las actuaciones que eliminen los obstáculos para la equidad y, en su caso, acudiendo a la inclusión de acciones positivas, cuando se constate la existencia de desigualdades de partida vinculadas a las condiciones laborales.

En esta dirección se fijan acciones concretas entre las que destacan las siguientes:

- La inclusión de cláusulas de acción positiva para fomentar el acceso de las mujeres, en igualdad de condiciones a sectores y ocupaciones en los que se encuentren subrepresentadas.
- La subsanación de las diferencias retributivas que pudieran existir por una inadecuada aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajo de igual valor.
- Un tratamiento de la jornada laboral, vacaciones, programación de la formación, etc., que permita conciliar las necesidades productivas y las de índole personal y familiar.

En un sentido similar, en el artículo 60 de la LOI –y en el ámbito del empleo público– se establece, con la finalidad de actualizar los conocimientos de los empleados y empleadas, la preferencia, durante un año, en la adjudicación de plazas para participar en cursos de formación a quienes se hayan incorporado al servicio activo procedentes del permiso de

- Con las acciones positivas se pretende no mejorar *per se* las condiciones de las mujeres, sino que están destinadas a corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres.
- No pueden tener una duración ilimitada, ya que tales medidas únicamente pueden ser aplicadas en tanto subsistan las situaciones a corregir.
- Por último y conforme a las directrices comunitarias, las acciones positivas han de caracterizarse por ser razonables y, además, proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso ⁸⁰.

c) Acciones para hacer frente a la discriminación.

Pero la LOI no solo proscribire las conductas discriminatorias, sino que, al tiempo, establece todo un conjunto de medidas para hacer frente a las mismas, o reponer en la situación anterior a la víctima de la discriminación, de la forma siguiente:

- Considerando discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de que-

maternidad o paternidad, o hayan reingresado desde la situación de excedencia por razones de guarda legal y atención a personas mayores dependientes o personas con discapacidad.

Ha de tenerse en cuenta que el apartado 3, artículo 1, del proyecto de Ley del Estatuto del Empleado Público incluye, dentro de los criterios de actuación del mismo, el de la *igualdad de trato entre mujeres y hombres*.

⁸⁰ Medidas que podrían ser calificadas como de acción positiva, en el sentido amplio de la expresión y situadas más allá de la igualdad de género y de oportunidades en el ámbito sociolaboral, se contienen en la LOI y, entre ellas:

- La promoción de la plena incorporación de las mujeres en la sociedad de la información, mediante el desarrollo de programas específicos, en especial, en materia de acceso y formación en tecnologías de la información, contemplando las de los colectivos de riesgo de exclusión y del ámbito rural (art. 28.2).
- La promoción del deporte femenino y el favorecimiento de la efectiva apertura de las disciplinas deportivas a las mujeres, a través de programas específicos en todas las etapas de la vida y en todos los niveles, incluidos los de la responsabilidad y decisión (art. 29.2).
- El desarrollo de la figura de la titularidad compartida en la explotación agraria, en orden a propiciar que se reconozcan plenamente los derechos de las mujeres en el sector agrario, la correspondiente protección de la Seguridad Social y el reconocimiento de su trabajo (art. 30.1).
- El fomento en el acceso a la vivienda por parte de las mujeres en situación de necesidad o en riesgo de exclusión social, así como de las que hayan sido víctimas de la violencia de género, especialmente si tienen hijos a cargo (art. 31.2).
- La obligación de que el Consejo de Ministros, a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado de trabajo, determine los contratos de la Administración General del Estado, en los que obligatoriamente se ha de incluir, entre las condiciones de ejecución, medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo (art. 34.1).
- La exigencia de que las Administraciones públicas, dentro de sus planes de subvenciones, determinen los ámbitos en que, por razón de existencia de una situación de desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, las bases reguladoras de las correspondientes subvenciones puedan incorporar la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes (art. 35).
- La composición equilibrada (en los términos previstos en la disp. adic. primera LOI –*vid.* nota n.º 44– en las candidaturas electorales para las diferentes elecciones (disp. adic. segunda).
- La participación equilibrada en los consejos de administración de las sociedades mercantiles, que ha de ser alcanzada en el plazo de ocho años, a partir de la entrada en vigor de la LOI, si bien este objetivo ha de tenerse en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de la LOI (art. 75).

ja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres ⁸¹.

- En relación con el empleo, se consideran discriminatorias las ofertas ⁸² referidas a uno de los sexos, salvo que aquel se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar, aunque se considera discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencia del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico ⁸³.
- Declarando la nulidad de los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo, nulidad que, al tiempo, origina la responsabilidad del autor de la conducta discriminatoria a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias ⁸⁴.

En tal sentido, el nuevo contenido del artículo 181 de la LPL ⁸⁵ determina que cuando la sentencia declare la existencia de la vulneración denunciada, el Juez ha de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que corresponda al trabajador que hubiese sufrido la discriminación, en el supuesto de existencia de diferencia entre las partes ⁸⁶.

- Se incrementa la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en relación con las indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de las situaciones de acoso en el ámbito laboral, mediante la constatación de las situaciones de discriminación por razón de sexo, a los efectos de la delimitación de la correspondiente indemnización ⁸⁷.
- Asimismo, se incorporan mecanismos de tutela judicial efectiva, ya que cualquier persona puede recabar de los Tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha llevado a

⁸¹ Artículo 9 de la LOI.

⁸² *Vid.* artículo 22 bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, en la redacción que incorpora la disposición adicional decimoséptima de la LOI.

⁸³ En tal sentido, los servicios públicos de empleo, así como las entidades colaboradoras y las agencias de colocación sin fines lucrativos, en la gestión de la intermediación laboral, han de velar para evitar la discriminación en el acceso al empleo; de igual modo, los gestores de la intermediación laboral han de efectuar comunicación a quienes hubiesen formulado la oferta, cuando entiendan que esta es discriminatoria.

⁸⁴ Artículo 10 de la LOI.

En un análisis crítico, desde la perspectiva empresarial, de la LOI –en su fase de anteproyecto– podía leerse que «... si el anteproyecto de Ley es tramitado y sancionado como Ley, que se prepare el empresariado español para una riada de reclamaciones judiciales y de denuncias ante la Inspección de Trabajo, por parte de los trabajadores o trabajadoras...». *Vid.* ANALISTAS DE RELACIONES INDUSTRIALES «Sonría... por favor». *Relaciones Laborales*. N.º 9. 2006. Pág. 79.

⁸⁵ En la redacción dada por el apartado seis de la disposición adicional decimotercera de la LOI.

⁸⁶ Indemnización que resulta compatible con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con las previsiones del ET.

⁸⁷ Artículo 146 d) de la LPL, en la redacción incorporada por el apartado cuatro de la disposición adicional decimotercera de la LOI.

cabo la discriminación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la CE, correspondiendo la legitimación y la capacidad para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa del derecho a la igualdad a las personas físicas y jurídicas, con interés en el resultado del pleito, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos ⁸⁸, si bien la víctima es la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual ⁸⁹.

- Conforme a las directivas comunitarias, se establece la regla de la «inversión de la carga de la prueba», ya que en los procedimientos en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, corresponde al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. No obstante, se excluyen de dicha regla los procesos penales o los procedimientos de naturaleza sancionadora ⁹⁰.

3. La igualdad por razón de género en los ámbitos laborales.

Dentro de los diferentes ámbitos a los que se dirige la LOI con el objetivo de hacer efectivo el principio de igualdad, el Título IV de la misma se refiere al derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, destacando sus dos primeros capítulos dedicados a la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito de las relaciones laborales y de la conciliación de las responsabilidades labo-

⁸⁸ A tal efecto, la disposición adicional quinta de la LOI incorpora un nuevo artículo 11 bis a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la legitimación para la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, que se extiende, siempre que cuenten con autorización, a los sindicatos y a las asociaciones legalmente constituidas, cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados. Además, si los afectados constituyen una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, la legitimación para la defensa de estos intereses difusos corresponde en exclusiva a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones con implantación en todo el territorio del Estado, cuya finalidad sea la igualdad entre mujeres y hombres, todo ello sin perjuicio de la propia legitimación procesal de los afectados, si estos estuvieran determinados.

En el mismo, sentido, la disposición adicional sexta de la LOI añade un nuevo párrafo i) al apartado 1, artículo 19, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, con una redacción similar a la señalada en el párrafo anterior, si bien referida al orden contencioso-administrativo.

⁸⁹ Artículo 12 de la LOI.

⁹⁰ Artículo 13 de la LOI.

El apartado tres de la disposición adicional quinta añade un nuevo apartado 5 al artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (lo que ocasiona que los anteriores apdos. 5 y 6 pasen a constituir los apdos. 6 y 7) llevando a las normas procesales la «inversión de la carga de la prueba», de modo que, de acuerdo con las leyes procesales, en los procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se basen en actuaciones de discriminación por razón de sexo, corresponde al demandado probar la ausencia de la discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad, pudiendo el órgano judicial, a instancia de parte, recabar –siempre que lo estimase oportuno– informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

Similar prevención se refleja en el apartado 7 del artículo 60 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (apdo. añadido por la disp. adic. sexta.2 de la LOI) en el ámbito del orden contencioso-administrativo.

rales y las de naturaleza familiar ⁹¹, prohibiéndose las conductas discriminatorias ⁹², que han de ir acompañadas de una legislación pro-igualdad, mediante la instauración de medidas preventivas y nuevos instrumentos jurídicos adicionales a la legislación antidiscriminatoria, ya que no es realista pensar que la eliminación de la discriminación de la mujer en el empleo *vaya a realizarse de la noche a la mañana y por decreto* ⁹³.

En este ámbito, la LOI contempla, entre otras, las siguientes acciones:

- a) La *promoción de la igualdad de trato en el ámbito laboral*, mediante el establecimiento de programas de mejora de la empleabilidad de las mujeres, con la finalidad de aumentar su participación en el mercado de trabajo, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos laborales, medidas en las que la negociación colectiva puede desempeñar un papel esencial, estableciendo acciones positivas que favorezcan el acceso de las mujeres al empleo ⁹⁴.
- b) El establecimiento de *Planes de Igualdad en las empresas* ⁹⁵ (que son obligatorios en el supuesto de empresas de más de 250 trabajadores o cuando, aun teniendo una plantilla

⁹¹ En el ámbito de las Comunidades Autónomas también se han venido implantando medidas de conciliación de la vida familiar y laboral. Tal es el caso de la Comunidad de Cataluña, en la que se aprobó la Ley 6/2002, de 25 de julio, relativa a la conciliación del trabajo con la vida familiar del personal al servicio de las Administraciones públicas de Cataluña, sustituida por la Ley 8/2006, de 5 de julio (BOE de 8 de agosto), de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las mencionadas Administraciones.

A través de la misma se regulan excedencias voluntarias por cuidado de hijo (de tres años, período que se computa a efectos de antigüedad, sistema de previsión y derechos pasivos); por cuidado de familiares (en unos términos muy semejantes a los establecidos en la legislación estatal); permiso por maternidad, permiso por paternidad (de hasta cuatro semanas, consecutivas al permiso de maternidad, y que puede ser disfrutado por cualquiera de los progenitores); permisos por lactancia; para atender a hijos prematuros; para la atención de hijos discapacitados, en caso de accidente o enfermedad y para atender a otros familiares. De igual modo, y por conceptos semejantes, se prevé la reducción de jornada.

⁹² Conforme a las exigencias del Título I de la LOI.

⁹³ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer, *Relaciones Laborales*. 2/2006.

⁹⁴ En el ámbito agrario, el artículo 30 de la LOI, además de otras medidas, en su apartado 1 prevé que por la Administración competente se desarrolle la figura jurídica de la titularidad (de la explotación agraria) compartida, en orden a que se reconozcan plenamente los derechos de las mujeres en el sector agrario, la correspondiente protección de la Seguridad Social, así como el reconocimiento del trabajo.

Se trata de continuar con un proceso ya contenido en la Ley 52/2003, sobre eliminación de los obstáculos que impedían a la cotitular de la explotación agraria (básicamente, mujer) incorporarse al Régimen Especial Agrario. *Vid.* sobre el tema GARCÍA SANZ, B.: «La mujer rural en los procesos de desarrollo de los pueblos». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 55, Madrid. 2005.

⁹⁵ El artículo 64 de la LOI prevé que, en el ámbito de la Administración General del Estado, el Gobierno apruebe, al inicio de cada legislatura, un Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en dicha Administración, en el que se establezcan los objetivos a alcanzar en materia de promoción de la igualdad de trato y oportunidades en el empleo público, así como las estrategias o medidas a adoptar para su consecución. El Plan ha de ser objeto de negociación con la representación legal de los empleados públicos.

En coordinación con ello, el artículo 76 de la LOI crea la Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres, como órgano colegiado responsable de la coordinación de las políticas y medidas adoptadas por los departamentos ministeriales con la finalidad de garantizar el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres y promover su efectividad; y el artículo 77 de aquella prevé que en todos los Ministerios se encomendará a uno de sus órganos directivos el desarrollo de las funciones relacionadas con el principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de las materias de su competencia.

menor, así se haya dispuesto en el convenio colectivo aplicable)⁹⁶. También resulta obligatoria la elaboración y la aplicación de Planes de Igualdad, en aquellos casos en que la autoridad laboral, dentro de un procedimiento sancionador, hubiese acordado la sustitución de las sanciones accesorias⁹⁷ por la de elaboración y aplicación de dicho plan.

c) La obligación de que las empresas promuevan condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, arbitrando procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias⁹⁸.

d) La aplicación efectiva del principio de *igualdad de retribuciones*, partiendo del hecho de que uno de los puntos básicos en la aplicación de la igualdad en las relaciones laborales reside en la igualdad salarial, puesto que es en el ámbito del salario en el que se han venido denunciando mayores diferencias por razón de género⁹⁹, de forma que la masiva incorporación de la mujer al trabajo ha ido acompañada del mantenimiento de niveles retributivos más bajos para la población activa femenina¹⁰⁰, a pesar de que la igualdad en las retribuciones ha sido uno de los principios básicos de los tratados comunitarios¹⁰¹, que ha encontrado además su plasmación en varias directivas comunitarias¹⁰² y en la jurisprudencia del

⁹⁶ Los Planes de Igualdad se recogen en los artículos 45 a 47 de la LOI y en el 85 del ET (en la redacción dada por los apdos. 17 y 18 de la disp. adic. undécima de la misma). Respecto de las empresas donde la aplicación de los Planes es voluntaria, el artículo 49 de la LOI precisa que por el Gobierno se establezcan medidas de fomento en tal sentido, dirigidas especialmente a las pequeñas y medianas empresas.

La disposición transitoria cuarta de la LOI prevé que el deber de negociar medidas tendentes a la consecución de la igualdad efectiva o, en su caso, la formulación de Planes de Igualdad –en los términos indicados en el art. 85 del ET– resulta de aplicación en la negociación colectiva siguiente a la primera denuncia del convenio que se produzca a partir del día 24 de marzo de 2007 (fecha de entrada en vigor de la LOI).

⁹⁷ El apartado 13, artículo 7 de la LISOS (en la redacción dada por el apdo. uno de la disp. adic. decimocuarta de la LOI) considera infracción grave no cumplir las obligaciones que, en materia de planes de igualdad, establezcan el ET o el convenio colectivo que resulte de aplicación: en el mismo sentido, el apartado 17 del artículo 8 de la LISOS (en la redacción dada por el apdo. dos de la disp. adic. decimocuarta de la LOI) declara como infracción muy grave no elaborar o no aplicar el plan de igualdad o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos en el mismo, cuando el plan hubiera respondido a lo establecido en el acuerdo de la autoridad laboral.

El artículo 46 bis de la LISOS (en la redacción dada por el apdo. cuatro de la disp. adic. decimocuarta de la LOI) establece unas sanciones accesorias en las infracciones motivadas como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones en materia de planes de igualdad (tanto en los supuestos en que esa obligación nazca directamente del ET o del convenio colectivo) o se haya originado por el acuerdo de la autoridad laboral.

⁹⁸ Conforme al artículo 48.2 de la LOI los representantes de los trabajadores deben contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuviesen conocimiento y que puedan propiciarlos.

⁹⁹ A pesar de la aplicación en nuestro país de la igualdad de retribución entre mujeres y hombres –tanto por aplicación de las disposiciones internas como por exigencias del Derecho Comunitario– los datos de la Encuesta de Estructura Salarial (2004) reflejan que las mujeres percibían globalmente, de media, un 28,9% menos que los varones. Sin embargo, no hay que confundir este dato de diferencia salarial media con el de discriminación salarial.

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «Discriminación salarial e igualdad de género». *Relaciones Laborales*. I. 2001.

¹⁰¹ En el artículo 141.I del Tratado consolidado se refiere la igualdad para un trabajo de igual valor.

¹⁰² Desde las Directivas 75/117/CEE, de 10 de febrero, 76/207/CEE, de 9 de febrero (en su modificación por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre) o la Directiva 2006/54. Sobre este ámbito, *vid.* CASAS BAAMONDE, M.E. «De la igualdad de retribución por razón de sexo a la eliminación de las discriminaciones: el nuevo derecho antidiscriminatorio». *Relaciones Laborales*. II. 2002; PÉREZ DEL RÍO, T.: «La protección frente a la discriminación en el Derecho comunitario». *Revista de Derecho Social*. N.º 19. 2002.

TJCE ¹⁰³, que ha tenido como finalidad romper también la regla de que la inferioridad de los salarios femeninos fuese la traslación de una menor valoración social del trabajo de la mujer ¹⁰⁴.

De acuerdo con el artículo 141 del Tratado europeo, no solo se prohíbe a los legisladores nacionales el establecimiento de obstáculos artificiales a la efectividad del principio de paridad retributiva ¹⁰⁵, sino que se impone a los empresarios la obligación de resultado en virtud de la cual los trabajadores han de recibir la misma retribución por un mismo trabajo o por trabajo al que se le atribuya un mismo valor atendiendo a la naturaleza y a las condiciones de formación y demás condiciones laborales. Es, precisamente, el concepto de trabajo de igual valor el elemento básico de la normativa comunitaria, puesto que frente a la sencillez de igualdad de retribución a igualdad de trabajo, determinar si dos trabajos, aun no siendo iguales, poseen un mismo valor consiste en una tarea compleja, ya que habrá que decidir previamente qué se entiende por «igual valor» ¹⁰⁶ que precisa, entre otros extremos, los diferentes criterios de representación.

De acuerdo con la normativa comunitaria en la materia ¹⁰⁷, completada por la jurisprudencia del TJCE ¹⁰⁸, el principio de igualdad de retribución no solo se aplica al salario en un sentido estricto, sino que se extiende también a otras prestaciones ligadas a la retribución ¹⁰⁹, concepto que en parte recoge el ordenamiento español, ya que el artículo 28 del ET ¹¹⁰ prevé la obligación del empresario «... a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución... cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo...», si bien –al menos hasta la entrada en vigor de la LOI– no estaba claro el mantenimiento de la retribución durante el ejercicio de las responsabilidades familiares, situación que pretende corregir la Ley mencionada ¹¹¹.

- ¹⁰³ Entre otras, la STJCE de 31 de mayo de 1995 (Caso *Spezialarbejderforbundet*). Un estudio de la misma en SALCEDO BERLTRAN, M.C.: «La igualdad de retribución entre trabajadores». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 21. 1996. Asimismo, la STJCE de 17 de septiembre de 2002 (Caso *Lawrence*). Un análisis de la misma en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. «Sobre el "valor" del trabajo y la paridad salarial por razón de género ante una controvertida sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea». *Relaciones Laborales*. N.º 12. Junio. 2005.
- ¹⁰⁴ MONTOYA MELGAR: Igualdad salarial por razón de sexo. Tecnos. Madrid. 1993; MORENO RAYMUNDO, G. y otros: «La discriminación salarial de la mujer en el mercado de trabajo español», en AA.VV.: *Estudios sobre el funcionamiento del mercado de trabajo español*. FEDEA. Madrid. 1995.
- ¹⁰⁵ POZO MOREIRA, J.: «El concepto de retribución sometido al juicio de paridad salarial». *Actualidad Laboral*. N.º 2. 2003.
- ¹⁰⁶ *Vid.* PRADOS DE REYES, F.J.: «Igualdad de remuneración por razón de sexo y trabajo de igual valor en la Ley 11/1994». *Actualidad Laboral*. N.º 31. 1994.
- ¹⁰⁷ Básicamente, las Directivas 75/117, de 10 de febrero; 79/7, de 19 de diciembre, 86/378, de 24 de julio; 2000/78, de 27 de noviembre.
- ¹⁰⁸ Sobre ella, *vid.* NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: «(Des) Igualdad en las condiciones de trabajo, incluida la retribución de los trabajadores con responsabilidades familiares: realidad actual y soluciones –parciales– planteadas en el Anteproyecto de Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres». *Tribuna Social*. N.º 192 y 193. Diciembre 1997/Enero 1997.
- ¹⁰⁹ Como son las prestaciones económicas por maternidad sustitutivas del salario; la asignación a tanto alzado que se abone al inicio de la maternidad; las mejoras de seguridad social, complementarias a las prestaciones de maternidad, a la prestación de desempleo, a la prestación por jubilación (por ejemplo, aportaciones a planes de pensiones), los incrementos salariales que se sucedan durante la baja por maternidad o la prestación que pueda recibir la trabajadora embarazada durante la situación de IT.
- ¹¹⁰ En la redacción dada por la Ley 33/2002, de 5 de julio, sobre igualdad de remuneración por razón de sexo.
- ¹¹¹ Un análisis del tema en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: «(Des)igualdad ...». *op. cit.*

- e) Por último, y teniendo en cuenta que *cualquier trato desfavorable para la mujer fundado en el embarazo o la maternidad se considera como discriminación directa*, la LOI ofrece una especial protección de la mujer trabajadora y *la proscripción de los despidos que traigan su causa en la maternidad y sus consecuencias*.

En este ámbito, la legislación y la jurisprudencia comunitarias ¹¹² han establecido una normativa significativa que tiende a la aplicación del principio de igualdad de trato por razón de sexo y a la protección de la situación de embarazo, en cuanto realidad específica del sexo femenino que precisa, al tiempo, de una atención referida a la salud de las trabajadoras y los intereses profesionales de la misma, cuyos contenidos han sido profundizados por los pronunciamientos jurisprudenciales ¹¹³.

En el mismo sentido, también la legislación y la jurisprudencia nacionales ¹¹⁴ establecen una protección específica a la trabajadora embarazada ¹¹⁵, incluso para la realización de trabajos temporales, cuyo desempeño puede resultar afectado por la situación de embarazo ¹¹⁶, ya que, aunque la consideración como nulo del despido de la trabajadora embarazada no figuraba de forma expresa en la legislación laboral, se entendía comprendido en la redacción

¹¹² Por ejemplo, la STJCE de 3 de febrero de 2000 (Caso *Silke-Karin*) que declara contraria a la Directiva 76/207/CEE la negativa a contratar a una mujer embarazada para un puesto de trabajo por tiempo indefinido, basada en que una prohibición legal de trabajo vinculada a dicho estado impide, durante un período del embarazo, que ocupe desde el primer momento dicho puesto; o la STJCE, de 27 de febrero de 2003 (Caso *Buch*) en la que el Tribunal partiendo de la base de que el empresario no puede tomar en consideración el embarazo de la trabajadora para la aplicación de las condiciones de trabajo de esta, así como que la interesada no está obligada a informar al empleador de que esté encinta, considera que aunque una mujer embarazada no pueda cumplir durante todo su embarazo la totalidad del tiempo del trabajo, el perjuicio económico padecido por el empresario no puede justificar una discriminación por razón de sexo. *Vid.* SÁNCHEZ LÓPEZ, M.B.: *Política comunitaria contra la discriminación de mujer en el trabajo*. Thomson-Aranzadi. Navarra. 2003.

¹¹³ Sobre el particular, las SSTJCE de 8 de noviembre de 1990 (Caso *Dekker*), 5 de mayo de 1994 (Caso *Habermann-Beltermann*), 14 de julio de 1994 (Caso *Web*), 29 de mayo de 1997 (Caso *Larsson*), 30 de junio de 1998 (Caso *Brown*) o 3 de febrero de 2000 (Caso *Mahlburg*).

En relación con la aplicación de la Directiva 92/85, las SSTJCE de 27 de octubre de 1998 (Caso *Boyle*) o 19 de noviembre de 1998 (Caso *Handels-og*).

¹¹⁴ Por ejemplo, la STSJ de Madrid, de 18 de mayo de 2000, que establece que, aunque la empresa hubiese conocido el estado de embarazo de la trabajadora, ello no le hubiese legitimado para rechazar la contratación por tal motivo, y habría nacido en todo caso la obligación empresarial de proceder a evaluar los riesgos conforme al artículo 26 de la LPRL. *Vid.* TAPIA HERMIDA, A.: «El despido de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N.º 224. Noviembre. 2001; PURCALLA BONILLA, M.A.: «Igualdad de trato en el acceso al empleo y protección frente al despido discriminatorio por razón de sexo: claves normativas y jurisprudenciales». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 231. Junio 2002; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La protección jurídico-laboral de la mujer: luces y sombras». Cedesc. Barcelona. 2002 y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «La no renovación del contrato por razón de embarazo: discrepancias interpretativas del TC y del TJCE». *Relaciones Laborales*. T. I. 2002.

¹¹⁵ *Vid.* NORES TORRES, L.E.: «Contratos temporales y prohibición de discriminación sexual». *Tribuna Social*. N.º 27. 1995; MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «Embarazo y llegada del término final del contrato de trabajo temporal»; CORDERO SAAVEDRA, L.: «Embarazo de trabajadora y extinción de contrato de trabajo temporal: a propósito de la doctrina comunitaria y del TC», ambos en *Relaciones Laborales*. N.º 7. Abril. 2004.

¹¹⁶ Respecto de la trabajadora embarazada y los trabajos de duración temporal, *vid.* SSTJCE (2) de 4 de octubre de 2001 (Casos *Jiménez Melgar* y *Tele Dabmark*). Un comentario sobre ellas en BIURRUN ABAD, F.J.: «Cuestiones laborales de Derecho social comunitario». *Aranzadi-Cizur Menor*. Navarra. 2002; CORDERO SAAVEDRA, L.: «La protección de las mujeres embarazadas contra el despido y aplicación de las Directivas 76/207/CEE y 92/85/CEE (A propósito de la STJCE de 4 de octubre de 2001)». *Aranzadi Social*. N.º 7. 2002.

del artículo 55.5 del ET ¹¹⁷, por conexión con el artículo 17 del mismo, que vedaba toda discriminación, como había reflejado el propio TC ¹¹⁸ para quien los tratos desfavorables basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituían una discriminación por razón de sexo prohibida por el artículo 14 de la CE. No obstante, esta indeterminación quedó subsanada con la redacción del artículo 55.5 del ET dada por la LCVF al establecer la nulidad del despido durante la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o riesgo durante el embarazo o el de las trabajadoras embarazadas ¹¹⁹.

Sobre el tema se ha pronunciado también el TS ¹²⁰ que aborda precisamente el despido disciplinario de una trabajadora embarazada ¹²¹, cuyo estado era desconocido por el empresario en el momento de comunicar el despido. En la sentencia ¹²² se confrontan dos preceptos: de una parte, el artículo 55.5 del ET, conforme al cual se consideran nulos, además de los supuestos señalados en el mismo (los que tengan por causa alguna de las discriminaciones prohibidas por la Constitución o las leyes o supongan alguna violación de derechos fundamentales o libertades públicas) el de la trabajadora embarazada, desde el inicio del embarazo hasta la fecha de comienzo del período de suspensión del contrato por maternidad; de otra, el artículo 10 de la Directiva 92/85 que, como garantía de las trabajadoras, prohíbe el despido en el período comprendido desde el comienzo del embarazo hasta el final del permiso de maternidad ¹²³.

¹¹⁷ *Será nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.*

¹¹⁸ STC 136/95.

¹¹⁹ Conforme a la nueva redacción del apartado 5 del artículo 55 del ET (en la redacción dada por el apdo. catorce de la disp. adic. undécima de la LOI) es nulo el despido de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento, así como el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período; de igual modo, reviste nulidad el despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión del período por maternidad. La nulidad no alcanza a los supuestos en que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

¹²⁰ STS de 19 de julio de 2006. Un análisis de la misma en GARCÍA NINET, J.I.: «Contrato eventual, contrato indefinido, matrimonio, embarazo y despido discriminatorio: ¿Hasta cuándo y hasta cuántos despidos por causa de embarazo? ¿Quién se atreve a parir?» *Tribuna Social*. N.º 194. Febrero, 2007; GONZÁLEZ VELASCO, J. y VIVES USANO, P.: «Despido nulo "por sorpresa" de la trabajadora embarazada (Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 19 de julio de 2006)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N.º 248. Noviembre. 2006; IGLESIAS CABRERO, M.: «Despido de la mujer embarazada. Su despido depende de que el empresario conociera el embarazo». *Actualidad Laboral*. N.º 2. Enero. 2007 y SÁNCHEZ, P.: «El despido de la trabajadora embarazada. Un análisis de la sentencia de 19 de julio de 2006». *Aranzadi Social*. Diciembre. 2006.

¹²¹ En el caso enjuiciado, con fecha 6 de julio de 2004, la empresa comunica a la trabajadora el despido por la comisión de determinadas faltas, ofreciéndole una indemnización; con fecha 18 de julio, la interesada se somete a un test de embarazo, con resultado positivo, por lo que demanda para que se declare el despido nulo, demanda que es estimada en la instancia; el recurso de suplicación interpuesto por el empresario es desestimado por la Sala del Tribunal Superior.

¹²² Que dada la importancia del caso y su incidencia *ad futurum* fue sometida a la decisión del Pleno de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo.

¹²³ Ahora bien, aplicando el principio de seguridad jurídica, así como el propio artículo 10 de la Directiva indicada (que delimita, a los efectos de aplicación de la Directiva, como mujer embarazada a la trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario con arreglo a la legislación y prácticas nacionales), el TS entiende que en el caso planteado no se ha efectuado una conducta discriminatoria, por cuanto no sería lógico imputar a un empresario un comportamiento discriminatorio basado en el embarazo, cuando le era desconocido. Por ello, y como ha señalado la doctrina, la interpretación dada al artículo 55.5. del ET exige que la trabajadora acredite, como indicios relevantes que obligarían al empresario a justificar la razonabilidad de su acción extintiva de la relación laboral, que cuando fue despedida se encontraba embarazada y que su estado era conocido por el empresario.

Para acomodarse a la realidad y tener en cuenta la doctrina jurisprudencial, la LOI consciente de que el período inmediatamente posterior al disfrute del permiso de maternidad constituye un momento crítico para la estabilidad en el empleo de la trabajadora, incluye dentro de las extinciones y despidos protegidos con la garantía de la nulidad los de los trabajadores, tras haberse reintegrado al finalizar el período de suspensión del contrato de maternidad, siempre que no hubiesen transcurrido nueve meses desde la fecha del nacimiento, salvo que se declare la procedencia del despido o de la decisión extintiva por motivos distintos a la maternidad.

Conforme a lo establecido en el artículo 55.5 del ET ¹²⁴ es nulo el despido en los siguientes casos ¹²⁵:

- El de las trabajadoras y los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción, o acogimiento o paternidad, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
- El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión por maternidad, así como el de los trabajadores que hayan solicitado los permisos previstos en los apartados 4 ¹²⁶, 4 bis ¹²⁷ o 5 ¹²⁸ del artículo 37 del ET (o estén disfrutando de ellos) o estén disfrutando de la excedencia por cuidado de menor o familiar ¹²⁹.
- El de los trabajadores o trabajadoras, después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, acogimiento o paternidad, siempre que no hubiesen transcurrido más de nueve meses desde la fecha del nacimiento, la adopción o el acogimiento.

En cualquiera de los tres supuestos, no se aplica la nulidad del despido cuando se declare la procedencia del despido en razón de motivos no relacionados con el embarazo, con el ejercicio del derecho a los permisos, reducciones o excedencia ¹³⁰.

¹²⁴ En la redacción que incorpora el apartado catorce la disposición adicional undécima de la LOI.

¹²⁵ Además de los indicados, el apartado 5 del artículo 55 del ET también declara nulo el despido de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, de acuerdo con las previsiones del ET.

¹²⁶ Ausencia de una hora por lactancia.

¹²⁷ Ausencia de una hora o reducción de jornada hasta un máximo de dos horas, en casos de prematuros o nacidos hospitalizado tras el parto.

¹²⁸ Reducción de la jornada por cuidado de menor de ocho años, persona discapacitada o familiar hasta el 2.º grado, siempre que no realicen una actividad retribuida.

¹²⁹ En los términos contemplados en el artículo 46.3 del ET (en la redacción dada por el apdo. nueve de la disp. adic. undécima de la LOI).

¹³⁰ Las previsiones sobre nulidad del despido del artículo 55 del ET se reiteran en los artículos 108. 2 y 122.2, ambos de la LPL (en la redacción que incorporan los apdos. dos y tres de la disp. adic. decimotercera de la LOI).

4. Igualdad de género y conciliación de la vida personal familiar y laboral: aspectos básicamente laborales.

La conciliación de la esfera laboral y familiar constituye uno de los principales «caballos de batalla» para lograr una plasmación real de la igualdad de trato y de oportunidades en el mundo laboral¹³¹, ya que el cuidado de menores o de otras personas dependientes (mayores, personas con discapacidad...), la realización de otras responsabilidades familiares y las tareas domésticas siguen siendo, mayoritariamente, tareas realizadas por las mujeres¹³². De ahí que la existencia o no de hijos –o el número de los mismos en el hogar– condiciona de forma directa las tasas de empleo según el sexo de los trabajadores, de modo que, por ejemplo, si en los supuestos de no existencia de hijos, el diferencial de la tasa de empleos de las mujeres frente a los hombres en los países de la OCDE era de 11 puntos, este diferencial se elevaba a más de 32 en los casos de existencia en el hogar de dos o más hijos.

Por ello, uno de los retos que ha afrontado el Derecho Laboral y, en coherencia con el mismo, el de la Seguridad Social desde sus inicios¹³³, pero con mayor incidencia en las últimas décadas¹³⁴ –como consecuencia de la progresiva, pero importante, incorporación de la mujer al trabajo–, es el de propiciar que los trabajadores puedan conciliar sus responsabilidades laborales y familiares, si bien desde una perspectiva de igualdad de género¹³⁵. Esta conciliación es hoy, además, «... una exigencia

¹³¹ Sobre el tema *vid.* entre otros, CASAS BAAMONDE, M.E.: «Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo». *Relaciones Laborales*. T. I. 1998; CES. «Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España en 2003». Madrid. 2003; RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «Seguridad Social, maternidad y familia». *Relaciones Laborales*. T. II. 2002; o TORRENTE GARI, S.: «La mujer y la protección social». MTAS. *Seguridad Social*. N.º 19. 1999.

¹³² Según los datos disponibles, en 2006 apenas en el 3% de los supuestos de prestación de maternidad, los padres suspendieron el contrato de trabajo por dicha causa; de igual modo, los más del 9% de los abandonos del mercado de trabajo «por razones familiares» correspondieron a mujeres.

En una dimensión europea, se pueden clasificar los países en función de la inserción de las madres trabajadoras en el mercado laboral, de la forma siguiente:

- Grupo 1. Países en los que el grado de inserción de las madres en el mercado de trabajo es bastante fuerte (con tasa de empleo a tiempo completo elevado): *Portugal, Finlandia o Alemania* (Länder del Este).
- Grupo 2. Países en los que el grado de inserción de las madres en el mercado de trabajo es importante, y existe un uso muy elevado de los permisos y excedencia parentales: *Dinamarca, Suecia, Francia, Austria o Bélgica*.
- Grupo 3. Países en los que el grado de inserción de las madres en el mercado de trabajo no es importante y a menudo se trabaja en empleos a tiempo parcial: *Países Bajos, Reino Unido y Alemania* (Länder del Oeste).
- Grupo 4. Países en los que el grado de inserción de las madres en el mercado de trabajo es muy débil (baja tasa de actividad, pero a tiempo completo): *España, Irlanda e Italia*.
- Grupo 5. Países en los que el grado de inserción de las mujeres en general es muy débil: *Grecia*.

Vid. FAGÁN, C.: *Gender and Labour Market in the EU*. Marzo. 1999. Viena, citado por PERIVIER, H.: «Emploi des mères et garde des jeunes enfants en Europe». *Revue de l'OFCE*. Julio. 2004.

¹³³ Ya en el artículo 9 de la Ley de 13 de marzo 1900, sobre condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños, se prohibía el trabajo de la mujer durante las tres semanas posteriores al alumbramiento, con reserva del puesto de trabajo abandonado temporalmente. *Vid.* PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «Orígenes de la regulación del trabajo femenino en España». *REDT*. 1975/1976. N.º 1-2.

¹³⁴ Nuestra Constitución dedica a esta materia el artículo 39.2, situado entre los denominados principios rectores de la política social y económica, en el que se declara que los poderes públicos han de asegurar la protección integral de los hijos y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.

¹³⁵ Como señala la doctrina, *desde el embarazo hasta el cuidado de los mayores, pasando por la capacidad de procrear, se abre un espectro de afectaciones de los distintos contenidos del Derecho del Trabajo*. *Vid.* NEVADO FERNÁNDEZ, M.J.: «El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores (Maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y de Seguridad Social)». *REDT*. N.º 105. Mayo/Junio. 2001.

del sistema económico, de las mujeres para suprimir un importante obstáculo para el acceso y la promoción en el empleo, y para las propias familias, al favorecer que se atiendan adecuadamente las responsabilidades familiares y que se obtengan rentas que resultan indispensables para asegurar su bienestar»¹³⁶.

A tal fin, el artículo 44 de la LOI establece que los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se hayan de reconocer a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares¹³⁷, evitando toda discriminación basada en su ejercicio (estando en línea con determinados pronunciamientos judiciales¹³⁸ que, ante la constatación de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a las mujeres, implican una discriminación por razón de sexo vedado por el artículo 14 de la CE, ha estimado diferentes recursos de amparo¹³⁹) previendo que la prestación por maternidad se ha de conceder en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social e incorporando, con la finalidad de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, el derecho de los padres a un permiso y una prestación por paternidad¹⁴⁰.

Como acciones básicas tendentes a lograr mayor conciliación de la vida familiar y laboral, desde una vertiente de igualdad de género, en la LOI se prevén las siguientes:

- a) **El derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo** para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario¹⁴¹.

¹³⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Seguridad Social, maternidad y familia». *Relaciones Laborales*. N.º 14. Julio. 2000. Pág. 9.

¹³⁷ No cabe duda de que, en la realidad de los hechos, tener responsabilidades familiares obliga a muchas mujeres a abandonar la actividad laboral remunerada por las dificultades de compatibilizar trabajo y familia. Las interrupciones de la vida laboral, motivadas en buena parte de los casos por el cuidado de los hijos, ocasionan costes, ya que, entre otros efectos, perjudica la formación de la mujer y, de ahí, la productividad de las mujeres se ve obstaculizada a largo plazo. Por ello, cuando se produce la interrupción de la vida laboral resulta difícil volver a empezar donde se había dejado. *Vid.* ALBA, A.: «La riqueza de las familias. Mujer y mercado de trabajo en la España democrática». Ariel. Barcelona. 2000.

Desde la vertiente de la incidencia del trabajo y las responsabilidades familiares en las cargas impositivas, *vid.* el interesante trabajo de NAVAU MARTÍNEZ-VAL, M.P.: «El impuesto personal sobre la renta y la conciliación entre responsabilidades familiares y profesionales: hacia un nuevo modelo de familia». ICADE. N.º 51. Septiembre/Diciembre. 2000.

¹³⁸ *Vid.*, entre otras, la STC 182/2005, de 4 de julio. Un análisis de la misma en GARCÍA PIÑERO, N.: «La discriminación por razón de sexo conectada a las situaciones de embarazo o maternidad: vulneración del derecho a la promoción profesional y económica». Civitas. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 129. Enero. 2006.

¹³⁹ Como son las referidas a la resolución de la relación laboral en período de prueba (STS 166/1988, de 26 de septiembre) o la no renovación del contrato temporal (STC 173/1994, de 7 de junio). Un análisis de esta sentencia en ALONSO OLEA, M.: «Resolución del contrato de trabajo en período de prueba y discriminación por razón de embarazo» en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*. T. VI. Madrid. 1988.

¹⁴⁰ En el ámbito de la Administración General del Estado –y en línea con lo que se establece para el ámbito laboral en la LOI– su artículo 56 prevé un establecimiento de permisos, reducciones de jornada y excedencias para propiciar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

¹⁴¹ Artículo 34.8 del ET, en la redacción dada por el apartado tres de la disposición adicional undécima de la LOI.

- b) El **establecimiento de un permiso de dos días** por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad grave, hospitalización o –y en ello reside la novedad– intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario o de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad ¹⁴².
- c) La **mejora del permiso por lactancia de un menor de nueve meses** ¹⁴³ consistente en la ausencia del trabajo en una hora, que puede dividirse en dos fracciones. Este derecho, que tiene el carácter de permiso retribuido y que abarca tanto la lactancia natural como la artificial ¹⁴⁴, constituye *un mínimo* que puede ser mejorado a través de la negociación colectiva, el acuerdo de empresa o el contrato individual y que puede ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre del menor, en el supuesto de que ambos trabajen ¹⁴⁵, correspondiendo a los interesados ejercitar la opción entre la hora de ausencia o las dos medias horas. No obstante, en el caso de que la mujer no fuese trabajadora, la interpretación de los Tribunales Superiores de Justicia es la de negar al padre el derecho al permiso ¹⁴⁶.

Dos son las novedades incorporadas por la LOI: de una parte, ampliar el permiso en caso de parto múltiple aunque el silencio anterior del ET había sido completado, en sentido afirmativo, por la jurisprudencia ¹⁴⁷; de otra, posibilitar la acumulación de la reducción de jornada en jornadas completas, en los términos que se recojan en la negociación colectiva o el acuerdo individual que resulte de aplicación.

Respecto de este permiso, al igual que en todos los previstos en los apartados 4 ¹⁴⁸ y 5 ¹⁴⁹ del artículo 37 del ET, la concreción horaria y la determinación del período de disfrute del

¹⁴² Artículo 37.3 del ET, en la redacción dada por el apartado cuatro de la disposición adicional undécima de la LOI. Cuando se requiera efectuar un desplazamiento fuera del lugar de residencia, el permiso es de cuatro días.

En el ámbito judicial, el nuevo apartado 5 del artículo 373 de la LOPJ (incorporado por el apdo. doce de la disp. adic. tercera de la LOI) diferencia entre el permiso a favor del fallecimiento, accidente o enfermedad grave del cónyuge o de la persona unida por una relación análoga a la conyugal, así como de un familiar, por consanguinidad o afinidad, hasta el primer grado, del permiso correspondiente a iguales circunstancias, si bien acaecidas a un familiar, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado. En el primer supuesto, el permiso tiene una duración de tres días (ampliables a cinco, cuando haya de efectuarse un desplazamiento a otra localidad); en el segundo caso, el permiso tiene una duración de dos días (ampliables a cuatro, por motivos de desplazamiento).

¹⁴³ En el ámbito de la función pública, el permiso por lactancia alcanza hasta que el menor cumple los 12 meses –período incrementado proporcionalmente en los casos de parto múltiple– [conforme a lo establecido en el art. 30.1 f) de la LMR-FP, en la redacción dada por el apdo. ocho de la disp. adic. decimonovena de la LOI].

¹⁴⁴ *Vid.* STCT de 14 de enero de 1988.

¹⁴⁵ Las SSTC 109/1993, de 25 de marzo, y 187/1993, de 14 de junio, sancionaron la constitucionalidad del precepto, en su redacción originaria, que limitaba el ejercicio del derecho a la mujer trabajadora, partiendo de la constatación de que la maternidad y el parto eran una realidad biológica diferencial con una protección específica, dimanante directamente del artículo 39.2 de la CE, sin que las ventajas determinadas para las mujeres, por dicha causa, pudiesen ser consideradas como discriminatorias. No obstante, la redacción subsiguiente del precepto estatutario abrió para ambos padres la posibilidad de disfrute del permiso.

¹⁴⁶ *Vid.*, entre otras, SSTSJ de Andalucía/Málaga, de 19 de mayo de 2000 o del País Vasco de 24 de abril de 2001.

¹⁴⁷ STS de 18 de junio de 1985.

¹⁴⁸ Permisos de lactancia o nacimiento de hijo prematuro o de neonato hospitalizado guarda legal de un menor de ocho años o de persona discapacitada, cuidado de familiar, hasta segundo grado, que no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe una actividad retribuida.

¹⁴⁹ Permiso por guarda legal de un menor de ocho años o de persona discapacitada, cuidado de familiar, hasta segundo grado, que no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe una actividad retribuida.

permiso, corresponde al trabajador, dentro de su jornada ordinaria, teniendo la obligación de preavisar al empresario con 15 días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria ¹⁵⁰.

- d) Se amplían los supuestos de **reducción de la jornada de trabajo** (con la reducción proporcional del salario) en los supuestos de guarda legal de un menor o de una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no realice una actividad retribuida, ya que si hasta ahora la edad del menor debía ser inferior a seis años, en la LOI se amplía hasta los ocho años ¹⁵¹ flexibilizando, de igual modo, el abanico de la reducción de jornada ¹⁵² que pasa a ser entre 1/8 y 1/2 (frente al abanico más cerrado anteriormente que se situaba entre 1/3 y 1/2). Al igual que sucede con el permiso de lactancia, la concreción horaria y la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada corresponde al trabajador ¹⁵³, dentro de su jornada ordinaria, teniendo la obligación de preavisar al empresario con 15 días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria.
- e) Se mantiene la posibilidad de **ausencia de una hora del trabajo** (con mantenimiento de los derechos económicos) o de **reducción de la jornada de trabajo**, con la minoración proporcional del salario, hasta un máximo de dos horas al día, **en los casos de nacimiento de hijo prematuro** o que, por cualquier circunstancia, deba permanecer en el hospital a continuación del parto ¹⁵⁴.
- f) **La acomodación del disfrute de las vacaciones laborales, cuando las mismas coinciden con un período de baja por maternidad.**

¹⁵⁰ En el ámbito de la función pública, la funcionaria (habrá que entender que el derecho se amplía también al otro progenitor, ya que el permiso de lactancia es un derecho que, en la función pública, como en el ámbito laboral, puede ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen) puede solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule, en jornadas completas, el tiempo correspondiente [vid. art. 30.1 f) de la LMRFP, en la redacción dada por el apdo. ocho de la disp. adic. decimonovena de la LOI].

¹⁵¹ Además, en el ámbito de la función pública [mediante el nuevo párrafo g) bis del artículo 30.1 de la LMRFP, a través del apdo. once de la disp. adic. decimonovena de la LOI] se posibilita la reducción de la jornada laboral, hasta el 50%, con carácter retribuido, y por un plazo máximo de un mes, en los casos en que el funcionario la precise para el cuidado de un familiar en primer grado. Si hubiese más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute se puede prorratear entre los mismos, pero con el límite de un mes.

¹⁵² Respecto a la aplicación de la reducción de jornada por cuidado de menor, y las posibilidades que tiene la trabajadora en la determinación de la misma, en relación con la jornada realizada, así como respecto de una aplicación amplia del derecho de la trabajadora a no ser discriminada por razón de sexo, vid. STC 3/2007, de 15 de enero (BOE de 15 de febrero de 2007). Un análisis de esta sentencia en GARCÍA NINET, J.I.: «Reducción temporal por guarda de hijo menor. Interpretación literal del artículo 37.5 ET al margen de la finalidad del mismo. La protección social y jurídica de la familia y la no discriminación de la mujer trabajadora». *Tribuna Social*. N.º 195. Marzo. 2007.

Sobre la reducción de jornada por motivos familiares, LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La reducción de jornada por motivos familiares». *Revista del Poder Judicial*. N.º 80. 2005.

¹⁵³ Ya que solo él es el único capacitado para decidir cual es el período más adecuado para poder llevar a cabo las obligaciones derivadas de la guarda y cuidado. Vid. STSJ de la Comunidad de Valencia, de 27 de septiembre de 2000, y SAN de 28 de febrero de 2005.

¹⁵⁴ La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, si bien el trabajador debe preavisar al empresario con 15 días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria.

En este ámbito, en el ordenamiento y la jurisprudencia existió una cierta vacilación en cuanto al cómputo del período de vacaciones, cuando durante las mismas acaecía un período de descanso por maternidad ¹⁵⁵, decantándose por una interpretación consistente en que el período de suspensión por riesgo durante el embarazo y por maternidad se computaban a efectos de la determinación y la duración de las vacaciones anuales retribuidas ¹⁵⁶, situación que contrastaba con los pronunciamientos de la jurisprudencia comunitaria ¹⁵⁷, en base a la Directiva 93/104/CE sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo ¹⁵⁸, ya que para el TJCE ¹⁵⁹ las vacaciones y la maternidad son dos derechos independientes, gozando ambos de especial protección por parte del ordenamiento comunitario, por lo que su disfrute en períodos diferentes queda amparado no solo en la Directiva 2003/88, sino también por la Directiva 76/207/CEE, ya que la imposibilidad de combinar su ejercicio implicaría una discriminación en contra de las mujeres ¹⁶⁰.

En consecuencia, tras la STJCE de 18 de marzo de 2004, tanto la protección del derecho a disfrutar de vacaciones como por efecto de las medidas de protección de la maternidad y la igualdad exigían que, en caso de coincidencia de los períodos de vacaciones y maternidad, se pudiesen alterar las fechas de disfrute de las vacaciones –elegidas anteriormente– para permitir su disfrute íntegro, con independencia de la fuente normativa que las regulara ¹⁶¹. La ausencia en el ordenamiento laboral español de una regulación que posibilitase la compatibilidad entre las vacaciones con el período de disfrute de la maternidad es completada por la LOI, mediante la inclusión de un segundo párrafo al apartado 3 del artículo 38 del ET, en el sentido de que cuando el período de vacaciones fijado en el calendario laboral de la empresa coincida en el tiempo con una IT derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión por maternidad, se tiene derecho a disfrutar las vacaciones

¹⁵⁵ Un estudio detallado sobre el tema en BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *El derecho a vacaciones anuales retribuidas*. Granada Comares. 2002, CHARRO BAENA, P.: «Las vacaciones laborales». *Aranzadi Social*. Navarra. 2003; MARTÍNEZ MORENO, C.: «Soluciones inesperadas en relación con el disfrute de las vacaciones. En particular sobre la coincidencia con el permiso de maternidad». *Aranzadi Social*. N.º 3. 2004.

¹⁵⁶ La STS de 27 de junio de 1996 señala expresamente que la trabajadora de baja por maternidad no tiene derecho a disfrutar de un nuevo período de vacaciones disfrutada por ella de forma aislada y exclusiva.

¹⁵⁷ STJCE de 6 de abril de 2006, *Federtie Nederlandse Wakbeweging. Asunto C-124/95*. Un estudio de la misma en MIRANDA BOTO, J.M.: «Vacaciones en Derecho comunitario: compensación y posposición. Nota a la STJCE, de 6 de abril de 2006». *Relaciones Laborales*. 14/2006. Julio. 2006 y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «El derecho a vacaciones anuales y la suspensión por riesgo durante el embarazo y por maternidad». *Aranzadi Social*. N.º 1. Mayo. 2005.

¹⁵⁸ Modificada por la Directiva 2003/8/CE. Esta disposición comunitaria establecía en su artículo 7 un período mínimo de cuatro semanas de vacaciones, período que no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral, prohibición que también viene recogida en el artículo 12 del Convenio 132 de la OIT. Con ello, el derecho a las vacaciones –existentes en los ordenamientos de los diferentes Estados miembros– pasó a ser un tema comunitarizado.

¹⁵⁹ STJCE de 18 de marzo de 2004. Asunto C-342/01. *Gómez-Merino*.

¹⁶⁰ Sobre la STJCE de 18 de marzo de 2004, *vid.* GUTIÉRREZ SOLAR CALVO, B.: «La coincidencia temporal de la baja por maternidad y las vacaciones: adaptación necesaria de la jurisprudencia española al Derecho comunitario». *Relaciones Laborales*. I/2004; MARTÍNEZ MORENO, C.: «Soluciones inesperadas...» *op. cit.*

¹⁶¹ Ha de entenderse que, aunque la STJCE se refiere únicamente a la maternidad, sin hacer mención al supuesto de riesgo durante el embarazo, cuando haya coincidencia entre el período de vacaciones y la situación de riesgo durante el embarazo, ha de darse la misma solución que en el de la maternidad, por ser aquella una derivación de esta última, que solo padecen las mujeres y cuya finalidad es diferente del derecho de vacaciones. A esta solución llega MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «El derecho a vacaciones anuales...» *op. cit.* Pág. 104.

en fecha distinta a la de la IT o a la del disfrute del permiso que le correspondiera, aunque haya terminado el año natural a que correspondan ¹⁶².

5. La protección del riesgo durante el embarazo.

La protección, así como la ordenación de las condiciones de trabajo, que afecta a la trabajadora embarazada, es una cuestión que suscitó, desde fechas tempranas, el interés de las Organizaciones internacionales, en especial de la OIT ¹⁶³, asimismo, en el Derecho Comunitario ha existido una preocupación constante por la protección de la trabajadora embarazada, como se refleja en diferentes iniciativas normativas ¹⁶⁴ que sirvieron 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 lactancia, que prevén medidas protectoras de la mujer, relacionadas con su condición biológica de la procreación ¹⁶⁵, pero incluyendo las medidas necesarias para evitar los riesgos laborales derivados de agentes o sustancias peligrosas para su capacidad reproductiva ¹⁶⁶, aspectos que también se contemplan en la Directiva 92/85, de 19 de octubre.

El bien jurídico protegido no es solamente la protección de la integridad física de la mujer trabajadora, sino esa protección en función de su situación de embarazo, de la maternidad o de 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*» ¹⁶⁷.

¹⁶² La misma solución se extiende al ámbito de la función pública a través del artículo 59 de la LOI.

¹⁶³ Como son 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 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 peligrosos. *Vid.* 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; CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Maternidad y salud laboral (Comentarios a la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre)». *Noticias de la Unión Europea*. N.º 127/128. Septiembre. 1995; MORENO GENÉ, 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.

¹⁶⁴ *Vid.* MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Derecho Social Europeo». Tecnos. 1994; ORTÍZ LALLANA, M.C.: «Protección comunitaria de la maternidad». *Actualidad Laboral*. N.º 8. 1991. MORENO GENE, J.: «La protección por maternidad...» *et al., op. cit.*; PÉREZ ALENCART, A.: «El Derecho comunitario europeo de la Seguridad Social y la Salud». Tecnos. Madrid. 1993.

¹⁶⁵ MONTOYA MELGAR, A.: «Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales». *Aranzadi Social*. N.º 13. 2003.

¹⁶⁶ Sobre este tema, *vid.* LOUSADA AROCHENA, J.F.: «El riesgo durante el embarazo». *Actualidad Laboral*. N.º 28 y 29. Julio. 2001; MONTOYA MELGAR, A.: «Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales». *Aranzadi Social*. N.º 13. Noviembre. 2000; PEREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A.: «Mujer y salud laboral». *La Ley*. Madrid. 2000; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Igualdad de género y salud laboral: propuestas institucionales, realidad normativa y práctica convencional». *RMTAS*. N.º 53. 2004.

¹⁶⁷ 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.

5.1. La suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

A la finalidad protectora señalada anteriormente, el artículo 26 de la LPRL –en la modificación incorporada por la LCVF¹⁶⁸– establece un conjunto 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 esta en la empresa.

- a) La primera obligación que recae sobre el empresario¹⁶⁹ es evaluar los riesgos que pueden afectar a la embarazada, obligación que deriva de la de evaluación contenida en el artículo 16 de la LPRL¹⁷⁰, 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 la maternidad, la de evaluación de los riesgos surge incluso antes de que el empresario tenga conocimiento de la situación de embarazo, 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 ha de llevar a cabo a través de los Servicios de Prevención, establecidos en el artículo 31 de la LPRL.

¹⁶⁸ Un análisis de la misma en BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000; CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador. Algunas reflexiones sobre el proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras». *Aranzadi Social*. N.º 7. 1999; GARCÍA MURCIA, J.: La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. *Justicia Laboral*, N.º 1. 2000; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: La reciente Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. *Relaciones Laborales*. N.º 24. 1999; MOLINA NAVARRETE, C.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral: puntos críticos». *La Ley*. Abril. 2000; PANIZO ROBLES, J.A.: «La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N.º 201. Madrid. Diciembre. 1999 y «Una nueva prestación de la Seguridad Social (A propósito de la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º E. 1999; RIVAS VALLEJO, P.: «La relación entre trabajo y familia: La Ley 39/1999, una reforma técnica». *Tribuna Social*. N.º 108. Diciembre. 1999; SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el ET». *Aranzadi Social*. N.º 20. 2000.

¹⁶⁹ La obligación del empresario se mantiene en los casos de contrata y subcontrata, de conformidad con el artículo 31 de la LPRL. *Id.* 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.

¹⁷⁰ Esta obligación de evaluación es coherente con las previsiones contenidas en el artículo 6 de la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989 y con el artículo 4 de la Directiva 92/85/CEE. Asimismo, la obligación de evaluación es considerada como uno de los elementos claves de la prevención de riesgos laborales. *Id.* GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*. 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 o PALOMEQUE LÓPEZ, C.: «El nuevo marco jurídico de la prevención de riesgos laborales: la Ley 31/1995, de 8 de noviembre». *Actuación Laboral*, N.º 8. 1996.

En síntesis, el objetivo de la evaluación es conocer, de antemano, cuáles son los posibles riesgos para, a partir de su detección, determinar las medidas necesarias que deben adoptarse ¹⁷¹. Por ello, la evaluación no ha de adoptarse solo en caso de un riesgo cierto, sino también cuando los riesgos sean simplemente potenciales ¹⁷².

- b) Cuando se den estos riesgos y exista una trabajadora embarazada, el empresario ha de adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición de aquella 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 turnos ¹⁷³. Esta protección se configura como una obligación del empresario ¹⁷⁴, pero también como un derecho y un deber de la trabajadora, ya que una vez adoptada la correspondiente medida preventiva, la propia protección le impone su cumplimiento, sin que la trabajadora pueda renunciar a ello, sobre todo al estar en juego la salud del recién nacido o la viabilidad del feto ¹⁷⁵.
- c) Si a pesar de la modificación de las condiciones o el tiempo trabajo siguen presentándose los riesgos (o cuando no pueda llevarse a cabo tal modificación ¹⁷⁶) el apartado 2 del artículo 26 de la LPRL prevé que la trabajadora ha de pasar a desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado ¹⁷⁷.

Para que sea obligatorio el traslado a nuevo puesto de trabajo, es necesario que exista una certificación médica acreditativa de que el puesto de trabajo adaptado sigue presentando riesgo para la salud y la seguridad de la madre y/o para el feto, certificación expedida por los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) o de las Mutuas, en función (y en ello radica la novedad incorporada por la LOI) de cuál sea la entidad con la que la empre-

¹⁷¹ 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.

¹⁷² Esta 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: *Comentarios a la Ley 31/1995, op. cit.*

¹⁷³ En este punto, la normativa interna 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 técnica. 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 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.

¹⁷⁴ TORRENTE GARI, S.: *La mujer y la protección social*. CES. Madrid. 1999.

¹⁷⁵ Vid. SEMPERE NAVARRO, A V., GARCÍA BLASCO, A., GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*. Civitas. Madrid. 1998.

¹⁷⁶ LÓPEZ RUBIA, E.: «Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales». *Tribuna Social*. N.º 15. Julio. 2000.

¹⁷⁷ 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 empresario. Pero para que pueda operar la movilidad funcional es preciso un requisito adicional, consistente en que médicamente se certifique que el puesto de trabajo que haya podido ser adaptado sigue generando riesgos para la trabajadora. Vid. FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Edit. Dykinson. Madrid. 1996.

sa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales¹⁷⁸, con el informe del médico del Servicio de Salud, que asista facultativamente a la trabajadora¹⁷⁹. A su vez, la empresa, previa consulta con los representantes de los trabajadores, habrá de determinar previamente la relación de puestos de trabajo exentos de riesgos a los efectos del embarazo¹⁸⁰.

- d) 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 trabajadora ha de ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo profesional o categoría equivalente¹⁸¹. 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 funcional¹⁸².

¹⁷⁸ Hasta la LOI, no era fácilmente comprensible la intervención de los servicios médicos de las Mutuas en orden a la certificación de un riesgo que, en todo caso, podría dar lugar a una prestación económica de la Seguridad Social, respecto de la cual aquellas no tenían la menor intervención en su gestión, ni ninguna responsabilidad en su abono. Un análisis de esta particularidad en PANIZO ROBLES, J.A.: «La Ley 39/1999 y su incidencia en el sistema de la Seguridad Social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Diciembre/1999.

No obstante, en la LOI –y en los términos que más adelante se detallan– se produce un cambio importante en la consideración jurídica de la prestación económica por riesgo durante el embarazo (que pasa a configurarse como una prestación derivada de riesgos profesionales) así como de su gestión (que de ubicarse en exclusiva en el INSS, pasa a ser gestionada por la Entidad Gestora o por la Mutua, conforme se haya producido la opción previa de la empresa) circunstancia que origina que la actuación de los servicios médicos de la Mutua, en las fases previas a la suspensión del contrato de trabajo, sea coherente con la intervención que posteriormente tales entidades colaboradoras van a tener en el reconocimiento, gestión y control de la prestación de la Seguridad Social.

¹⁷⁹ Algún autor entiende que ante la posible discrepancia entre el informe del Servicio de Salud y de los servicios médicos del INSS o de la Mutua, debería decidir la Inspección Médica, configurándola como una especie de superior jerárquico de ambos servicios. *Vid.* MARTÍNEZ DE VIERGOL, A.: «La naturaleza jurídica de la contingencia correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo». *Revista de Derecho Social*. N.º 9. 2000.

¹⁸⁰ En el ámbito del Cuerpo Nacional de Policía, el Real Decreto 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, prevé en su artículo 11 ciertas previsiones relativas a la protección de la maternidad que, si bien en principio se acomodan a lo establecido en el artículo 26 de la LPRL –no hay que olvidar que los funcionarios públicos quedan incluidos en el ámbito de aplicación de la LPRL–, sin embargo presenta algunas especialidades. Entre estas especialidades se encuentra la obligación de la mujer embarazada de comunicar su estado de gestación a través de la unidad en que presta servicios –deber que no se desprende del art. 26 de la LPRL–; a su vez, que no hace referencia a la evaluación de riesgos con objeto de que se determinen las situaciones de riesgo.

Un análisis de esta disposición en MORENO MÁRQUEZ, A.: «Salud laboral de los Funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía». *Actualidad Laboral*. N.º 17. Febrero. 2007.

¹⁸¹ En el ámbito de las Fuerzas Armadas, el artículo 132 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, del Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas (en la redacción dada por el apdo. tres de la disp. adic. vigésima de la LOI) establece que durante el período de embarazo y previo informe facultativo, podrá asignarse a la mujer militar profesional a un puesto orgánico o cometido distinto al que estuviese ocupando, que resulte adecuado a las circunstancias de su estado.

En el mismo sentido, el artículo 75 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil (en la redacción dada por el apdo. tres de la disp. adic. vigesimacuarta de la LOI) prevé que, durante el período de embarazo y previo informe facultativo, a la mujer guardia civil se le puede asignar un puesto orgánico o cometido distinto del que estuviera ocupando, adecuado a las circunstancias de su estado.

¹⁸² Este traslado, si bien representa una actuación obligatoria para el empresario, también lo es para la propia trabajadora. 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. Esta es la tesis mantenida por la doctrina. SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Valencia. 1996.

- e) Por último, en el caso de que la trabajadora embarazada no pueda ser trasladada a puesto de trabajo compatible, se puede suspender el contrato de trabajo¹⁸³, suspensión que finaliza 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, conforme al artículo 48.5 del ET¹⁸⁴.

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

En correspondencia con la suspensión del contrato de trabajo a causa del riesgo durante el embarazo, la LCVF incorporó en el ordenamiento de la Seguridad Social la prestación económica por la misma contingencia con la finalidad de otorgar una renta de sustitución del salario dejado de percibir por la trabajadora. La creación de una nueva prestación de Seguridad Social y, en síntesis, la diferenciación entre la situación a proteger y la IT¹⁸⁵ era 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 meramente técnicas, a la enfermedad en la prestación que ha de per-

¹⁸³ Vid. NEVADO FERNÁNDEZ, M. J.: «El cuidado de personas a cargo de trabajadores. (Maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y Seguridad Social)». II. *Revista de Derecho del Trabajo*. Civitas. N.º 106. Julio/Agosto. 2001.

¹⁸⁴ En lo que respecta a la Administración General del Estado, el artículo 58 de la LOI indica que cuando las condiciones de trabajo de una funcionaria –incluida en el ámbito de aplicación del mutualismo administrativo– pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del feto, podrá concederse licencia por riesgo durante el embarazo, garantizándose la plenitud de los derechos económicos.

En la misma línea, el artículo 69.3 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero (en la redacción dada por la disp. adic. vigesimaprimer de la LOI), establece que cuando las circunstancias previstas en el artículo 26.3 afecten a una funcionaria incluida en el ámbito de aplicación del mutualismo administrativo, puede concederse licencia por riesgo durante el embarazo en los mismos términos y condiciones que las previstas para la situación de IT.

En correspondencia con ello, el artículo 22 de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio (en la redacción dada por la disp. adic. vigesimatercera), establece, con la misma consideración y efectos que la situación de IT, la situación de la mujer funcionaria que haya obtenido licencia por riesgo durante el embarazo, en los términos previstos en el artículo 69 del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, precisando el artículo 12 de dicho texto refundido que en tal situación se tendrá derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo.

A su vez, el artículo 61.2 de la ley 55/2003, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud (en la modificación incorporada por el apdo. dos de la disp. adic. vigesimasegunda de la LOI) determina que el personal estatutario tiene derecho a disfrutar del régimen de permisos y licencias, incluida la licencia por riesgo durante el embarazo, establecido para los funcionarios públicos.

En el ámbito de las Fuerzas Armadas, el artículo 148.6 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo (en la redacción que incorpora el apdo. cinco de la disp. adic. vigésima de la LOI), prevé, respecto de los militares del complemento y los militares profesionales de tropa y marinería, que durante la situación de incapacidad motivada por riesgo durante el embarazo, paro o postparto (así como las que deriven de enfermedad o accidente) no se causará baja en las Fuerzas Armadas y se prorrogará el compromiso hasta la finalización de tales situaciones.

Por último, el artículo 75 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de régimen de personal del Cuerpo de la Guardia Civil (en la redacción dada por el apdo. tres de la disp. adic. vigesimacuarta de la LOI) prevé que durante el período de embarazo y previo informe facultativo, a la mujer guardia civil se le puede asignar un puesto orgánico o cometido distinto del que estuviera ocupando, adecuado a las circunstancias de su estado.

¹⁸⁵ Algunos autores estiman muy cercanas ambas situaciones, la de IT y la de riesgo durante el embarazo, hasta el punto de denominar la última como *IT por riesgo durante el embarazo*. Vid. BALLESTER PASTOR, M.A.: «La Ley 39/1999...» *op. cit.* Pág. 43

cibir 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*»¹⁸⁶.

Aunque la prestación de riesgo durante el embarazo está ligada a la suspensión del contrato de trabajo, en los términos previstos en el artículo 48.5 del ET, sin embargo –al igual que sucede con las prestaciones por maternidad (adopción o acogimiento)– aquella no se limita a las trabajadoras por cuenta ajena¹⁸⁷, sino que, conforme a la Disposición Adicional octava de la LGSS, la prestación se extiende a las trabajadoras por cuenta propia, en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezcan, siendo las mismas las contenidas en el RDMAT¹⁸⁸.

Ahora bien, si en el ámbito laboral las modificaciones sobre la regulación de la situación de riesgo durante el embarazo –originadas por la LOI– son escasas, no ocurre lo mismo en relación con el régimen jurídico de la prestación de la Seguridad Social, ya que afectan a su configuración, a la cuantía o a la gestión de la misma en los términos que se indican¹⁸⁹:

- a) Se mantiene la regulación de la situación protegida, de modo que, conforme a lo establecido en el artículo 134 de la LGSS¹⁹⁰, a efectos de la prestación de la Seguridad Social por riesgo durante el embarazo se considera situación protegida el período de suspensión del

¹⁸⁶ No faltan autores para quienes el desplazamiento de la carga de la situación de riesgo hacia la Seguridad Social, es decir, al sistema público de la Seguridad Social, supone una socialización de la inseguridad, al margen de la parte del coste que la propia mujer asume debido a las diferencias que existen para alcanzar el derecho a la prestación y las que rigen para la suspensión de la relación laboral. Por ello, la opción por parte de la prestación de Seguridad Social, en los términos contenidos en la LCVF, supone un ahorro total para el empresario generador del riesgo, ya que ni viene obligado a retribuir a la trabajadora embarazada apartada del trabajo, ni asume el pago de prestación alguna, ni siquiera, si recurre al incentivo de la bonificación de las cuotas empresariales (en los términos establecidos en el RDL 11/1998) pagará cotizaciones por el trabajador o trabajadora que sustituya a la trabajadora embarazada, mientras dure la suspensión contractual, derivada del riesgo. *Vid.* GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Seguridad Social y riesgo durante el embarazo», en AA.VV.: *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo; familia, inmigración y noción del trabajador*. Marcial Pons. Madrid. 2000. Pág. 104.

¹⁸⁷ Incluyendo, de acuerdo con la LCVF, a las funcionarias públicas.

¹⁸⁸ Sobre el contenido del RDMAT, *vid.* BLÁZQUEZ AGUDO, E.: «La prestación por maternidad. Cuestiones puntuales en relación con su extensión temporal y personal». En AA.VV.: *Los problemas del derecho a prestaciones (jubilación flexible, colocación adecuada, maternidad, valoración de incapacidades)*. Laborum. Murcia. 2005; CARDENAL CARRO, M.: «Con ocasión del RD 1251/2001 (RCL 2001, 2768), sobre índices de natalidad y trabajo». *Aranzadi Social*. N.º 16. Diciembre 2001; GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGARTUA MIRÓ, M.T. *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2002; MORENO GENÉ, J.; ROMERO BURILLO, A.M. y PARDELL VEÁ, A.: «La prestación por riesgo durante el embarazo: a propósito del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 228. Marzo. 2002; PANIZO ROBLES, J.A.: «La protección por maternidad (Comentarios al Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo)». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 34. Madrid. 2002; RIVAS VALLEJO, P.: «El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado Reglamento de las Prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo». *Aranzadi Social*. N.º 20. Febrero. 2002.

¹⁸⁹ Conforme a lo previsto en el apartado 2º de la disposición transitoria séptima de la LOI, las modificaciones incorporadas por la misma en la situación de riesgo durante el embarazo (tanto en lo que se refiere a los ámbitos laborales, como en lo que respecta a la prestación de la Seguridad Social) son de aplicación únicamente a las suspensiones de contrato de trabajo que se produzcan, por la causa indicada, a partir del día 24 de marzo de 2007 (día de la entrada en vigor de la LOI, conforme a la disp. final octava de aquella).

¹⁹⁰ Desarrollado por el artículo 14 del RDMAT.

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 LPRL, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados ¹⁹¹.

- b) Aunque la situación protegida no se modifica, sin embargo sí tiene una alteración importante en lo que se refiere a la naturaleza de la prestación, ya que si en la legislación anterior la misma es considerada como una prestación derivada de contingencias comunes (calificación que era criticada ampliamente por la doctrina, al entender que la prestación guarda una mayor similitud con las prestaciones derivadas de riesgo profesional, ya que de los riesgos del trabajo desarrollado deriva la situación que se quiere proteger) de acuerdo con la nueva redacción del artículo 134 de la LGSS ¹⁹² la prestación de riesgo durante el embarazo pasa a tener la naturaleza de contingencias profesionales.
- c) La modificación anterior tiene trascendencia en lo que respecta a los beneficiarios de la misma, dado que, como se ha indicado, la prestación no se circunscribe a los trabajadores por cuenta ajena, sino que se extiende a los trabajadores por cuenta propia incluidos en los Regímenes Especiales del Mar, Agrario y de Trabajadores Autónomos, si bien –por lo que se refiere a los trabajadores por cuenta propia– en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente ¹⁹³. Si, de acuerdo con el artículo 135 de la LGSS, la prestación por riesgo durante el embarazo se ha de conceder en los mismos términos y condiciones previstos para la IT, derivada de contingencias profesionales, surge la duda de si la misma puede extenderse a la totalidad de los trabajadores por cuenta propia, dado que el ámbito de cobertura de la IT es, en este colectivo, de cobertura voluntaria ¹⁹⁴.

¹⁹¹ Siempre que dicha situación haya sido certificada por los servicios médicos del INSS o de la Mutua en los términos contenidos en el artículo 26.2 de la LPRL, ya comentados. Se precisa –art. 14.2 del RDMAT– no obstante, que cualquier situación de riesgo o patología que pueda influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, si no está relacionada directamente con los agentes, procedimientos o las condiciones del puesto de trabajo que desempeñe, no tendrá la consideración de situación protegida a efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo. Será, en todo caso, una situación determinante de IT, regulándose por el régimen jurídico de esta prestación.

¹⁹² De acuerdo con el apartado ocho de la disposición adicional decimoctava de la LOI.

¹⁹³ Conforme a lo previsto en el apartado 4 de la disposición adicional octava de la LGSS, en la redacción dada por el apartado veinte de la disposición adicional decimoctava de la LOI.

¹⁹⁴ No deja de ser curioso que, en los momentos actuales, se haya extendido a los trabajadores por cuenta propia unos mecanismos de protección –los derivados de riesgos profesionales– que traían su consecuencia en las consecuencias derivadas como consecuencia o con ocasión de un trabajo realizado por cuenta ajena y, al mismo tiempo, un colectivo de trabajadores por cuenta ajena –los incluidos en el Régimen de Empleados de Hogar– estén exceptuados de esta protección. Tal vez por ello, en el Acuerdo de medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, se prevé que, dentro de las medidas a adoptar en el Régimen de Empleados de Hogar para hacerle converger paulatinamente con el Régimen General, una de ellas sea la extensión de la cobertura de riesgos profesionales. Un análisis del contenido del Acuerdo Social en FIDEL FERRERAS ALONSO, F. «Antecedentes, bases, motivos y efectos del Acuerdo sobre protección social de julio de 2006». *La Ley*. N.º 6616. 26 de diciembre 2006; GARCÍA NINET, I. «Acerca de lo que pretende el "Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social"». *Revista de Seguridad Social y Laboral*. Tribuna Social. N.º 187. 2006; PANIZO ROBLES, J.A. «Un nuevo paso en la Seguridad Social consensuada: El Acuerdo sobre Seguridad Social, de 13 julio de 2006». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N.º 281-282. Agosto-septiembre. 2006 y «El acuerdo sobre medidas de seguridad social (Comentario de urgencia)». *Tribuna Social*. N.º 190, 191 y 192. 2006; PUEBLA PINILLA, A. DE LA Y PÉREZ YAÑEZ, R. «El Acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social. Un nuevo paso en el diálogo social». *Relaciones Laborales*. N.º 20. 2006.

Si, conforme a la opción que les permite la disposición adicional trigésima cuarta de la LGSS, las trabajadoras por cuenta propia, incorporadas en el RETA, no han elegido la cobertura de riesgos profesionales, surge la duda sobre si, ante esa ausencia, se puede reconocer una prestación que, a su vez, tiene una naturaleza de prestación derivada de contingencia profesional. Similar interrogante se extiende a las trabajadoras agrarias por cuenta propia que, conforme al apartado 2 de la disposición adicional undécima, hayan excluido de su ámbito de acción protectora la prestación de IT, a la que hace referencia el artículo 134 de la LGSS para la determinación y régimen jurídico de la prestación de riesgo durante el embarazo. O, por último, en el caso de las trabajadoras incluidas en el Régimen de Empleados de Hogar, podría entenderse que la prestación señalada, que deriva de una contingencia profesional, no puede extenderse a un colectivo de mujeres que, en el ámbito de su acción protectora, no tiene incorporado la correspondiente a los riesgos profesionales.

No obstante, se estima que, en los casos planteados, la duda ha de responderse en sentido afirmativo y ello por las siguientes razones: en primer lugar, la inclusión expresa de la protección a todas las trabajadoras embarazadas que se encuentren en la situación de riesgo, como dispone de forma expresa la disposición adicional octava de la LGSS; a su vez, si bien el artículo 135.1 de la LGSS hace referencia a que la prestación de riesgo durante el embarazo se ha de conceder en los términos y condiciones de la IT derivada de contingencias profesionales, también se hace mención expresa a que esa aplicación se ha de llevar a cabo «... *con las particularidades establecidas ...*» en la propia Ley, entre las que se encuentran la propia inclusión de la prestación en el ámbito de cobertura de las trabajadoras por cuenta propia o en favor de las trabajadoras incluidas en el Régimen de Empleados de Hogar; por último, no es pensable que, dada la evolución del sistema y de la progresiva homogeneidad entre los Regímenes Especiales con el Régimen General que se ha seguido desde la propia implantación del sistema, siguiendo las previsiones del artículo 10 de la LGSS, así como las orientaciones de los propios pactos sociales y políticos ¹⁹⁵, con la LOI se hubiese establecido una especie de *reformatio in peius* suprimiendo prestaciones que ya estaban reconocidas.

En consecuencia, se estima que la prestación de riesgo durante el embarazo se extiende a las trabajadoras por cuenta ajena, así como a la totalidad de las trabajadoras por cuenta propia, en los términos recogidos en el RDMAT, si bien con las modificaciones incorporadas en la LOI, y siempre que reúnan una serie de requisitos, como son:

- Que la trabajadora se encuentre en una situación de alta o de asimilación al alta ¹⁹⁶, lo que, en principio, es fácilmente constatable, ya que se trata de una persona que efectúa un trabajo y que ha de ser trasladada a otro compatible. Además, al derivar la prestación de contingencia profesional hay que entender que, al menos para las trabajadoras por cuenta ajena, opera el principio de automaticidad de las prestaciones y el alta de pleno derecho, aunque la empresa hubiese incumplido las obligaciones de afiliación, alta o cotización.

¹⁹⁵ La convergencia de regímenes, hacia la configuración de dos únicos regímenes, con un ámbito de protección similar, se contiene en el Pacto de Toledo (tanto en su formulación inicial, como en la renovación parlamentaria de 2003) así como en los Acuerdos sociales alcanzados entre el Gobierno y los interlocutores sociales en 1997, 2001 y 2006.

¹⁹⁶ 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.

- Frente a lo que su sucedía en la legislación anterior en que la prestación se condicionaba a la acreditación de un período previo de cotización ¹⁹⁷, tras la LOI la exigencia de ese período desaparece, ya que la totalidad de las prestaciones por riesgos profesionales no precisan de cotizaciones previas ¹⁹⁸.
 - Que el facultativo adscrito al INSS o, en su caso, a la correspondiente Mutua haya certificado la existencia de riesgo en la continuación de la realización del trabajo, previo informe del médico del Sistema Nacional de Salud que atienda a la trabajadora.
 - En el caso de los trabajadores por cuenta propia, se precisa, además, que la interesada se encuentre al corriente en el pago de sus obligaciones para con la Seguridad Social ¹⁹⁹.
- d) En coherencia con lo establecido en los artículos 48.5 del ET y 26.3 de la LPRL, el apartado 2 del artículo 135 de la LGSS ²⁰⁰, prevé que la prestación de riesgo durante el embarazo nace el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo, se abona durante el período necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora y/o del feto, 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 ²⁰¹ o a otro compatible ²⁰² con su estado, de producirse estas últimas circunstancias en una fecha anterior ²⁰³.

¹⁹⁷ Exigencia criticada por la doctrina. *Vid.*, entre otros, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999...», *op. cit.* pág. 33; GONZÁLEZ ORTEGA, S. «Seguridad Social y riesgo...» *op. cit.* pág. 120 y ss.; RIVAS VALLEJO, P.: «La relación entre trabajo y familia...», *op. cit.* pág. 28. El primero de ellos pone de relieve que, con la regulación anterior se daba la paradoja de que pudiese resultar más beneficiado un trabajador que sufre un accidente no laboral, sin conexión con el trabajo, en relación con una trabajadora que ha de suspender su contrato de trabajo (y con ello las retribuciones) a causa de su imposibilidad de seguir realizando su puesto de trabajo, dentro de una contingencia en la que se trata de tutelar la salud de una mujer, la trabajadora, y la del feto o del hijo recién nacido.

¹⁹⁸ En el texto de la LOI remitido por el Gobierno a las Cortes Generales, aunque se mantenía la configuración de la prestación de riesgo durante el embarazo, como una prestación derivada de contingencias comunes, sin embargo se excluía el acceso a la misma de período previo de cotización.

¹⁹⁹ En los términos contenidos en la disposición adicional trigésima novena de la LGSS. Si, en el momento de reconocer la prestación, la interesada no se encuentra al corriente, la Entidad Gestora ha de *invitar* a la trabajadora para que se ponga al corriente en sus obligaciones, en los términos del artículo 28 del Decreto 2930/1970, de 20 de agosto. Si la trabajadora, cumpliendo el requerimiento, abona lo adeudado en el plazo de 30 días, desde la notificación de la invitación, se le abona la prestación desde el día siguiente al de la solicitud; en caso contrario, la prestación se abona desde el día primero del mes siguiente a aquel en que la interesada abone las cantidades debidas.

La disposición adicional trigésima novena fue incorporada en la LGSS por el artículo 20 de la Ley 52/2003. Un análisis de la misma en PANIZO ROBLES, J.A.: «La Seguridad Social en el inicio del año 2004 (Comentario a las novedades en materia de Seguridad Social contenidas en las Leyes de Presupuestos y Acompañamiento para 2004, así como en la Ley de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Madrid. N.º 251. Enero. 2004 o «Comentarios a las novedades incluidas en la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social». En AA.VV.: «Las últimas reformas laborales del año 2003». *Justicia Laboral*. N.º Extraordinario. Lex Nova. 2004.

²⁰⁰ Desarrollado por el artículo 18 del RDMAT.

²⁰¹ 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.

²⁰² No existente anteriormente, pero que se ha establecido con posterioridad o ha quedado libre, en una fecha posterior a que la trabajadora suspendiera su contrato de trabajo.

²⁰³ De acuerdo con el artículo 18.4 del RDMAT el derecho al subsidio de riesgo durante el embarazo se extingue por las siguientes causas:

- Suspensión del contrato de trabajo por maternidad.
- Reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.

e) Además de la prestación económica, durante la situación de suspensión del riesgo durante el embarazo la trabajadora sigue en situación de alta en la Seguridad Social, manteniéndose la obligación empresarial –y de la trabajadora– de seguir efectuando el ingreso de las cotizaciones a la Seguridad Social, de acuerdo con el contenido del artículo 106 de la LGSS, siendo la base de cotización equivalente a la que se venía cotizando antes de la suspensión de la actividad y aplicándose el tipo de cotización contenido en la situación «c» del cuadro II de la tarifa de primas de cotización por contingencias profesionales, a efectos de la cotización por tales contingencias ²⁰⁴. En lo que se refiere a la aportación a cargo de la trabajadora, la Entidad Gestora correspondiente, en el momento de hacer efectiva la prestación a la interesada, ha de deducir del importe de la misma la cuantía de la aportación, para su ingreso en la TGSS.

En el ámbito de la cotización a la Seguridad Social, la disposición adicional decimoquinta de la LOI ²⁰⁵ mantiene la bonificación del 100% de las cotizaciones empresariales (incluidas las correspondientes a las contingencias profesionales) en los contratos de interinidad, suscritos con desempleados, para la sustitución de la trabajadora que ha suspendido el contrato en razón del riesgo durante el embarazo. Esta bonificación se extiende, de igual modo, a la contratación de desempleados para sustituir a trabajadoras autónomas, socias trabajadoras o socias de trabajo de las sociedades cooperativas, que hayan suspendido su actividad como consecuencia de la aparición de la situación de riesgo durante el embarazo.

Asimismo, se mantienen las bonificaciones de las aportaciones empresariales, reguladas en la disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio ²⁰⁶, correspondientes a las propias trabajadoras (beneficio que se amplía a las trabajadoras por cuenta propia), socias trabajadoras o socias de trabajo de las cooperativas, sustituidas durante los períodos de riesgo durante el embarazo. Estas aportaciones alcanzan también el 100% de tales aportaciones (incluidas las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) ²⁰⁷.

f) La cuantía de la prestación económica por riesgo durante el embarazo se ve alterada por la LOI, ya que de ser equivalente al 75% de la base reguladora correspondiente a la situación de IT derivada de contingencias comunes, pasa a ser el 100% –es decir, el mismo porcentaje aplicado para la prestación de maternidad ²⁰⁸–aplicable sobre el importe de la base reguladora correspondiente

- Extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas.
- Fallecimiento de la beneficiaria.

Asimismo, el derecho al subsidio puede ser *denegado, anulado o suspendido*, de conformidad con lo establecido para el subsidio por IT en el artículo 132.1 de la LGSS, en los siguientes casos:

- Cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.
- Cuando realice cualquier trabajo o actividad, bien por cuenta ajena o por cuenta propia, iniciados con posterioridad a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, incompatibles con su estado.

²⁰⁴ Aprobada a través de la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007.

²⁰⁵ Mediante la que se da nueva redacción al artículo 1 del Real Decreto-Ley 11/998, de 4 de septiembre.

²⁰⁶ De medidas urgentes de reforma el mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. Su disposición adicional segunda es objeto de nueva redacción por la disposición adicional decimosexta de la LOI.

²⁰⁷ Esta bonificación únicamente es de aplicación mientras coincidan, en el tiempo, la suspensión de contrato o de la actividad y el contrato de interinidad del sustituto. En el caso de que la trabajadora no agote el período de descanso, las bonificaciones se extinguirán en el momento de la incorporación al trabajo.

²⁰⁸ Solución que venía demandando la doctrina, entre otros, CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades ...» *op. cit.* pág. 19; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley...» *op. cit.* pág. 779; MIÑAMBRES PUIG, C.: «La protección social en el Proyecto...», *op. cit.*, pág. 27.

a la prestación de IT pero derivada de contingencias profesionales²⁰⁹, regla que es consustancial con la determinación de la naturaleza de la prestación como derivada de tales riesgos²¹⁰.

- g) Por último, en lo que se refiere a la gestión y al pago de la prestación, si antes de la LOI la misma quedaba en la esfera de actuación de la Entidad Gestora, sin que cupiera intervención de otro Organismo²¹¹, el apartado 4 del artículo 135 de la LGSS (en la redacción que incorpora el apdo. nueve de la disp. adic. decimioctava de la LOI) sitúa las facultades de gestión de la prestación en la Entidad Gestora o en la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en función de cuál sea la entidad con quien la empresa, en relación con sus trabajadores o el trabajador por cuenta propia, haya concertado la cobertura de los riesgos profesionales²¹² o, en su caso, la cobertura de las contingencias comunes²¹³.

En síntesis, la gestión de la prestación por riesgo durante el embarazo se llevará a cabo del modo siguiente:

- ²⁰⁹ Cuando la prestación se haya de reconocer a las trabajadoras por cuenta propia, incluidas en los Regímenes Especiales Agrario y Autónomos, sin cobertura de contingencias profesionales, la prestación habrá de calcularse sobre la base correspondiente de contingencias comunes. Asimismo, en lo que se refiere a las trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de Empleados de hogar, la prestación se calculará en función de la base única vigente en este Régimen.
- ²¹⁰ Aunque ello es la regla general, existen varias excepciones a la misma en orden a determinar la base reguladora de la prestación, como son:
- Los casos de trabajadoras contratadas para la formación, en cuyo caso la base reguladora será el 100% de la base mínima de cotización que corresponda.
 - En el caso de trabajadoras contratadas a tiempo parcial, la base reguladora será la resultante de dividir la suma de las bases de cotización durante los tres meses anteriores a la fecha en que se inicie la suspensión dividida entre el número de días naturales comprendidos en dicho período.
 - En el supuesto de los sectores de artistas, la base reguladora es el resultado de dividir por 365 la cotización anual anterior al hecho causante o el promedio de cotización acreditado, de ser inferior al anual.
 - En la situación de pluriempleo, si la situación se declara en todas las actividades que se realicen simultáneamente, se han de computar las bases de cotización en las diferentes empresas; por el contrario, si únicamente afecta a una de las actividades, pero no en todas, únicamente se han de recoger las bases de cotización de la empresa o empresas donde se produzca la suspensión del contrato de trabajo.
 - En las situaciones de pluriactividad, si la situación de riesgo afecta a todas las actividades, se tiene derecho al subsidio en todos los regímenes afectados: si la situación de riesgo, afecta solo a una de las actividades, únicamente se tendrá derecho al subsidio en el régimen donde esté encuadra la actividad de riesgo.
- ²¹¹ Salvo en lo que se refería a la anómala participación de las Mutuas en la certificación previa de la situación de riesgo durante el embarazo, no tanto para generar el derecho a la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social, cuanto generar la obligación empresarial (y derecho de la trabajadora) a ser trasladada a puesto de trabajo compatible con su estado y/o el del feto.
- ²¹² Al estar ligada la gestión de las contingencias profesionales con la correspondiente a IT –al menos, en lo que respecta a los trabajadores por cuenta propia–, las trabajadoras por cuenta propia que se hayan incorporado al correspondiente Régimen –o a la mejora de IT– con posterioridad al 1 de enero de 1998, únicamente pueden recibir la prestación de riesgo durante el embarazo a través de una Mutua.
Por el contrario, ante la ausencia de protección por riesgos profesionales en lo que se refiere a las trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, se entiende que, en tales supuestos, la prestación ha de ser gestionada directamente por el INSS.
En todo caso, las modificaciones en el ámbito de la gestión de la prestación obliga a modificar las disposiciones reglamentarias de desarrollo, con especial incidencia en los ámbitos procedimentales contenidos en el RDMAT.
- ²¹³ Como se ha indicado previamente, se entiende que los trabajadores por cuenta propia –aunque no hayan optado por la cobertura de los riesgos profesionales– siguen teniendo derecho a las prestaciones de riesgo durante la lactancia, que habrá de entenderse responsabilidad de la Entidad Gestora o de la Mutua, en función de la entidad con la que las trabajadoras hayan concertado la gestión de la IT.

- Para las trabajadoras por cuenta ajena y para las trabajadoras por cuenta propia (en este caso, siempre que hayan optado por un ámbito de cobertura que comprenda las contingencias profesionales) las facultades de gestión y control de la prestación corresponden a la Entidad Gestora o a la Mutua, en función de cuál sea la entidad que da cobertura a las contingencias profesionales.
- Respecto de las trabajadoras por cuenta propia –incluidas en los Regímenes Especiales Agrario o de Trabajadores Autónomos– que hayan mejorado la prestación de IT (pero no así la de las contingencias profesionales) las facultades de gestión y control de la prestación de riesgo durante el embarazo corresponderán a la Entidad Gestora o a la Mutua, en función de cuál sea la entidad que gestione la IT.
- Por último, en relación con las trabajadoras por cuenta propia, sin cobertura de IT ni de contingencias profesionales, así como de las trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, las facultades de gestión y control corresponderán únicamente al INSS.

Con las nuevas facultades de gestión sobre la prestación de riesgo durante el embarazo, unos organismos que surgieron como entidades privadas en orden a colaborar, con carácter exclusivo, con las entidades públicas del sistema de la Seguridad Social en la gestión de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ven ampliado de nuevo su ámbito de actuación ya que, además de la gestión de las contingencias profesionales, pueden llevar a cabo la gestión de la IT ²¹⁴ derivada de contingencias comunes, así como de las prestaciones de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia ²¹⁵.

6. La protección de la maternidad.

La Seguridad Social *ha tratado* la protección de la maternidad desde la óptica de la mujer trabajadora, por lo que, además de las cuestiones sanitarias, ha puesto el acento en las prestaciones económicas motivadas por la suspensión del contrato de trabajo a causa de la maternidad y, en una fase posterior, en los casos de riesgo durante el embarazo y ahora de riesgo durante la lactancia, configurando estas tres situaciones –el embarazo, la maternidad y la lactancia– como contingencias propias y separadas de la enfermedad ²¹⁶.

²¹⁴ Desde 1995, conforme a lo establecido en la disposición adicional undécimo LGSS, así como en la Leyes 13/1996 y 66/1997, ambas de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

²¹⁵ De acuerdo con lo establecido en los artículos 135.4 y 135 ter de la LGSS (en la redacción dada por la disp. adic. decimotercera de la LGSS). Además, ha de tenerse en cuenta la gestión de las Mutuas, en su actuación de la prevención de riesgos laborales, a través de las Sociedades de Prevención, en los términos regulados en el Real Decreto 688/2005, de 10 de junio. Un análisis de esta norma en LOZANO LARES, F.: «La funcionalidad preventiva de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales». *Temas Laborales*. N.º 87/2006 y MERCADER UGUINA, J.R. y PUEBLA PINILLA, A. DE LA: «Nuevas fórmulas para la revitalización de la prevención de riesgos laborales (segregación de los servicios de prevención ajenos de las mutuas y apoyo de los funcionarios técnicos a la labor de la inspección de trabajo)». *La Ley*. N.º 18. *Relaciones Laborales*. Septiembre. 2005.

²¹⁶ Hasta la reforma de 1994, la maternidad, en el ámbito de la protección dispensada por la Seguridad Social, se incardinaba dentro de la entonces incapacidad laboral transitoria. Va a ser la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (mediante la inclusión en la LGSS de un nuevo Capítulo –el IV. bis, del Título II–) la que establezca una nueva contingencia de la Seguridad Social, la de maternidad.

Pero, además, la maternidad y sus consecuencias colocan a la mujer en un plano de dificultad para la realización de sus cometidos laborales, de ahí que también se haya venido insistiendo en la necesidad de adoptar medidas que posibiliten la conciliación de esas responsabilidades familiares, pero ya en una perspectiva de igualdad de género, con las propias de la actividad laboral, objetivo en el que sin duda han jugado un papel esencial determinadas iniciativas internacionales²¹⁷ y comunitarias²¹⁸. Dentro de estas últimas, son de especial importancia las Directivas del Consejo 92/85, sobre protección de la maternidad²¹⁹, y 96/34/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, así como previamente la Directiva 76/207 o la Recomendación del Consejo 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer²²⁰.

Para la consecución de los objetivos indicados, la LCVF²²¹ introdujo todo un cúmulo de modificaciones normativas, que, pudiendo englobarse dentro de las denominadas acciones «*afirmativas o positivas*», se dirigían a la consecución del objetivo en la aplicación del principio de igualdad real entre hombres y mujeres, afectando al ámbito laboral y al de la protección social, mediante la trasposición de normas comunitarias, e incidiendo en la acción protectora, como, en menor medida, en la esfera de la cotización social. En la misma dirección la LOI efectúa una profundización de los objetivos de protección de la mujer trabajadora, de modo que mejora los supuestos de suspensión del contrato o de la

²¹⁷ La conveniencia, 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.

²¹⁸ La necesidad de conciliar la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras en España se pone de manifiesto en el informe «*Care in Europe*», elaborado por un grupo de expertos, dirigidos por F. BATTIO y S. PRECHAL, para la Comisión Europea. De dicho informe se deduce 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, en el que existen menos servicios sociales para la atención institucional y domiciliaria de estas personas y es, asimismo, el sistema de protección social el menos sensible a la protección de la familia. Todo ello explica la tasa de actividad relativamente baja de las personas con responsabilidades familiares y «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.* RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras». *Relaciones Laborales*. N.º 17. Septiembre. 1999. Pág. 4.

²¹⁹ Desde esta vertiente, la Directiva 92/85/CEE reconoce a la trabajadora, en tanto dure el permiso de maternidad, su derecho a mantener su remuneración o a obtener una prestación de Seguridad Social adecuada, si bien estableciendo la obligación de que la misma ha de ser, como mínimo, la que se recibiría en caso de cese temporal en la actividad, a causa de pérdida de la salud.

²²⁰ Dentro de las iniciativas comunitarias, cabe destacar la aprobación, con fecha de 29 de junio de 2000, de la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, así como las Conclusiones del Consejo (Empleo y Política Social), de 27 de noviembre de 2000, sobre la puesta en práctica por los Estados miembros de la Unión del programa de acción sobre la conciliación de la vida profesional y familiar. Asimismo, para una visión de las estrategias seguidas en diferentes países europeos sobre la conciliación de la vida familiar y laboral, en especial en las pequeñas empresas, *vid.* el estudio de la Comisión Europea: *Conciliación de la vida familiar y laboral en las pequeñas empresas. Los modelos y las estrategias en Italia, España, Francia y Alemania*. Bruselas. Diciembre. 2000.

Los documentos señalados en esta nota pueden encontrarse en la web de la Unión Europea (europa.eu.int).

²²¹ Sobre la LCVF *vid.* las obras reflejadas en la nota n.º 168.

actividad –en especial en los casos de acogimiento de menores–, amplía la duración de aquel, flexibiliza los requisitos de acceso a la correspondiente prestación de Seguridad Social o incorpora manifestaciones protectoras de carácter asistencial o no contributivo ²²².

6.1. La suspensión del contrato de trabajo en razón de la maternidad.

En la LOI se ha incorporado todo un conjunto de medidas que tienden a flexibilizar y «racionalizar» ²²³ la suspensión del contrato en razón de la maternidad (con sus consecuencias respecto de la prestación de la Seguridad Social ²²⁴) con el objetivo básico de una mejor protección del recién nacido y de fomentar que el otro progenitor ²²⁵ participe en el cuidado del hijo, con la misma extensión y condiciones que los contemplados en los supuestos de adopción, finalidades que ya habían encontrado cierto eco en la vía administrativa ²²⁶.

En el ámbito laboral, las modificaciones más significativas ²²⁷ son las siguientes ²²⁸:

- ²²² El apartado 7 del artículo 14 incorpora, dentro de los criterios generales de actuación de los poderes públicos, la protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, el parto y la lactancia.
- ²²³ Así se califica en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRATAS, P.: «El permiso y la prestación de maternidad en la futura Ley de Igualdad». *Actualidad Laboral*. N.º 2. Enero. 2007.
- ²²⁴ La regulación que se expone respecto del personal laboral es aplicable de igual modo al ámbito de la función pública (en virtud de lo establecido en el apdo. trece de la disp. adic. decimonovena de la LOI, que modifica el art. 30 de la LMRFP).
- ²²⁵ La Ley 13/2005, de modificación del matrimonio, obliga a adecuar la terminología, sustituyendo los términos padre y madre (válidos para uniones familiares heterosexuales) por los de «progenitores» acepción que engloba una mayor gama de posibilidades convivenciales.
- ²²⁶ Como es el caso de la Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de 21 de abril de 2004. Un análisis de la misma en GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «Nuevos aires interpretativos en torno a la consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social de la paternidad: caracterización del padre como beneficiario originario de la prestación por maternidad (biológica) en el supuesto del fallecimiento de la madre y desvinculación de la previa condición laboral o no de aquella (A propósito de la Resolución de la Secretaría del Estado de la Seguridad Social, de 21 de abril de 2004)». *Tribuna Social*. N.º 162. 2004.
- ²²⁷ A través del apartado 1 d) del artículo 45 y apartado 4 del artículo 48, ambos del ET, en la redacción que incorporan, respectivamente, los apartados siete y diez de la disposición adicional undécima de la LOI. Conforme a lo previsto en el apartado 1 de la disposición transitoria séptima de la LOI, las modificaciones incorporadas por la misma en materia de suspensión del contrato de trabajo por maternidad (tanto en lo que se refiere a los ámbitos laborales, como en lo que respecta a la prestación de la Seguridad Social) son de aplicación únicamente a los nacimientos, adopciones o acogimientos que se produzcan, por la causa indicada, a partir del día de 24 marzo de 2007 (día de la entrada en vigor de la LOI, conforme a la disp. final octava de aquella). Esta limitación no opera, por el contrario, respecto de la función pública, ya que de acuerdo con la disposición transitoria sexta de la LOI los preceptos de la LMRFP, en lo que se refiere a los permisos contemplados en la misma –entre los que se encuentran las modificaciones pertinentes a la maternidad y a la paternidad– tienen carácter retroactivo a los hechos causantes originados y vigentes a 1 de enero de 2006, en el ámbito de la Administración General del Estado.
- ²²⁸ El artículo 132 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas (en la redacción dada por el apdo. tres de la disp. adic. vigésima de la LOI) prevé que, en los casos de parto o adopción, se tiene derecho a los correspondientes permisos de la madre y el padre, de conformidad con la legislación vigente para el personal al servicio de las Administraciones Públicas, indicando, de forma expresa, que la aplicación de los mismos «... no supondrá pérdida del destino». Una regulación similar se extiende a los componentes del Cuerpo de la Guardia Civil, en función de lo previsto en el artículo 75 de la Ley 42/1999 (en la redacción dada por la disp. adic. vigesimaprimer de la LOI).

a) Aunque se mantienen los supuestos de adopción²²⁹ o acogimiento de menor de seis años²³⁰ (o de una persona mayor de dicha edad en determinados supuestos²³¹) se procede a la ampliación de los supuestos que dan lugar a la suspensión en los supuestos de acogimiento. Si hasta ahora, únicamente se tenían en cuenta los acogimientos de menores en los casos de acogimientos familiares, en las modalidades de preadoptivos y permanentes, en la nueva legislación se amplían a los preadoptivos provisionales²³² y además a los simples, siempre que, en este caso, tengan una duración mínima de un año²³³. Se trata, en consecuencia, de hacer primar el bien jurídico protegido –el menor acogido– sobre otras consideraciones, ampliando el cauce protector que ya había surgido en la vía administrativa, a través de criterios administrativos²³⁴ y jurisdiccionales²³⁵.

Por todo ello, dan lugar al derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad:

- El nacimiento de un hijo.
- La adopción de un menor de seis años²³⁶.
- El acogimiento de un menor de seis años²³⁷, cualquiera que sea la modalidad de acogimiento familiar –preadoptivo, permanente o simple, aunque tengan el carácter de

²²⁹ En el caso de adopción internacional, el correspondiente período de suspensión del contrato de trabajo (que, por lo general, se inicia a partir de la resolución judicial que constituya la adopción) o el permiso en el ámbito de la función pública, puede iniciarse hasta cuatro semanas antes de la fecha de la citada resolución.

Además, en el ámbito de la función pública y en los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el funcionario tiene derecho a disfrutar de un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante ese período las retribuciones básicas.

²³⁰ En el ámbito de la función pública, el permiso por maternidad, en los casos de adopción o acogimientos, no están limitados a la edad del adoptado o acogido, ya que se tiene derecho al mismo «... cualquiera que sea la edad que tenga el menor» (*vid.* el contenido del art. 30.3 de la LMRFP, en la redacción que incorpora el apdo. trece de la disp. adic. decimonovena de la LOI).

²³¹ Mayores de seis años –pero menores de edad– cuando se trata de personas con discapacidad o que, por sus circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

²³² Conforme al apartado 3.º, segundo párrafo, del artículo 173 bis del Código Civil la entidad pública puede formalizar un acogimiento familiar preadoptivo, cuando considere necesario o conveniente el establecimiento de un período de adaptación del menor, período que deberá ser lo más breve posible y, en todo caso, no superior del plazo de un año.

²³³ El artículo 173 bis 1.º del Código Civil delimita el acogimiento familiar simple como aquel que tiene un carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción del mismo en su propia familia, bien en tanto se adopte otra medida de protección que revista un carácter más estable.

²³⁴ Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de 8 de enero de 2002.

²³⁵ *Id.*, sobre el tema, GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*. CES. Madrid. 2004.

²³⁶ O de más edad, siempre que sea menor de edad, en el ámbito de la función pública.

²³⁷ Véase nota 236.

provisional ²³⁸–, si bien respecto de los acogimientos simples se requiere que los mismos tengan una duración mínima de un año.

- En los casos de adopción o acogimiento se puede ampliar la edad del adoptado o el acogido, siempre que sean menores de edad, cuando se trate de discapacitados o que, por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, los mismos tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.
- b) Se amplía el período de suspensión del contrato de trabajo (y, por extensión, el de la prestación de la Seguridad Social) en los supuestos de discapacidad del nacido o de la persona menor adoptada o acogida. Si, con carácter general, el período de suspensión es de 16 semanas (ampliables, en los casos de nacimiento, adopción o acogimiento múltiples, en dos semanas adicionales por cada hijo nacido o adoptado o persona menor acogida) con la nueva regulación la suspensión del contrato se amplía en otras dos semanas, en los casos de discapacidad del nacido o del menor adoptado o acogido. Si ambos progenitores trabajan, el período adicional se distribuye a opción de los interesados, que pueden disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, aunque siempre de manera ininterrumpida.
- c) Asimismo, se amplía el derecho a la suspensión del contrato de trabajo del padre (o del otro progenitor) en caso de fallecimiento de la madre, ya que en tales supuestos –y siguiendo el criterio de la Resolución de 21 de abril de 2004– y con independencia de que la madre trabajase o no, el otro progenitor puede hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto.
- d) A su vez, se produce una ampliación de la cobertura protectora en caso del fallecimiento del hijo, ya que en tales supuestos el período de suspensión no se ve reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicite reincorporarse a su puesto de trabajo ²³⁹. Con la nueva regulación se modifica la anterior (art. 7 del RDMAT) en el sentido de que, en caso de fallecimiento del hijo, la madre tenía derecho al descanso por los días que faltasen para completar el período obligatorio.
- e) Frente a la limitación anterior respecto de las opciones del padre (o el otro progenitor) en orden a tomar una parte del período de descanso, consistente en que la opción realizada no tenía efecto en los casos en que, al producir sus efectos aquella, la madre no pudiese acu-

²³⁸ El carácter provisional de los acogimientos, a efectos de la suspensión de actividad, no aparece recogido de forma expresa en el ámbito de la función pública [de acuerdo con la nueva redacción del art. 30.3 de la LMRFP (en la redacción dada por el apdo. trece de la disp. adic. decimonovena de la LOI)].

²³⁹ Vid. LÓPEZ ANIORTE, M.C.: «Análisis crítico del régimen jurídico de la suspensión contractual por nacimiento de hijo». *Revista de Derecho Social*. N.º 13. 2001.

dir al trabajo por encontrarse en situación de IT (limitación criticada por la doctrina ²⁴⁰) en la nueva regulación se prevé que el padre (o el otro progenitor) pueda seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo esta se encuentre en situación de IT. Con esta nueva regulación, se atiende de manera clara al interés del hijo, más que consideraciones de otra naturaleza *basadas en soluciones de frío tecnicismo jurídico* ²⁴¹.

- f) Teniendo en cuenta una de las premisas del permiso de maternidad –el cuidado del nacido, adoptado o acogido– y frente a la limitación anterior consistente en que el padre solo podía generar derecho a la suspensión del contrato de trabajo, en los casos en que la madre tuviese previamente ese derecho, optando por «ceder» una parte del mismo, con la nueva redacción del artículo 48.4, si la madre no tuviese derecho a suspender la actividad profesional con derecho a prestaciones –conforme a las normas que configuren la correspondiente actividad– el otro progenitor tiene derecho a suspender el contrato por el período que hubiese correspondido a la madre, derecho que, además, resulta compatible con la suspensión por paternidad.
- g) Se produce una modificación sustancial en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto. Hasta ahora, en los casos señalados, el período de suspensión se computaba a instancia de la madre o, en su defecto, del padre o del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria, excluyéndose de dicho cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre. En el período intermedio, en que se reanudaba el trabajo, la madre o el otro progenitor podían hacer uso de las modalidades de reducción de jornada previstas en el artículo 37.4 bis del ET, es decir, podían ausentarse una hora diaria del trabajo, con mantenimiento de los derechos económicos o, alternativamente, reducir la jornada hasta un máximo de dos horas al día, con la disminución proporcional de las retribuciones ²⁴².

Tras la LOI, se amplían las posibilidades de suspensión del contrato de trabajo al añadirse otro supuesto, consistente en la ampliación del período de suspensión (en los casos en que la hospitalización del nacido lo sea por un período superior a siete días) en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, si bien se supedita esta ampliación a los términos que reglamentariamente se establezcan.

²⁴⁰ La doctrina ya denunció (*Vid.* LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, F.J.: «Las recientes reformas de la legislación social sobre la mujer y sobre la prestación de desempleo». *Revista de Treball*. N.º 14. 1990. Pág. 33) la incoherencia de la regulación que impedía el disfrute paterno de la prestación de maternidad, cuando por razones sanitarias la madre no podía atender al cuidado del hijo. El mantenimiento de esta regulación parece dar a entender que el *cuidado del hijo se sigue contemplando como una responsabilidad prioritaria y casi exclusivamente femenina, que le obliga a asumir situaciones casi heroicas, no solo a costa de sus condiciones laborales, sino incluso de su propia salud.* (*Vid.* BALLESTER PASTOR, M.A.: «La Ley 39/1999, de conciliación...», *op. cit.*, pág. 25). Para esta autora late en la norma la desconfianza de que la excusa de la maternidad sirva para que, bajo la forma de IT *materna* y prestación de maternidad *paterna*, se duplique la prestación de Seguridad Social por un mismo hecho causante.

²⁴¹ NÚÑEZ CORTÉS-CONTRERAS: «El permiso y la prestación...» *op. cit.*, pág. 161

²⁴² Con la obligación de efectuar un preaviso al empresario con 15 días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.6 del ET.

En consecuencia, ante los casos de nacimientos prematuros y en los supuestos de nacidos que deban permanecer hospitalizados después del parto, se producen las siguientes alternativas de actuación para la madre o para el otro progenitor:

- Las seis semanas inmediatamente después del parto son de obligado descanso para la madre, por lo que ha de interrumpir la actividad laboral durante la misma.
- Una vez agotado el período de seis semanas postparto y siguiendo hospitalizado el menor, respecto del período de suspensión restante (si es que existiera ²⁴³), caben varias posibilidades:
 - Reincorporarse la madre (o el otro progenitor) a la actividad, pudiendo ausentarse una hora al día (manteniendo la retribución) o reduciendo la jornada de trabajo hasta dos horas al día, con la minoración proporcional de los salarios. Una vez que el menor ha salido de la institución clínica, la madre –o el otro progenitor– puede suspender la actividad por el tiempo que reste.
 - Suspender la actividad laboral por el tiempo que reste de las 16 semanas, período de suspensión al que se añadirán –siempre que el menor esté hospitalizado más de siete días a contar después del parto– tantos días como el menor esté hospitalizado, con una duración máxima de trece semanas ²⁴⁴. Si agotado este período, el menor continuara hospitalizado, se abrirían de nuevo las posibilidades de ausencia del trabajo o la reducción de la jornada, en los términos contemplados en el artículo 37.4 bis del ET.
- h) Asimismo, se mantienen las reglas de distribución de la suspensión entre ambos progenitores ²⁴⁵ (con la prevención de que la suma de ambos no puede exceder de las 16 semanas –o del período que corresponda–) así como la posibilidad de que el período de suspensión (con la limitación de las seis semanas postparto en caso de la madre) pueda ser disfrutado en régimen de parcialidad, si bien se precisa el acuerdo previo entre los empresarios y los trabajadores, en los términos reglamentariamente establecidos ²⁴⁶.
- i) En la regulación de la LCVF se produjo una ausencia importante respecto de la aplicación a las trabajadoras que se encuentren en situación de suspensión del contrato de trabajo en razón de la maternidad, de las ventajas retributivas o laborales que hubieran correspondido de no haberse producido tal suceso, ausencia que era más llamativa si se tiene en cuenta que

²⁴³ El período de suspensión de la actividad laboral –así como la prestación económica de la Seguridad Social– puede iniciarse en una fecha anterior al parto, pero siempre que, al menos, seis semanas lo sean tras el parto.

²⁴⁴ Es decir, que en estos casos el período de suspensión tendría una duración máxima de 29 semanas (salvo que existan otras circunstancias personales que ampliarían este período –por ejemplo, la discapacidad del menor; tratarse de una parto múltiple, etc.).

²⁴⁵ En caso de maternidad biológica y en el supuesto de que ambos progenitores trabajen, la madre –al inicio de la suspensión y con la salvedad de las seis semanas postparto de disfrute en exclusiva para ella– puede optar porque el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de suspensión posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. Asimismo, en los casos de adopción o acogimiento, el período de suspensión que corresponda (en función del número de adoptados o acogidos y sus circunstancias personales) se distribuye a opción de los interesados, que pueden disfrutarlos de forma simultánea o sucesiva, pero siempre con período ininterrumpido.

²⁴⁶ Disposición adicional primera del RDMAT.

tal regulación se encuentra recogida en la normativa comunitaria, y responde a una doctrina consolidada de la jurisprudencia comunitaria ²⁴⁷ que prevé que el disfrute del permiso de maternidad no pueda implicar un trato desfavorable para la trabajadora en sus condiciones de trabajo, de modo que la trabajadora no puede ser privada de sus derechos de promoción profesional ²⁴⁸; el tiempo del permiso ha de ser computado como tiempo de servicios prestados, siendo el trato contrario discriminatorio ²⁴⁹; o, por último, que la trabajadora ha de percibir, durante el tiempo de descanso de maternidad, los aumentos salariales que hubiesen tenido lugar entre el inicio del descanso y el final del mismo, en igualdad de condiciones que otros trabajadores que estuviesen prestando servicios ²⁵⁰, previsiones que no fueron incorporadas al ordenamiento interno.

Para acomodar la legislación interna a tales principios, la nueva redacción del artículo 48.4 del ET ²⁵¹ prevé que el trabajador que tenga suspendido el contrato por maternidad se ha de beneficiar de cualquier mejora de las condiciones de trabajo a las que hubiera podido tener derecho durante la suspensión ²⁵² (regla que se extiende, de igual modo, a los casos de suspensión del contrato de trabajo en razón de la paternidad y en los de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia) ²⁵³.

6.2. Las modificaciones respecto de la prestación económica de la Seguridad Social por maternidad.

Las modificaciones incorporadas en el ámbito laboral tienen su traslación en la prestación económica de la Seguridad Social por maternidad, en cuyo ordenamiento específico se han incluido otras alteraciones con la finalidad de mejorar la protección y, especialmente, flexibilizar los requisi-

²⁴⁷ STJCE de 30 de abril de 1998, Caso *Boyle*.

²⁴⁸ Sobre un caso similar, *vid.* la STJCE de 16 de febrero de 2006 (resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 30 de Madrid) sobre igualdad de condiciones de acceso a la función pública por parte de una trabajadora que se encontraba en situación de maternidad, reconociéndole los mismos derechos que a otros aspirantes aprobados en el procedimiento de selección, y vedando por discriminatorio el aplazamiento de la toma de posesión hasta el término del permiso de maternidad.

²⁴⁹ Caso *Gillespie*.

²⁵⁰ STJCE de 30 de marzo de 2004.

²⁵¹ El apartado diez de la disposición adicional undécima de la LOI incorpora un último párrafo en el apartado 4 del artículo 48 del ET.

²⁵² En el ámbito de la función pública, el artículo 30.3 de la LMRFP (en la redacción incorporada por el apdo. trece de la disp. adic. decimonovena de la LOI) mantiene un derecho similar al señalar que en los casos de permiso por maternidad, el tiempo transcurrido se computa como de servicio efectivo a todos los efectos, con garantía de la plenitud de derechos económicos del funcionario y, en su caso, del padre, durante todo el período de duración del permiso, así como de los períodos posteriores al disfrute de este, si, de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del período de disfrute del permiso.

²⁵³ En el mismo sentido, dentro de las medidas de igualdad de empleo para la Administración General del Estado se prevé –art. 58 de la LOI– que el tiempo de disfrute de los permisos para proteger la maternidad y la conciliación de la vida familiar y laboral se computan a los efectos de valoración del trabajo desarrollado y de los correspondientes méritos para la provisión de puestos de trabajo.

A su vez, en lo que se refiere a las personas pertenecientes al Cuerpo de la Guardia Civil, el artículo 60.6.º de la ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil (en la redacción dada por el apdo. dos de la disp. adic. vigesimacuarta de la LOI) prevé que a las mujeres se les ha de dar una especial protección en las situaciones de embarazo, parto y postparto para cumplir las condiciones para el ascenso a todos los empleos del Cuerpo de la Guardia Civil.

tos de acceso a la cobertura protectora, aunque tal vez la novedad más importante sea el establecimiento de una prestación de naturaleza asistencial, en favor de quienes, generalmente por no acreditar el período de cotización, no pueden acceder a la prestación contributiva.

6.2.1. Modificaciones en el «supuesto general» de la prestación por maternidad.

Las modificaciones incorporadas, respecto de la prestación contributiva de la Seguridad Social por maternidad, son las siguientes:

- a) Siguiendo la regulación anterior, se mantiene la obligación de cotizar a la Seguridad Social en los casos de suspensión del contrato de trabajo ²⁵⁴. A tal efecto, la disposición adicional decimoquinta de la LOI ²⁵⁵ mantiene la bonificación del 100% de las cotizaciones empresariales (incluidas las correspondientes a las contingencias profesionales) en los contratos de interinidad, suscritos con desempleados, para la sustitución de trabajadoras y trabajadores que tengan suspendido su contrato de trabajo durante los períodos de descanso por maternidad, bonificación que se extiende a la contratación de desempleados para sustituir a trabajadores autónomos, socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, que hayan suspendido su actividad durante los períodos de descanso por maternidad.

Asimismo, se mantienen las bonificaciones de las aportaciones empresariales, reguladas en la disposición adicional 2.^a de la Ley 12/2001, de 9 de julio ²⁵⁶, correspondientes a los propios trabajadores, extensibles a los socios trabajadores o socios de trabajo de las cooperativas, así como –y esta es la novedad– a los trabajadores por cuenta propia, sustituidos durante los períodos de descanso por maternidad. Estas aportaciones alcanzan también el 100% de tales aportaciones (incluidas las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) ²⁵⁷.

- b) Se amplían las situaciones de protección, que coinciden con las que originan la suspensión del contrato de trabajo, si bien los mismos no son únicamente predicables de los trabajadores por cuenta ajena, sino que la protección se extiende a los trabajadores por cuenta propia, conforme a las previsiones de la disposición adicional undécima bis de la LGSS ²⁵⁸, con la novedad de que también estos últimos puedan percibir la correspondiente prestación económica, en régimen de jornada parcial, si bien se difiere su disfrute a los requisitos y términos que se establezcan reglamentariamente ²⁵⁹.

²⁵⁴ Sin perjuicio de que no exista la obligación de ingreso de las cotizaciones, en los casos de bonificaciones de cotizaciones por maternidad, en los supuestos previstos en el Real Decreto-Ley 11/1998 y en la Ley 12/2001 (disposiciones legales que son objeto de nueva redacción por las disp. adic. decimoquinta y decimosexta de la LOI, a fin de extender determinados beneficios a los casos de permiso por paternidad y riesgo durante la lactancia).

²⁵⁵ A través de la redacción del artículo 1 del Real Decreto-Ley 11/998, de 4 de septiembre.

²⁵⁶ De medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. Su disposición adicional segunda es objeto de nueva redacción por la disposición adicional decimosexta de la LOI.

²⁵⁷ Esta bonificación únicamente es de aplicación mientras coincidan, en el tiempo, la suspensión de contrato o de la actividad y el contrato de interinidad del sustituto. En el caso de que el trabajador no agote el período de descanso, las bonificaciones se extinguirán en el momento de la incorporación al trabajo.

²⁵⁸ Disposición que es objeto de nueva redacción por el apartado veintiuno de la disposición adicional decimoctava de la LOI.

²⁵⁹ Apartado dos de la disposición adicional undécima bis de la LGSS (en la redacción dada por el apdo. veintiuno de la disp. adic. decimoctava de la LOI).

c) Una de las mejoras de la regulación de la prestación económica de la Seguridad Social por maternidad consiste en la modificación del período de cotización previo exigible, en los términos siguientes:

- Se reduce el período de cotización que, frente a un período fijo de 180 días dentro de los 5 años anteriores al inicio de la suspensión, pasa a tener una cuantía variable en función de la edad de la madre o del otro progenitor ²⁶⁰, los adoptantes o las personas que acogen, del modo siguiente ²⁶¹:

Edad del beneficiario	Período de cotización (días)
Menos de 21 años	0
Entre 21 y 26 años	90 ²⁶²
Más de 26 años	180 ²⁶³

- El período de cotización ²⁶⁴ exigible en cada caso, que ha de estar comprendido dentro de los siete años anteriores al inicio del descanso (o en toda la vida laboral de la persona interesada, según los casos), se computa a partir de la fecha del parto o de la decisión administrativa o judicial por la que se constituya el acogimiento o la adopción.
- Respecto de la exigencia de la edad, el artículo 133 ter.2 de la LGSS efectúa dos precisiones adicionales: de una parte, para el supuesto de maternidad biológica y con aplicación exclusiva para la madre, la edad a considerar es la que tenga la interesada en el momento de inicio del descanso, si bien se tiene en cuenta la edad en el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda ²⁶⁵; a su vez, en los casos de adopción internacional, la edad señalada a considerar es la que tenga cumplida la persona interesada en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento de la resolución a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.

²⁶⁰ En el texto aprobado por el Congreso, la variabilidad del período de cotización en función de la edad del beneficiario únicamente se predicaba de la madre, lo cual podía no acomodarse en su plenitud al principio de un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, que proclama el artículo 44 de la LOI.

²⁶¹ A fin de acreditar los períodos de carencia, tanto en los casos de la regla general, como en las particulares exigidas en caso de maternidad a la madre, en los supuestos de trabajadores contratados a tiempo parcial el número de horas trabajadas se divide por cinco, equivalente diario al cómputo del 1.826 horas anuales (de acuerdo con la disp. adic. séptima de la LGSS en la redacción dada por el apdo. diecinueve de la disp. adic. decimoctava de la LOI).

²⁶² O 180 días cotizados a lo largo de la vida laboral.

²⁶³ O 360 días cotizados a lo largo de la vida laboral.

²⁶⁴ A los efectos de la acreditación de los períodos de cotización son computables los denominados «días cuota».

²⁶⁵ Dado que, conforme a la normativa vigente, la suspensión del contrato de trabajo puede iniciarse 10 semanas antes de la fecha probable del parto, podría darse el caso de que se hubiese dictado resolución estimatoria de la prestación solicitada, teniendo en cuenta la edad de la madre en la fecha de inicio de la suspensión y computando la cotización realizada y probable hasta el momento del parto pero que, por haberse adelantado el parto, en ese momento no se hubiese completado realmente el período de cotización exigido.

Parece que, de darse una circunstancia como la señalada, no procedería el reintegro de las prestaciones que se hubiesen percibido y, además, por el período postparto siempre cabría la posibilidad de que la madre pudiese percibir la prestación asistencial que se comenta en el apartado 6.2.3.

- d) Se mantiene la regulación respecto a la cuantía de la prestación económica (art. 133 quater de la LGSS) que sigue siendo del 100% de la base reguladora (equivalente a la base de cotización del mes anterior al pase a la situación de maternidad)²⁶⁶, así como los supuestos de pérdida o suspensión del derecho al subsidio por maternidad²⁶⁷.
- e) En el supuesto de trabajadores por cuenta propia (así como de trabajadores por cuenta ajena que sean responsables del ingreso de las cotizaciones²⁶⁸) es requisito imprescindible para el reconocimiento y el abono de la prestación que los mismos se hallen al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social²⁶⁹, si bien, ante la existencia de deuda, la Entidad Gestora ha de invitar al interesado para que se ponga al corriente de las mismas²⁷⁰.

6.2.2. La ligazón entre las prestaciones de maternidad y el desempleo.

Otra de las medidas que, en el ámbito de la maternidad, recoge la LOI se dirige a la corrección de las consecuencias negativas que pueden tener las situaciones de maternidad producidas durante el desempleo contributivo o aquellas originadas previamente a la extinción del contrato de trabajo y el pase a la situación legal de desempleo.

La regulación anterior de la situación de maternidad producida durante el percibo de la prestación contributiva por desempleo tenía un contenido restrictivo, ya que reducía el período de prestación de desempleo, que se consumía con el período de maternidad; a su vez, si durante el disfrute del descanso por maternidad se extinguía el contrato de trabajo, la interesada se mantenía en la prestación de maternidad, si bien desaparece la obligación de cotizar, desde el momento de la extinción del contrato de trabajo, originándose una laguna de cotización que podía tener efectos negativos en el reconocimiento y cálculo de futuras prestaciones de la Seguridad Social de los interesados.

Para corregir estas situaciones –que no eran las más adecuadas en el marco de la garantía del bien social de la maternidad– la LOI²⁷¹ modifica el contenido de los artículos 124 y 222 de la LGSS, de modo que la concatenación entre las prestaciones de maternidad²⁷² y de desempleo pasa a desarrollarse del modo siguiente:

²⁶⁶ No obstante, en los casos de trabajadores contratados a tiempo parcial, la base reguladora diaria es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas el año anterior al inicio del descanso entre 365 (de acuerdo con la disposición adicional séptima de la LGSS en la redacción dada por el apdo. diecinueve de la disp. adic. decimoctava de la LOI).

²⁶⁷ En base a las previsiones del artículo 133 quinquies de la LGSS el derecho al subsidio por maternidad puede ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabaja por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso.

²⁶⁸ Por ejemplo, representantes de comercio y, al menos en lo que se refiere a las aportaciones correspondientes al trabajador, artistas o profesionales taurinos.

²⁶⁹ Apartado 3 de la disposición adicional undécima bis de la LGSS (en la redacción dada por el apdo. veintiuno de la disp. adic. decimoctava de la LGSS).

²⁷⁰ De acuerdo con las previsiones de la disposición adicional trigésima novena de la LGSS. *Vid.* nota 199.

²⁷¹ Apartado quince de la disposición adicional decimoctava.

²⁷² Regulación que se extiende a la nueva prestación por paternidad que se analiza en el apartado 7 siguiente.

- a) Se mantiene la regulación actual, en los supuestos en que el trabajador se encuentre en situación de maternidad y durante la misma se extinga el contrato de trabajo. En tal caso, la interesada sigue percibiendo la prestación de maternidad hasta que se extinga la misma, pasando entonces a la situación legal de desempleo (siempre que la extinción de la relación laboral se haya producido por las causas previstas en el art. 208 de la LGSS), y a percibir –si reúne los requisitos necesarios– la prestación por desempleo.
- b) Como se ha indicado previamente, en los casos de extinción del contrato de trabajo, encontrándose la interesada en la suspensión de maternidad, aunque se mantiene la misma hasta su extinción, desaparece la obligación de cotizar, con las consecuencias en los futuros derechos a prestaciones²⁷³. Para evitar este efecto, se introduce un apartado 6 en el artículo 124 de la LGSS²⁷⁴, previendo que el período de descanso por maternidad, que subsista tras la extinción del contrato de trabajo, se considera efectivamente cotizado a efectos de las pensiones y de las prestaciones económicas por maternidad y por paternidad²⁷⁵. Se trata de una medida de similar calado a las introducidas en 1990 y 2003 en el ámbito de las prestaciones familiares respecto de los períodos de excedencia por cuidado de hijos o familiares y, más recientemente, en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, respecto de los períodos de suspensión del contrato de trabajo a causa de la violencia de género.
- c) Cuando el trabajador está percibiendo la prestación por desempleo y pasa a la situación por maternidad, se le suspende el percibo de la prestación por desempleo (y la cotización a la Seguridad Social) pasando a percibir la prestación por maternidad, gestionada directamente por la correspondiente Entidad Gestora²⁷⁶. En tal caso –y esta es la novedad– se interrumpe el cómputo del período de desempleo contributivo; una vez extinguida la prestación por maternidad, se reanuda el percibo de la prestación por desempleo por la duración que restaba en el momento de la interrupción por maternidad, sin deducción alguna como consecuencia del período de disfrute del subsidio por maternidad, que se convierte así en un paréntesis que no afecta negativamente al derecho al desempleo²⁷⁷.

²⁷³ Esa circunstancia no ocurre en el caso de IT previa al desempleo, pues entre la extinción del contrato y el alta médica está prevista la cotización por parte del Servicio Público de Empleo Estatal, lo que evita que existan lagunas, aunque esta «ventaja» se compensa con una reducción de la cuantía del subsidio y de la duración del posterior período de desempleo contributivo, lo que no se produce cuando se trata de maternidad.

Además, si un trabajador que pasa a desempleo después de ser alta médica, consigue un empleo antes de agotar el período que le reste de nivel contributivo, desaparece la laguna de cotización para futuras prestaciones, circunstancia que no acaece en el supuesto de maternidad, donde, inevitablemente, se crea dicha laguna, de manera que el disfrute de un derecho en aparentes mejores condiciones puede convertirse en un perjuicio para el día de mañana.

²⁷⁴ De acuerdo con el apartado cuatro de la disposición adicional decimoctava de la LOI.

²⁷⁵ En base a las previsiones del apartado 3 de la disposición transitoria séptima de la LOI, el cómputo de las cotizaciones a que se refiere el artículo 124.6 de la LGSS, únicamente es de aplicación a las prestaciones de Seguridad Social que se causen a partir del día 24 de marzo de 2007 (día de la entrada en vigor de la LOI, conforme a la disp. final octava de aquella).

²⁷⁶ Con mantenimiento de la cotización, a cargo de la gestora en los términos reflejados en el artículo 124.6 de la LGSS. La nueva regulación hace desaparecer la encomienda de gestión para el pago de la prestación por el SPEE –existente hasta hora– puesto que –conforme al nuevo redactado del art. 222.3 de la LGSS– la persona desempleada pasa a la situación de maternidad o de paternidad, suspendiéndose la prestación por desempleo y pasando a percibir la correspondiente prestación de la Seguridad Social por la Entidad Gestora correspondiente.

²⁷⁷ Vid. artículo 222 de la LGSS, en la redacción dada por los apartados 16 y 17 de la disposición adicional decimoctava de la LOI.

6.2.3. La prestación asistencial por maternidad.

La LOI establece una nueva prestación por maternidad, en favor de las trabajadoras que no acceden a la prestación contributiva o general. No se trata del establecimiento de una prestación universal que venga a proteger la maternidad, de modo que cualquier mujer que hubiese dado a luz, con independencia de su pertenencia a un régimen de Seguridad Social, tuviese derecho a la misma. Al contrario, se trata de una prestación ligada a la existencia de una actividad previa, por cuanto –art. 133 sexies de la LGSS– son beneficiarias de la misma las trabajadoras por cuenta ajena que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad, salvo el período de carencia, si bien la protección no se limita a las trabajadoras por cuenta ajena, sino que se extiende también a la totalidad de las trabajadoras por cuenta propia²⁷⁸ (conforme a las previsiones contenidas en la dis. adic. undécima bis de la LGSS)²⁷⁹.

La cuantía de la prestación es igual al 100% del IPREM vigente en cada momento²⁸⁰, salvo que la base reguladora calculada conforme al artículo 133 quater o a la disposición adicional séptima de la LGSS (es decir, la cuantía de la prestación contributiva que pudiera haber correspondido de haber accedido a la misma) fuese de cuantía inferior, en cuyo caso la cuantía es esta última²⁸¹, y tiene una duración de 42 días naturales a contar desde el parto (es decir, un período coincidente con el de descanso obligatorio por maternidad)²⁸².

²⁷⁸ Si bien su reconocimiento y abono queda supeditado a que las interesadas se encuentren al corriente de sus obligaciones para con la Seguridad Social, en los términos señalados en la nota n.º 199.

²⁷⁹ Si la prestación asistencial se hubiese limitado a las trabajadoras por cuenta ajena podría entenderse que la misma respondía a una especie de resarcimiento al daño realizado a una trabajadora a quien el ordenamiento jurídico impide la realización de una actividad. Efectivamente, de acuerdo con las limitaciones impuestas por el ET una trabajadora que ha dado a luz se ve obligada a suspender, de forma obligatoria, su actividad durante un período de seis semanas, con lo que pierde, a su vez y durante ese período, el salario. Como regla general, ese salario se ve sustituido por la prestación económica de la Seguridad Social, a la que puede no accederse por faltar el requisito de cotización previa. Con ello, se da la paradoja de que el ordenamiento jurídico –aunque con ánimo de protección de la trabajadora– obliga a suspender el trabajo, privándole del salario, sin ofrecerle una renta compensatoria. En tales casos, la prestación asistencial tendría un sentido indemnizatorio, que no puede extenderse a las trabajadoras por cuenta propia, ya que sobre estas no pesa la obligación de descanso (por más que sea necesario para el restablecimiento de la salud de la madre).

Toda vez que la protección asistencial por maternidad se amplía a todas las trabajadoras, ha de entenderse que en la misma priman las finalidades de protección y de potenciación de las medidas de conciliación de las obligaciones familiares y laborales, sobre las de carácter indemnizatorio.

²⁸⁰ Para el año 2007, la cuantía de la prestación será equivalente a 499,20 euros/mes.

En el proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes Generales, la cuantía de la prestación era equivalente al 80% del IPREM, es decir, la cuantía prevista para los subsidios asistenciales y no contributivos por desempleo, con lo que se reforzaba la naturaleza asistencial de la prestación. La cuantía reflejada finalmente en la Ley es el resultado de una enmienda presentada (por el Grupo socialista) en la tramitación del proyecto en el Congreso. Un análisis de las enmiendas presentadas en el Congreso, *vid.* Boletín Oficial del Congreso de 22 de noviembre de 2006.

²⁸¹ Hay que tener en cuenta que la prestación por maternidad viene a compensar la renta temporalmente perdida como consecuencia de la suspensión del contrato de trabajo, compensación que no puede llegar a tal extremo que sea mayor que el salario que se venía percibiendo antes del parto.

²⁸² Respecto de la aplicación de la prestación asistencial y el juego de la misma, en relación con el disfrute por parte del otro progenitor de la suspensión de la actividad y de la correspondiente prestación de la Seguridad Social, pueden darse dos supuestos:

- Que la madre esté realizando una actividad, por la que esté encuadrada en un régimen de Seguridad Social, que contemple la prestación por maternidad, a la que, en principio, la madre no puede acceder ya que no reúne el requisito del

Con independencia de la duración de la prestación asistencial, la interesada tiene derecho a suspender su actividad durante 16 semanas²⁸³, sin perjuicio de su derecho de reincorporarse a la actividad, una vez agotado el período de descanso obligatorio; en ese período en que esté suspendido el contrato, permanece la obligación de cotizar en los términos señalados²⁸⁴.

Asimismo, el artículo 133 septies de la LGSS indica que la prestación tendrá la consideración de prestación no contributiva a los efectos del artículo 86 de la LGSS, es decir, que los gastos ocasionados por esta prestación serán cubiertos por las aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social²⁸⁵.

Por último, son de aplicación a la prestación no contributiva o asistencial las causas de denegación, suspensión o anulación previstas en el caso de la prestación contributiva por maternidad²⁸⁶.

Dentro de las medidas asistenciales de protección de la maternidad, habría que situar el contenido de la nueva disposición adicional cuadragésima cuarta de la LGSS²⁸⁷ que está en línea con las establecidas desde décadas en otros países europeos²⁸⁸ consistente en considerar como período cotizado—a efectos de las futuras prestaciones de la Seguridad Social por jubilación e incapacidad permanente—un período de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más

período de cotización exigible. En este supuesto, la madre percibiría el subsidio asistencial de maternidad, pudiendo ceder el derecho a la suspensión del contrato a favor del otro progenitor y por el tiempo que restase. El otro progenitor percibiría la prestación (de reunir los requisitos exigidos) que sería calculada en función de la base de cotización.

- Que la madre ejerza una actividad, pero encuadrada en un mecanismo de protección social que no contemplase el derecho a prestaciones de maternidad. En este supuesto, el otro progenitor podría suspender el contrato de trabajo o la actividad, por el período de 16 semanas (o el que corresponda en función de las circunstancias del nacido o del número de nacidos) percibiendo durante dicho período la prestación económica en función de la base de cotización.

²⁸³ O el período que corresponda en función de las circunstancias del nacido o del número de los mismos.

²⁸⁴ Si bien en lo que se refiere a la denominada «cuota obrera» la Entidad Gestora descuenta de la trabajadora en función de la base mínima de cotización aplicable.

²⁸⁵ Aun valorando el establecimiento de la prestación asistencial como un paso más a favor de la protección de la maternidad, sin embargo parte de la doctrina entiende que la misma es de escaso calado en cuanto se limita a las seis semanas postparto, con lo que se atiende a uno de los fines de la protección (la salud de la madre) abandonando otro de tanta incidencia (el cuidado del menor) que queda además desatendido al no haber la opción de ceder al otro progenitor parte del período, de modo que aun atendiendo las situaciones de necesidad más acuciantes, sin embargo la protección parece basarse más en razones puramente biológicas de la maternidad/paternidad, *redireccionando lo que parecía un proceso irreversible de parentalidad objetiva y despojada de condicionamiento de género*. Vid. NÚÑEZ CORTÉS-CONTRERAS: «El permiso y la prestación...». op. cit., pág. 170.

²⁸⁶ Es decir, cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabaje por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso.

²⁸⁷ En la redacción dada por el apartado veintitrés de la disposición adicional decimotercera de la LOI.

²⁸⁸ El caso más significativo es el francés, en cuyo sistema se reconocen períodos de cotización a las mujeres en razón del nacimiento de hijos. Vid. MISSOC: «Sistema de información mutua de los sistemas de Seguridad Social de los países de la UE y del EEE. Situación a 1 de enero de 2006». La publicación se encuentra disponible en la página web de la Unión Europea (europa.eu.int).

De igual modo, en la reforma del sistema de pensiones, recientemente aprobada en Alemania, la maternidad se tiene en cuenta a la hora de acceder a la pensión de jubilación. Si, por ejemplo, para acceder a la pensión a los 65 años, sin reducción de su cuantía, se va a exigir la acreditación de un período de cotización de 45 años, este período se reduce en 10 por cada hijo nacido; de este modo, en el caso de una trabajadora que hubiese tenido 2 hijos, podrá jubilarse a los 65 años, acreditando 25 de cotización.

por cada hijo a partir del segundo, estos incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, en razón de la actividad desarrollada por la madre en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda ²⁸⁹.

7. La protección en los supuestos de paternidad.

En el objetivo de lograr una mayor participación de los padres en el cuidado de los menores, propiciando que la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales se alcanzase desde una perspectiva de igualdad de género, la Resolución europea del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, alienta a los Estados miembros a evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad, manteniendo al tiempo sus restantes derechos laborales y sociales, correspondiendo a los propios Estados determinar las formas en orden a la concesión de ese derecho.

De igual modo, el artículo 16 de la Directiva 2006/54 establece que corresponde a los Estados ²⁹⁰ reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción, si bien, cuando se reconozcan tales derechos, han de tomar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores –sean hombres o mujeres– del despido motivado por el ejercicio de los mismos y garantizar que, al término del permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiesen podido tener derecho durante su ausencia.

Para acomodar la legislación española a las orientaciones comunitarias, y con la finalidad de que la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se lleve a cabo en términos de responsabilidad, la LOI establece una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo ²⁹¹ –en razón de la paternidad– y, derivado de ello, incorpora en el marco de la acción protectora de la Seguri-

²⁸⁹ Conforme a lo previsto en el apartado 3 de la disposición transitoria séptima de la LOI, el cómputo de cotizaciones por nacimiento, contemplado en la disposición adicional cuadragésima tercera de la LGSS es de aplicación únicamente a las prestaciones que se causen a partir del día 24 de marzo de 2007 (día de la entrada en vigor de la LOI, conforme a la disp. final octava de aquella).

²⁹⁰ Y, en consecuencia, esas facultades y competencias no resultan afectadas por la Directiva 2006/54.

²⁹¹ Mediante la modificación del artículo 45 d) del ET (a través del apdo. siete de la disp. adic. undécima de la LOI) y la incorporación del artículo 48 bis del ET (mediante el apdo. once de dicha disposición adicional).

De igual modo y en el ámbito judicial, el apartado 6 del artículo 373 de la LOPJ (en la redacción dada por el apdo. trece de la disp. adic. 3.ª de la LOI) prevé un permiso de paternidad de 15 días, contados a partir del nacimiento o de la resolución, administrativa o judicial correspondiente, en los supuestos de nacimiento o adopción de un hijo, o acogimiento de un menor (cualquiera que sea la edad).

En la misma finalidad, el apartado 7 del mencionado artículo 373 (también incorporado por la disp. adic. 3.ª de la LOI, apdo. catorce) establece que los Jueces y Magistrados tienen derecho a permisos y licencias para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y por razón de violencia de género, a cuya finalidad el Consejo General del Poder Judicial, mediante reglamento, habrá de adaptar a las particularidades de la carrera judicial la normativa en la Administración General del Estado, vigente en la materia.

dad Social una nueva prestación económica, que tiene como finalidad establecer una renta que sustituya el salario dejado de percibir durante la suspensión de la actividad laboral ²⁹².

7.1. La suspensión del contrato de trabajo por paternidad.

Conforme al nuevo artículo 48.bis del ET, la suspensión del contrato de trabajo en razón de la paternidad se desenvuelve en los siguientes términos:

- a) Los supuestos que dan lugar al derecho a la suspensión del contrato de trabajo son los mismos que los previstos para la maternidad, es decir, el nacimiento, la adopción o el acogimiento familiar, tanto sea permanente, preadoptivo o simple, aunque tengan la consideración de provisionales ²⁹³, con el límite para los acogimientos simples que tengan una duración no inferior a un año. La adopción o el acogimiento debe corresponder a un menor de seis años ²⁹⁴ o a un menor –mayor de esa edad– en los casos de personas con discapacidad o que por sus circunstancias personales o por provenir del extranjero, los tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.
- b) Tiene derecho, en el supuesto de parto y de forma exclusiva el otro progenitor. En los casos de adopción o acogimiento, el derecho corresponde solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados, si bien, cuando el descanso por maternidad –en razón de la adopción o acogimiento– haya sido disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad solo podrá ser ejercido por el otro.
- c) La suspensión del contrato de trabajo (que es independiente del permiso previsto en el art. 37.3 del ET) tiene una duración de 13 días ²⁹⁵, duración que, en los casos de parto,

²⁹² La nueva situación de suspensión del contrato de trabajo por paternidad –y la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social que sustituye el salario suspendido– pretende favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral en términos de igualdad, intentando remediar la situación actual en la que la participación de las mujeres en esas responsabilidades es mayoritaria.

Conforme a lo previsto en el apartado 1.º de la disposición transitoria séptima de la LOI, las modificaciones incorporadas por la misma en la suspensión del contrato en razón de la paternidad (tanto en lo que se refiere a los ámbitos laborales, como en lo que respecta a la prestación de la Seguridad Social) son de aplicación únicamente a las suspensiones de contrato de trabajo que se produzcan, por la causa indicada, a partir del día 24 de marzo de 2007 (día de la entrada en vigor de la LOI, conforme a la disp. final octava de aquella).

Sobre el tema, *vid.* FERNÁNDEZ CORDÓN, J.A. y TOBÍO SOLER, C.: «Conciliar las responsabilidades familiares y laborales: políticas y prácticas sociales». *Fundación Alternativas*. Doc. de trabajo 79/2005.

²⁹³ El carácter provisional de los acogimientos, a efectos de la suspensión de actividad, no aparece recogida de forma expresa en el ámbito de la función pública (de acuerdo con la nueva redacción del art. 30.3 de la LMRFP, en la redacción dada por el apdo. trece de la disp. adic. decimonovena de la LOI).

²⁹⁴ O de más edad, siempre que sean menor de edad, en el ámbito de la función pública (art. 30.3. de la LMRFP, en la redacción dada por el apdo. trece de la disp. adic. decimonovena de la LOI).

²⁹⁵ Con lo que sumado el permiso por nacimiento de hijo y la suspensión de actividad por paternidad, da un total de 15 días. La disposición transitoria novena de la LOI prevé que el Gobierno, de forma paulatina y gradual, ha de ampliar la duración de la suspensión del contrato de trabajo (y de la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social) hasta alcanzar el objetivo de cuatro semanas, a los seis años desde la entrada en vigor de la LOI. Se produce de esta forma una deslegalización en la regulación de la duración de la suspensión del contrato de trabajo o de la actividad (en el ámbito de la función pública) en tanto dicho período no alcance las semanas.

adopción o acogimientos múltiples, se amplía en dos días adicionales por cada nacido, adoptado o acogido a partir del segundo.

- d) La suspensión del contrato por paternidad puede llevarse a cabo en el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal [art. 37.3 b) del ET] o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato regulada por maternidad, o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión.

La suspensión del contrato puede llevarse a cabo en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50% ²⁹⁶, si bien –y al igual que sucede en los supuestos de la suspensión de contrato en razón de la maternidad– se precisa previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente. Además, el trabajador debe comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.

- e) Son aplicables a los casos de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad, la regulación ya indicada (en lo que se refiere a la maternidad) en el sentido de que el trabajador en tal situación se ha de beneficiar de cualquier mejora de las condiciones de trabajo a las que hubieran tenido derecho, de no estar en la situación protegida.

7.2. La incidencia en la Seguridad Social de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad.

La suspensión del contrato de trabajo por paternidad [en los términos contenidos en los arts. 45.1 d) y 48 bis del ET] producen en la Seguridad Social las consecuencias que se analizan en los siguientes apartados:

- a) En el marco de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social se amplía el catálogo de las prestaciones económicas incorporando la correspondiente a la paternidad [art. 38 1 c) de la LGSS] ²⁹⁷.
- b) Se mantiene la obligación de cotizar durante el período de suspensión del contrato de trabajo, en los términos previstos en el artículo 106.4 de la LGSS ²⁹⁸, así como que las cuotas satisfechas durante la prestación de paternidad surten efectos para el cómputo de los períodos de cotización exigible a efectos de las correspondientes prestaciones ²⁹⁹.

²⁹⁶ Nótese que mientras que en la suspensión del contrato por paternidad se limita la posibilidad de disfrute en régimen de jornada parcial a que exista un mínimo del 50%, sin embargo esa limitación no existe en la suspensión del contrato por maternidad.

²⁹⁷ En la redacción dada por el apartado uno de la disposición adicional decimoctava de la LOI.

²⁹⁸ En la redacción dada por el apartado dos de la disposición adicional decimoctava de la LOI.

²⁹⁹ De acuerdo con el artículo 124.3 de la LGSS (en la redacción dada por el apdo. tres de la disp. adic. decimoctava LGSS) sobre los períodos de cotización exigibles a efectos de las prestaciones, *vid.* MALDONADO MOLINA, J.A.: «Los períodos mínimos de cotización». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N.º 237. Diciembre. 2002.

De igual modo, son aplicables a la cotización las bonificaciones de las aportaciones empresariales, tanto para las personas que pasen a la situación de suspensión, como de las personas que les sustituyan, a través de un contrato de interinidad, en los mismos términos que los previstos para la suspensión del contrato por maternidad.

c) En lo que se refiere a la regulación de la nueva prestación por paternidad, la LOI ³⁰⁰ incorpora un nuevo Capítulo IV ter ³⁰¹ con el siguiente contenido:

- Respecto de las situaciones protegidas, se consideran como tales el nacimiento de hijo, la adopción y el acogimiento, en los términos ya señalados.
- Son beneficiarios de la prestación los trabajadores por cuenta ajena –que disfruten de la suspensión del contrato de trabajo– así como los trabajadores por cuenta propia ³⁰² –por los periodos de descanso de la actividad coincidentes con los periodos de suspensión de contrato de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena– siempre que se encuentren en alta en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social y reúnan un período mínimo de cotización de 180 días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión, o, alternativamente, 360 a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha, y acrediten las demás condiciones que reglamentariamente se determinen ³⁰³.
- La prestación económica por paternidad ³⁰⁴ consiste en un subsidio, determinado de acuerdo a las reglas previstas para la prestación de maternidad (es decir, un importe equivalente al 100% de la base reguladora, que a su vez es equivalente a la base de cotización del mes anterior) ³⁰⁵.
- El subsidio puede ser denegado, anulado o suspendido por las mismas causas establecidas para la prestación por maternidad ³⁰⁶.

8. La protección de la situación de riesgo durante la lactancia.

Como se ha indicado previamente, la LCVF, a través de la modificación de la LPRL, reguló el establecimiento de mecanismos tendentes a proteger a la mujer en situación de embarazo, cuan-

³⁰⁰ Apartado siete de la disposición adicional decimoctava.

³⁰¹ Que comprende los artículos 133 octies, 133 nonies y 133 decies.

³⁰² En los términos previstos en la disposición adicional undécima bis de la LGSS. Al igual que sucede con la prestación de maternidad, el reconocimiento y abono de la prestación queda supeditada a que el trabajador esté al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones para con la Seguridad Social (disps. adics. undécima bis y trigésima novena de la LGSS). *Vid.* nota 199.

³⁰³ Requisitos que son coincidentes con los exigidos en la prestación por maternidad. Sobre las mismas, *vid.* RDMAT.

³⁰⁴ Que es gestionada en exclusiva por la Entidad Gestora correspondiente (INSS o ISM) de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional undécima ter de la LGSS (en la redacción dada por el apdo. veintidós de la disp. adic. decimoctava de la LOI).

³⁰⁵ Con las particularidades recogidas en la disposición adicional séptima de la LGSS, en lo que se refiere a los trabajadores a tiempo parcial. *Vid.* nota n.º 266.

³⁰⁶ Conforme al artículo 133 quinquies, cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabaja por cuenta propia o ajena durante los correspondientes periodos de descanso.

do su puesto de trabajo presentaba riesgos para su salud o el feto, en los términos expuestos previamente, en línea con las previsiones reflejadas entonces en la Directiva europea 92/85; sin embargo, esa acomodación no fue completa, por cuanto que dicha Directiva extendía la protección también a la situación de riesgo durante la lactancia, es decir, al supuesto en el que una trabajadora desempeñase un puesto de trabajo que resultara perjudicial para su salud y/o la del menor lactante y no existiese posibilidad, objetiva o técnica, de trasladar a la interesada a un puesto compatible; en este caso, la normativa comunitaria prevé el derecho de la trabajadora a cesar en su puesto de trabajo y a percibir, bien de la propia empresa, bien del sistema de protección social, la correspondiente prestación.

Sin embargo, la regulación del año 1999 solo possibilitó que la trabajadora en situación de lactancia, que prestase servicios en un puesto de trabajo perjudicial para su salud y/o del menor lactante, fuese trasladada a otro puesto de trabajo compatible, pero no contempló la eventualidad de que, en el ámbito de la empresa, ni técnica ni objetivamente pudiese procederse a dicho cambio. En estos casos, la trabajadora tendría que abandonar su puesto de trabajo, con las consecuencias inherentes a ello, al no estar prevista la suspensión de la relación laboral, o cesar en la lactancia natural del menor, soluciones claramente insatisfactorias e incompatibles con la defensa y garantía de los importantes bienes jurídicos en juego³⁰⁷.

A fin de corregir la situación planteada con la LCVF, la LOI completa la protección de las situaciones de embarazo, maternidad y lactancia (si bien para obviar cualquier duda interpretativa se refiere de forma expresa a la lactancia natural³⁰⁸) mediante la acomodación plena del ordenamiento español a las exigencias de la Directiva comunitaria antes citada, con una regulación muy semejante a la aplicada en los supuestos de riesgo durante el embarazo, es decir, posibilitando la suspensión del contrato de trabajo de la trabajadora que se encuentra en situación de lactancia y, simultáneamente, estableciendo una respuesta protectora –a través del sistema de la Seguridad Social– que sustituya el salario perdido temporalmente como consecuencia de la suspensión.

8.1. La protección del riesgo durante la lactancia en el ámbito laboral.

En el ámbito laboral, la LOI³⁰⁹ amplía las previsiones de prevención de los riesgos laborales de la mujer trabajadora en situación de lactancia, previendo –frente a la regulación anterior– la sus-

³⁰⁷ Situación objeto de fuertes críticas por la doctrina. *Id.*, entre otras, las obras de GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social*. CES. Madrid. 2004; HERRAIZ MARTÍN: «La prevención de riesgos laborales y la trabajadora embarazada». *Tribuna Social*. N.º 180. 2000; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *El riesgo durante el embarazo. Régimen laboral y de Seguridad Social*. Aranzadi. Pamplona. 2002.

³⁰⁸ Existe una discusión en la doctrina respecto al alcance de la protección durante la situación de lactancia, ya que mientras buena parte de ella entiende que únicamente ha de dar cobertura a la lactancia natural (*vid.* PÉREZ DEL RÍO, T.: *Mujer y salud laboral*. La Ley. Madrid. 2000) existe otra corriente propicia a entender comprendida de igual modo la lactancia artificial [NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. «(Des)Igualdad ...», *op. cit.* págs. 16 y ss., en las que se contiene todo un cúmulo de razonamientos en defensa de la tesis de ser objeto de protección la situación de riesgo durante la lactancia].

³⁰⁹ A través del apartado diez de la disposición adicional undécima (que incorpora el apdo. 5 en el art. 48 del ET) y del apartado dos de la disposición adicional duodécima (mediante la que se modifica el apdo. 4 del art. 26 de la LPRL).

pensión del contrato de trabajo de aquella, en los casos en que la misma no pueda ser trasladada a un puesto de trabajo compatible con su estado de salud o el del menor lactante, todo ello de la siguiente forma:

- a) El establecimiento del derecho de la trabajadora a suspender el contrato de trabajo, cuando no pueda ser trasladada a puesto compatible con su estado o con el del menor lactante. En síntesis, cuando el puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora pueda presentar riesgo para la madre o el menor, las obligaciones de la empresa/derechos de la trabajadora se desenvuelven de la siguiente manera:
- La primera obligación que recae en la empresa es la de adaptar las condiciones del puesto de trabajo o del tiempo de la misma, a fin de posibilitar que desaparezca la situación de riesgo ³¹⁰, siempre que la situación de lactancia natural no se prorrogue más allá de los nueve meses del menor. Se acoge de esta forma el mismo período que la legislación laboral otorga para la reducción de la jornada por lactancia ³¹¹.
 - Si la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resulta posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo siguen influyendo negativamente en la salud de la trabajadora o del menor lactante, aquella ha de desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado ³¹², a cuyo fin sobre el empresario recae la obligación de determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos.

No obstante, para que nazcan las obligaciones de traslado a puesto de trabajo compatible, la situación de riesgo ha de haber sido certificada por los servicios médicos del INSS o de la Mutua (en función de cuál sea la entidad que tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales de los trabajadores que prestan servicios en la empresa) con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora.

- Por último, si el traslado de la mujer trabajadora a un puesto compatible no es factible o no puede llevarse a cabo objetivamente, le cabe a aquella el derecho a suspender su contrato de trabajo, de acuerdo con la legislación laboral, pasando a percibir –si reúne los requisitos establecidos– la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social que sustituya el salario dejado de percibir.

³¹⁰ Artículo 26.4 de la LPRL, en relación con el apartado 1 del mismo.

³¹¹ El límite de nueve meses del menor lactante se aplica tanto para la reducción de jornada –en los términos del art. 37.4– como en los de suspensión de contrato, en los supuestos de riesgo durante la lactancia. Tal coincidencia no se produce, por el contrario, en el ámbito de la función pública, ya que mientras la reducción de jornada se aplica en tanto el menor lactante no alcance los 12 meses, sin embargo el permiso por riesgo durante el embarazo se limita –al igual que en el ordenamiento laboral– a que el menor tenga una edad inferior a los nueve meses.

³¹² En tales supuestos, la trabajadora tiene derecho al salario que percibía en el puesto de trabajo anterior, salvo que el correspondiente al nuevo puesto de trabajo sea mayor, en cuyo caso tiene derecho a este último.

- b) Para acomodar la legislación laboral a las alteraciones producidas en la LPRL, el artículo 45.1 d) ³¹³ incluye, en la enumeración de las causas de suspensión del contrato de trabajo, la ocasionada por la situación de riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses ³¹⁴.

Asimismo, se incorpora un nuevo apartado 5 en el artículo 48 del ET declarando la procedencia de la suspensión en los supuestos de riesgo durante la lactancia natural, en los términos previstos en el artículo 26 de la LPRL, período que finaliza el día en que el lactante cumpla nueve meses o cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado, de producirse en una fecha anterior ³¹⁵.

8.2. La incidencia de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia en el sistema de la Seguridad Social.

Dado que, como se ha indicado, durante la situación de riesgo durante la lactancia, la trabajadora tiene derecho a suspender el contrato de trabajo con la correspondiente suspensión de las obligaciones (básicamente, la de prestar servicios) y derechos (en especial, la percepción del correspondiente salario) el sistema de la Seguridad Social ha de proceder a dar la respectiva respuesta protectora, de modo que la trabajadora siga incluida en el sistema de la Seguridad Social y perciba una prestación económica que sustituya el salario perdido.

En tal sentido, el artículo 38 c).1.º de la LGSS ³¹⁶ incluye, dentro de la enumeración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, la correspondiente a la de riesgo durante la lactancia, al tiempo que se añade un nuevo Capítulo IV quinqués ³¹⁷ para regular la misma, todo ello de la forma siguiente:

³¹³ En la redacción dada por el apartado siete de la disposición adicional undécima de la LOI.

³¹⁴ Durante el período de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia, la trabajadora se ha de beneficiar de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera tenido derecho durante la suspensión del contrato. En lo que respecta a la Administración General del Estado, el artículo 58 de la LOI indica que cuando las condiciones de trabajo de una funcionaria –incluida en el ámbito de aplicación del mutualismo administrativo– pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del menor de nueve meses lactante, puede concederse licencia por riesgo durante la lactancia, garantizándose la plenitud de los derechos económicos.

En la misma línea, el artículo 69.3 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero (en la redacción dada por la disp. adic. vigesimaprimer de la LOI) establece que cuando las circunstancias previstas en el artículo 26.4 afecten a una funcionaria incluida en el ámbito de aplicación del mutualismo administrativo, puede concederse licencia por riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses, en los mismos términos y condiciones que las previstas para la situación de IT.

En correspondencia con ello, el artículo 22 de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio (en la redacción dada por la disp. adic. vigesimatercera), establece, con la misma consideración y efectos que la situación de IT, la situación de la mujer funcionaria que haya obtenido licencia por riesgo durante el la lactancia de un menor de nueve meses, en los términos previstos en el artículo 69 del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, precisando el artículo 12 de dicho texto refundido que en tal situación se tendrá derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo.

³¹⁵ Durante la situación de riesgo durante el embarazo, los trabajadores que disfruten de ese derecho –y al igual que sucede en los supuestos de suspensión por maternidad de paternidad– se han de beneficiar de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a que hubieran podido tener derecho, en caso de seguir prestando servicios.

³¹⁶ En la redacción que incorpora el apartado uno de la disposición adicional decimoctava de la LOI.

³¹⁷ Por medio del apartado diez de la disposición adicional decimoctava de la LOI.

- a) En línea con los demás supuestos de suspensión del contrato de trabajo, el artículo 106.4 de la LGSS ³¹⁸ mantiene la obligación de cotizar a la Seguridad Social durante la situación de riesgo durante la lactancia. A tal fin, la empresa ha de ingresar las aportaciones a su cargo, deduciéndose de la cuantía de la prestación las aportaciones a cargo de la trabajadora. La cotización se ha de efectuar conforme a la base por la que se viniera cotizando con anterioridad a la suspensión ³¹⁹.
- b) Al igual que sucede con los períodos de suspensión del contrato o de la actividad en los supuestos de riesgo durante el embarazo o en los períodos de descanso por maternidad, la disposición adicional decimoquinta de la LOI ³²⁰ extiende a las situaciones de riesgo durante la lactancia natural la bonificación del 100% de las cotizaciones empresariales (incluidas las correspondientes a las contingencias profesionales) en los contratos de interinidad, suscritos con desempleados, para la sustitución de la trabajadora que ha suspendido el contrato en razón del riesgo durante la lactancia, bonificación que se extiende, de igual modo, a la contratación de desempleados para sustituir a trabajadoras autónomas, socias trabajadoras o socias de trabajo de las sociedades cooperativas, que hayan suspendido su actividad como consecuencia de la aparición de la situación de riesgo durante la lactancia.

Asimismo, se extiende a la situación de riesgo durante la lactancia natural las bonificaciones de las aportaciones empresariales, reguladas en la disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio ³²¹, correspondientes a las propias trabajadoras (así como de las trabajadoras por cuenta propia, socias trabajadoras o socias de trabajo de las cooperativas) sustituidas durante los períodos de riesgo durante la lactancia. Estas aportaciones alcanzan también el 100% de tales aportaciones (incluidas las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) ³²².

- c) Las cuotas correspondientes a la situación de riesgo durante la lactancia natural son computables a efectos de los distintos períodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones ³²³.
- d) La prestación económica guarda múltiples analogías con la situación de riesgo durante el embarazo, delimitándose como 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 situación (en los términos previstos en el art. 26.4 de la LPRL)

³¹⁸ En la redacción dada por el apartado dos de la disposición adicional decimoctava de la LOI.

³¹⁹ Con la particularidad establecida para las trabajadoras a tiempo parcial, respecto de las cuales la base de cotización será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización correspondientes a los tres meses anteriores al hecho causante de la prestación entre los días de trabajo correspondiente a ese período.

³²⁰ Mediante la modificación (a través de la disp. adic. decimoquinta de la LOI) del artículo 1 del Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre.

³²¹ De medidas urgentes de reforma el mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. Su disposición adicional segunda es objeto de nueva redacción por la disposición adicional decimosexta de la LOI.

³²² Esta bonificación únicamente es de aplicación mientras coincidan, en el tiempo, la suspensión de contrato o de la actividad y el contrato de interinidad del sustituto. En el caso de que el trabajador no agote el período de descanso, las bonificaciones se extinguirán en el momento de la incorporación al trabajo.

³²³ Artículo 124.3 de la LGSS, en la redacción dada por el apartado tres de la disposición adicional decimoctava de la LOI.

dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados ³²⁴. Consecuentemente, la finalidad de la protección es proveer de una renta de sustitución de la pérdida en los casos de suspensión del contrato de trabajo por razones de riesgo durante la lactancia.

- e) Son beneficiarias del subsidio las trabajadoras por cuenta ajena o por cuenta propia ³²⁵, declaradas en situación de riesgo durante la lactancia, siempre que estén afiliadas y en alta (originándose la situación de alta de pleno derecho a favor de las trabajadoras por cuenta ajena) sin que sea exigible período de cotización alguno, al igual que sucede con la prestación de riesgo durante el embarazo, en los términos indicados, siguiendo al efecto la tesis que venía propiciando la doctrina ³²⁶ de acuerdo a la naturaleza de las situaciones, de modo que la protección habría de ser asimilada a contingencia profesional y, derivado de ello, eximir de la exigencia de períodos de cotización.
- f) La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concede a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos para la prestación económica por riesgo durante el embarazo ³²⁷. La prestación nace desde el día siguiente al de la baja ³²⁸ y dura hasta el momento en que se produzca el cese en la situación protegida ³²⁹, es decir, el día anterior a aquel en que el lactante cumpla los nueve meses, salvo que con anterioridad al mismo se haya producido una causa de extinción de la prestación ³³⁰.

³²⁴ Artículo 135 de la bis LGSS, incorporado por el apartado diez de la disposición adicional decimoctava de la LOI.

³²⁵ De acuerdo con el contenido de la disposición adicional octava de la LGSS, en la redacción dada por el apartado veinte de la disposición adicional decimoctava de la LOI. Al igual que sucede con la prestación de maternidad, el reconocimiento y abono de la prestación queda supeditada a que el trabajador esté al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones para con la Seguridad Social (disp. adic. trigésima novena de la LGSS). *Vid.* nota 199.

³²⁶ Entre otros, GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La maternidad y su consideración jurídico-laboral...*, *op. cit.*

³²⁷ Artículo 135 bis de la LGSS, incorporado por el apartado diez de la disposición adicional decimoctava de la LOI.

³²⁸ Aunque ello es la regla general, existen varias excepciones a la misma en orden a determinar la base reguladora de la prestación, como son:

- Los casos de trabajadoras contratadas para la formación, en cuyo caso la base reguladora será el 100% de la base mínima de cotización que corresponda.
- En el caso de trabajadoras contratadas a tiempo parcial, la base reguladora será la resultante de dividir la suma de las bases de cotización durante los tres meses anteriores a la fecha en que se inicie la suspensión dividida entre el número de días naturales comprendidos en dicho período.
- En el supuesto de los sectores de artistas, la base reguladora es el resultado de dividir por 365 la cotización anual anterior al hecho causante o el promedio de cotización acreditado, de ser inferior al anual.
- En la situación de pluriempleo, si la situación se declara en todas las actividades que se realicen simultáneamente, se han de computar las bases de cotización en las diferentes empresas; por el contrario, si únicamente afecta a una de las actividades, pero no en todas, únicamente se han de recoger las bases de cotización de la empresa o empresas donde se produzca la suspensión del contrato de trabajo.
- En las situaciones de pluriactividad, si la situación de riesgo afecta a todas las actividades, se tiene derecho al subsidio en todos los regímenes afectados: si la situación de riesgo afecta solo a una de las actividades, únicamente se tendrá derecho al subsidio en el régimen donde esté encuadra la actividad de riesgo.

³²⁹ La cuantía de la prestación puede sufrir alteraciones durante el período de percibo de la misma, en los casos de aumento de la base mínima de cotización, que supere la base mínima tomada inicialmente en consideración o cuando medien incrementos salariales –convencionales o por sentencia– previsto con efectos retroactivos a un momento anterior al pase a la situación de suspensión.

³³⁰ Teniendo en cuenta la aplicación por analogía de la regulación sobre la prestación de riesgo durante el embarazo (RDMAT) el subsidio por riesgo durante la lactancia puede ser suspendido, anulado o denegado en las siguientes situaciones: realizar un

- g) La prestación económica por riesgo durante la lactancia es equivalente a la establecida para la situación de riesgo durante el embarazo, es decir, el 100% de la correspondiente base de cotización por IT, derivada de contingencias profesionales ³³¹.
- h) Por último, al igual que sucede con la prestación por riesgo durante el embarazo, el artículo 135 ter de la LGSS (en relación con el art. 135.4 de la misma) sitúa las facultades de gestión de aquella en la Entidades Gestoras o en la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en función de cuál sea la entidad con quien la empresa, en relación con sus trabajadores –o el trabajador por cuenta propia–, haya concertado la cobertura de los riesgos profesionales ³³².

9. La protección de los cuidados familiares.

9.1. La regulación jurídica de la excedencia laboral por cuidado de familiares.

Es un hecho constatado que la existencia de menores en el hogar familiar, tanto por su número como en razón de la edad de los mismos, tiene una fuerte incidencia en la inserción laboral de las madres trabajadoras o en el mantenimiento de su empleo, así como que la mayor o menor generosidad en los permisos parentales tiene un impacto positivo sobre esa propia tasa de actividad ³³³.

trabajo o actividad, con posterioridad a la suspensión del contrato de trabajo o la actuación fraudulenta para obtener la prestación. De igual modo, el derecho al subsidio se extinguiría por el cumplimiento del lactante de los nueve meses; la reincorporación de a trabajadora a su lugar de trabajo; la extinción del contrato de trabajo o el fallecimiento de la beneficiaria.

³³¹ Para GARCÍA NINET en un análisis de la LOI, en un texto anterior a su aprobación, en primera lectura, por el Congreso de los Diputados («La prestación económica por riesgo durante el embarazo». *Tribuna Social*. N.º 139. 2002), la prestación económica por riesgo durante el embarazo –y, por extensión por riesgo durante la lactancia– debería girar sobre la base de contingencias profesionales, ya que en bastante medida ahí está la causa de la baja (y no sobre la base de IT por contingencias comunes como inicialmente figuraba).

³³² Al estar ligada la gestión de las contingencias profesionales con la correspondiente a IT –al menos, en lo que respecta a los trabajadores por cuenta propia–, las trabajadoras por cuenta propia que se hayan incorporado al correspondiente Régimen –o a la mejora de IT– con posterioridad al 1 de enero de 1998, únicamente pueden recibir la prestación de riesgo durante el embarazo a través de una Mutua.

Por el contrario, ante la ausencia de protección por riesgos profesionales en lo que se refiere a las trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, se entiende que, en tales supuestos, la prestación ha de ser gestionada directamente por el INSS.

³³³ La diferencia de empleo entre hombres y mujeres de 20 a 49 años de edad, según la edad de los hijos e incidencia de la parentalidad en el empleo en 2000.

Sistema	Diferencia de empleo de hombres y mujeres			Impacto de la parentalidad sobre el empleo	
	Sin hijos	0 – 6 años	7 – 14 años	Mujeres	Hombres
Bélgica	12,2	25,6	25,6	9,3	9,3
Dinamarca	–	–	–	–	–
Alemania	4,9	37,8	21,5	– 35,1	9,1
					.../...

Por ello, dentro del amplio objetivo de la conciliación de la vida laboral y familiar, la legislación laboral contempla la posibilidad de que la actividad laboral sea suspendida, como consecuencia de que el trabajador/trabajadora tenga que dedicarse temporalmente al cuidado de un hijo, de una persona menor o de otros familiares. Esta figura jurídica –que en el derecho comparado se conoce con la denominación de *permiso parental* (como tal se contiene en el Acuerdo Marco sobre el permiso parental, de 14 de diciembre de 1995³³⁴ y en la Directiva 96/34, de 3 de junio de 1996³³⁵)– está regulada en nuestro ordenamiento en el artículo 46.3 del ET³³⁶ que, con la mejora que lleva a cabo la LOI³³⁷, contempla la posibilidad de una suspensión temporal de los trabajadores en razón de los cuidados de menores o familiares³³⁸.

Las características de la regulación de los permisos parentales permiten agrupar los sistemas europeos en varios grupos³³⁹.

...					
Grecia	32,3	46,4	42,2	- 4,9	13,9
España	33,0	48,1	44,7	- 11,7	5,5
Francia	9,2	32,7	21,1	- 17,3	8,8
Irlanda	12,6	41,5	40,7	- 26,5	10,6
Italia	32,2	46,8	44,9	- 13,3	3,3
Luxemburgo	21,5	40,8	37,0	- 30,2	3,8
Países Bajos	9,2	30,5	28,4	- 31,1	10,7
Austria	9,7	26,5	21,8	- 21,9	5,9
Portugal	15,3	20,8	19,3	- 3,2	5,0
Finlandia	-	-	-	-	-
Suecia	-	-	-	-	-
Reino Unido	2,7	33,4	16,3	- 38,2	5,1

FUENTE: PÉRIER, H.: «Emploi des mères et garde des jeunes enfants en Europe». *Revue de l'OFCE*. Julio. 2004.

³³⁴ Suscrito entre las Organizaciones europeas UNICE, CEEP y CES. El Acuerdo Marco aparece publicado en el DOCE de 19 de junio de 1996.

³³⁵ Un análisis de esa Directiva y su trasposición al ordenamiento español en VILLA GIL, L.E. y LÓPEZ CUMBRE, L.: «Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34/CE, sobre permiso parental». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º Extra. 1999.

³³⁶ De igual derecho gozan los funcionarios por aplicación del artículo 29.4 de la LMRFP (en la redacción incorporada por el apdo. dos de la disp. adic. decimonovena de la LOI) y, en términos similares –aunque no idénticos–, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, tras la reforma en el artículo 141.1 e) de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de régimen de personal de las Fuerzas Armadas (en la redacción dada por el apdo. cuatro de la disp. adic. vigésima de la LOI).

³³⁷ A través del apartado nueve de la disposición adicional undécima.

³³⁸ Los permisos parentales se regulan de forma diferente en la legislación europea y, en la mayoría de los supuestos, son utilizados básicamente por las mujeres, por lo que uno de los criterios en orden a evitar esta premisa y, al tiempo, lograr que el cuidado de los menores u otro familiares se lleve a cabo en términos de corresponsabilidad, reside en que los permisos se dediquen a ambos progenitores.

Un análisis de la experiencia francesa en relación con el denominado «permiso parental» en PÉRIER, H.: «Emploi des femmes et charges familiales. Repenser le congé parental en France à la lumière des expériences étrangères». *Revue de l'OFCE*. N.º 90. Julio. 2004

³³⁹ La información que se recoge en este apartado proviene del trabajo de MATH, A. y MEILLÁN, C. «El permiso parental: ¿contra la igualdad entre mujeres y hombres», traducido y recogido en Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*. N.º 122 y 123. 2005.

- El primero de ellos ³⁴⁰ se caracteriza por tener los permisos parentales una duración reducida en el tiempo, que no suelen superar los tres meses, duración mínima exigida por la Directiva comunitaria, sin que se prevea la remuneración de los períodos de inactividad.
- Un segundo grupo ³⁴¹ en el que los permisos parentales suelen ser una continuación de los de maternidad (con una duración del permiso entre cinco y ocho meses).
- Un tercer grupo ³⁴² en el que la duración del permiso parental oscila entre los dos y tres años; suele limitarse a los hijos de corta edad, y suele estar remunerado, bien mediante una prestación a tanto alzado y, más excepcionalmente, con una remuneración periódica.
- Pero tal vez sea en el último grupo (el constituido por los países nórdicos) donde los permisos parentales gozan de una mayor implantación y, además, los mismos se caracterizan por tener una remuneración alta y durante un mayor tiempo, situado entre los seis meses de Finlandia a los dieciocho meses de Suecia, período que puede repartirse entre ambos progenitores.

En una comparación de los permisos parentales en Europa se deducen los siguientes datos recogidos en el cuadro que se adjunta.

Sistema	Fecha implantación	Duración (meses)	Disfrute a t. parcial	Edad límite de menores	Modalidad	Incitación al padre
Austria	1990	24	Sí	2	Familiar	Sí
Bélgica	1998	4	Sí	4	Individual	No
Dinamarca	1984	2,5	Sí	2	Familiar	Sí
	1994	3		9		
Finlandia	1980	26	Sí	3	Familiar	No
Francia	1977	36	Sí	3	Familiar	No
Alemania	1986	36	Sí	3	Familiar	No
Grecia	1986	3	No	3	Individual	No
Irlanda	1998	3	Sí	5	individual	No
Italia	1977	10	Sí	8	Familiar	Sí
Luxemburgo	1998	6	Sí	5	Individual	No
Países Bajos	1991	6	Sí	8	Individual	No
Portugal	1984	6	No	3	Individual	No
España	1980	36	Sí	3	Individual	No
Suecia	1974	18	Sí	8	Familiar	Sí
Reino Unido	1999	13	No	5	Individual	No

FUENTE: PÉRIER, H.: «Emploi des mères et garde des jeunes enfants en Europe». *Revue de l'OFCE*. Julio. 2004.

³⁴⁰ Constituido por Reino Unido, Países Bajos, Portugal, Irlanda y Grecia.

³⁴¹ Del que formarían parte Bélgica, Luxemburgo o Italia.

³⁴² Formado por Austria, Alemania, Francia o Polonia.

La LOI ³⁴³ se refiere a la *excedencia por cuidado de familiares*, dentro de la que se diferencia la *excedencia por cuidado de hijos* ³⁴⁴, de la *excedencia por cuidado de otros familiares* ³⁴⁵. Son ambas excedencias a las que el propio ordenamiento laboral califica como forzosas (por lo que resulta de aplicación a las mismas los efectos de tal clase de excedencias) ³⁴⁶ y en las que existe un objetivo básico, como es el de garantizar la compatibilidad entre una actividad profesional y el cuidado de unos familiares directos, evitando que la atención y el cuidado de aquellos pueda suponer un grave obstáculo para el reingreso del trabajador (con especial incidencia en la mujer) al mercado de trabajo, una vez acabado el período de cuidados ³⁴⁷.

³⁴³ Dentro de los criterios generales de actuación de los poderes públicos, el apartado 8 del artículo 14 de la LOI destaca el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia.

³⁴⁴ La excedencia por cuidado de hijos surgió en las Reglamentaciones de Trabajo, en las que se le denominaba *excedencia por alumbramiento*, aunque el establecimiento legal de la excedencia se produce con el Decreto 2310/1970, de 20 de agosto, sobre derechos laborales de la mujer, en cuyo artículo 5 se reconoce el derecho a la excedencia voluntaria de la trabajadora, con motivo del alumbramiento. Como pone de manifiesto la doctrina (LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Permiso parental y Seguridad Social». Civitas. N.º 83, Mayo/junio. 1997) en su evolución hay dos hitos fundamentales: uno, la extensión de su titularidad a los hombres, otro, la introducción de los efectos propios de la excedencia forzosa.

Un análisis de esta clase de excedencia en determinados países europeos en SHEIWE K.: «¿A quién se dirige el apoyo? Seguridad para las familias con hijos, entre el derecho social y el derecho privado, en Bélgica, Alemania y el Reino Unido». *Revista Internacional de Seguridad Social*. N.º 4/1994.

³⁴⁵ Además de la modificación del artículo 46.3 del ET, el apartado ocho de la disposición adicional undécima de la LOI da nueva redacción al apartado 2 del mismo artículo, ampliando las posibilidades de excedencia voluntaria, lo cual puede tener también sus efectos en el ámbito de la conciliación de la vida familiar y laboral. De acuerdo con la nueva redacción, el trabajador, con al menos una antigüedad en la empresa de un año, tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses (anteriormente, este plazo de fijaba en dos años) y no superior a cinco años, derecho que solo puede ser ejercido otra vez por el mismo trabajador, si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia.

Sobre la regulación de la excedencia voluntaria, *vid.* ARGÜELLES BLANCO, A.R.: «La excedencia laboral voluntaria. Aranzadi. Pamplona. 1997; FOTINOPOULOU BASURKO, O. ¿Por qué la excedencia voluntaria por cuidado de hijos no se considera como una situación asimilada al alta a los efectos de causar derecho a la prestación por maternidad?», en AA.VV.: *Los problemas del derecho a prestaciones (jubilación flexible, colocación adecuada, maternidad, valoración de incapacidades)*. Laborum. Murcia. 2005; RODRÍGUEZ COPÉ, M.L.: «La regulación de la excedencia voluntaria desde la ley y el convenio. Algunos problemas planteados». *Relaciones laborales*. N.º 3. Febrero. 2005; RODRÍGUEZ PASTOR, G.: «La excedencia voluntaria». *Actualidad Laboral*. N.º 2. Enero. 2007.

³⁴⁶ Como son, aparte de la incidencia en el sistema de la Seguridad Social, los de reserva de puesto de trabajo; el derecho al cómputo de antigüedad; o el derecho a ser convocado por el empresario para la realización de cursos de formación. *Vid.* TORTUERO PLAZA, J.L.: «Excedencia por cuidado de hijo. Técnica jurídica versus institución jurídica», en AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid. 1994.

³⁴⁷ A efectos de los cuidados de los menores, en un marco de conciliación laboral y familiar y de igualdad de género, pueden establecerse diferentes instrumentos, con grado de eficacia diferente, como se recoge en el siguiente cuadro (tomado de FERNÁNDEZ CORDÓN, J.A. y TOBIO SOLER, C.: «Conciliar las responsabilidades familiares y laborales: políticas y prácticas sociales». *Fundación Alternativas*. Doc. de trabajo 79/2005. Pág. 72.

El cuidado de los niños menores de 3 años: instrumentos y criterios					
Instrumentos	Eficacia	Eficiencia	Efectos		
			Igualdad género	Igualdad social	Interés del menor
Permisos parentales	Alta	Alta	Negativo	Negativo	Positivo
Servicios directos	Alta	Alta	Positivo	Positivo	Positivo
Transferencias monetarias	No constatable	No constatable	Variable	Variable	No constatable

De acuerdo con la LOI, la excedencia por cuidado de familiares admite las siguientes modalidades:

- a) La excedencia por cuidado de hijo, lo sea por filiación o por adopción, a la que se añaden las situaciones de acogimiento familiar, en sus modalidades de permanente y preadoptivo, aunque sean de la modalidad provisional. La excedencia tiene una duración máxima de tres años, a contar desde el nacimiento³⁴⁸ o desde la resolución judicial o administrativa que, en cada caso, constituya la adopción o el acogimiento.
- b) La excedencia por cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, que, por razón de edad, accidente, enfermedad, o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no realice una actividad retribuida. En estos supuestos la excedencia tiene una duración de dos años³⁴⁹ (ampliando el período anterior que se limitaba a un año) salvo que se haya establecido una duración mayor a través de la negociación colectiva.
- c) Si en la regulación anterior no se preveía la posibilidad de disfrutar la excedencia de forma fraccionada, la misma por el contrario sí se refleja en la nueva redacción del apartado 3 del artículo 46 del ET³⁵⁰.

³⁴⁸ La LOI (como su antecedente la LCVF) sigue manteniendo que el inicio de la excedencia se computa desde el nacimiento, con lo cual se acaba con la polémica –surgida con la Ley 4/1995– sobre si dicho cómputo podía iniciarse en la fecha en que terminase la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, ya que, en caso contrario, el período de excedencia resulta inferior a los tres años. Vid. GARCÍA NINET, J.I.: «La nueva reforma del ET. La regulación del permiso parental y por maternidad». *Tribuna Social*. N.º 52. 1995, TORTUERO PLAZA, J.L.: «La excedencia ...» *op. cit.*

³⁴⁹ En el ámbito de la función pública, la duración de la excedencia por cuidado de familiares (diferentes de los hijos) tiene una duración de tres años, de acuerdo con el artículo 29.4.1.º de la LMRFP (en la reacción que incorpora el apdo. uno de la disp. adic. decimonovena de la LOI).

Por el contrario, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, la duración de la excedencia, en los supuestos indicados, se limita a un año, de acuerdo con el contenido de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, en la redacción dada por el apartado cuatro de la disposición adicional vigésima de la LOI. También se limita a un año la excedencia por cuidado de familiares en el ámbito del personal perteneciente al Cuerpo de la Guardia Civil, de acuerdo con lo previsto en el artículo 83.1 e) de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre (en la redacción incorporada por el apartado cuatro de la disp. adic. vigesimacuarta de la LOI).

A su vez, respecto del ámbito judicial, el párrafo e) del artículo 356 de la LOPJ (en la redacción que da el apdo. seis de la disp. adic. tercera de la LOI) establece el derecho a un período de excedencia, con una duración no superior a tres años, para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a cargo, hasta el segundo grado inclusive, de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe una actividad retribuida.

³⁵⁰ Solución criticada por la doctrina, ya que parece que los supuestos en que, con mayor frecuencia, se podría compatibilizar una actividad parcial con el cuidado de familiares sería más bien en períodos largos (de excedencia) que en los de duración corta (permisos), teniendo en cuenta, por otra parte, que durante tales permisos se percibe una renta (prestación económica de la Seguridad Social) sustitutiva del ingreso dejado de percibir, renta que no existe durante la excedencia. Vid. ALARCÓN CASTELLANOS, M.: «Permisos, reducción de jornada y excedencia por razones familiares tras la Ley 39/1999». *Aranzadi Social*, n.º 20. Febrero. 2000; BURGOS GINER, M.A.: «La excedencia para el cuidado de hijos y la prestación por maternidad». *Aranzadi Social*, N.º 15. Diciembre. 1999; FERNÁNDEZ PROL, F.: «Excedencia por cuidado de familiares y Seguridad Social». *Revista de Derecho Social*. N.º 21. Enero/Marzo 2003; LÓPEZ GANDÍA, J.: «Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducción de jornada y excedencias». *Aranzadi Social*. N.º 15. Enero. 2003; QUINTANILLA NAVARRO, R.: «La excedencia para el cuidado de familiares mayores». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N.º 201. 2001; RODRÍGUEZ COPÉ, M.L.: «La regulación de la excedencia voluntaria desde la ley y el convenio. Algunos problemas planteados». *Relaciones laborales*. N.º 3. Febrero. 2005.

d) La excedencia es un derecho individual de los trabajadores, mujeres y hombres, aunque si dos o más trabajadores de la misma empresa generan el derecho a la excedencia por el mismo sujeto causante, el empresario está facultado para limitar el ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

De acuerdo con el artículo 46.3 del ET, la regulación jurídica de ambas modalidades de excedencia se puede sintetizar de la siguiente forma:

- En el caso de excedencia por cuidado de hijos, son titulares del derecho los dos progenitores, sin distinción alguna. En caso de separación o divorcio, el derecho corresponderá a quien ejerza la custodia del hijo.

Si antes de la LCVF, en el caso de que ambos progenitores trabajasen, solo uno de ellos podía hacer uso de la excedencia, a partir de la misma –en un criterio que mantiene la LOI– el derecho a la excedencia puede ser disfrutado por ambos, al constituir aquella un derecho individual, si bien si los dos trabajadores prestan servicios para la misma empresa y generan el correspondiente derecho por el mismo sujeto, el empresario puede limitar³⁵¹ su ejercicio simultáneo, basando esa limitación en razones justificadas de funcionamiento³⁵². Consecuentemente, en el ejercicio de este derecho de excedencia pueden darse varias situaciones, por ejemplo:

- Que ambos progenitores (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, cabe 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, el inicio de la misma origina el fin de la que viniese disfrutando³⁵³.

³⁵¹ Este límite no alcanzará a los supuestos de disfrute sucesivo por diferentes familiares respecto del mismo sujeto causante, ni tampoco al disfrute simultáneo, cuando los trabajadores trabajen en diferentes empresas, ni cuando en su trabajo para el mismo empresario, basen el derecho a la excedencia en un sujeto causante distinto.

³⁵² Este límite, en función de motivos de funcionamiento de la empresa, aparece recogido en la cláusula 2.3 e) del Anexo de la Directiva 96/34/CE.

³⁵³ En el ámbito laboral y con incidencia en los períodos de excedencia por cuidado de hijo, pende en el TJCE la decisión sobre cuestión prejudicial, relativa al ordenamiento laboral de Finlandia (caso *Sari Kiiski*) respecto de la aplicación de las Directivas 76/207 (en la versión modificada por la Directiva 2002/73) y de la Directiva 92/85, sobre la negativa de un empresario para aceptar la modificación de las fechas y la duración del período de excedencia elegido por una trabajadora, a causa de un nuevo embarazo de la misma (*vid.* las cuestiones prejudiciales planteadas en el DOUE, de 20 de mayo de 2006).

- e) 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 como situación con derecho a la 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 ³⁵⁴.

Como se ha indicado, durante el primer año de excedencia ³⁵⁵ existe una reserva al mismo puesto de trabajo, por lo que, si se mantiene el puesto, han de mantenerse también las condiciones esenciales inherentes al mismo, si bien, al tratarse de un contrato que se halla en suspenso, el puesto de trabajo puede experimentar alteraciones, aunque el trabajador no desempeñe las funciones correspondientes al mismo ³⁵⁶.

9.2. La incidencia en la Seguridad Social de la excedencia por cuidado de familiares.

El disfrute de la excedencia puede presentar problemas para sus beneficiarios, en relación con la Seguridad Social, ya que aquella origina la baja en la empresa y, por tanto, la baja del trabajador en la Seguridad Social (salvo que el mismo haga uso, de forma voluntaria, de la suscripción del Convenio especial en el sistema de la Seguridad Social ³⁵⁷) produciendo con ello una ruptura en la *carrera de aseguramiento* de la persona que se ha acogido a la excedencia, con sus implicaciones en los futuros derechos de Seguridad Social.

³⁵⁴ El apartado 3 de la adicional primera de la Ley 40/2003, de protección a las familias numerosas (LFN) procedió a la modificación del artículo 46.3 del ET, estableciendo que la reserva al mismo puesto de trabajo, en razón del cuidado de hijos, pasa a ser de 15 meses, en los casos en que el trabajador esté inserto en una familia numerosa de carácter general, y de 18 meses, en el caso de una familia numerosa de carácter especial.

³⁵⁵ En el ámbito de la función pública, la reserva del mismo puesto de trabajo alcanza a los dos primeros años de excedencia; transcurrido el mismo, la reserva lo es a un puesto de trabajo en la misma localidad e igual nivel y retribución (conforme al art. 29.4.5.º párrafo LMRFP, en la redacción que incorpora el apdo. dos de la disp. adic. decimonovena de la LOI). El derecho a la reserva del puesto de trabajo se cuenta a partir del inicio del período de excedencia que, a su vez, comienza desde la fecha en que es solicitada, y no desde la fecha del nacimiento del hijo. *Vid.* SAN, de 8 de marzo de 1990. Además, el artículo 57 de la LOI determina que, en las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo, se ha de computar, a efectos de valoración del trabajo desarrollado y de los correspondientes méritos, el tiempo que las personas candidatas hayan permanecido en las situaciones de reducción de jornada, permisos o excedencia con motivo de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

En el ámbito judicial y de acuerdo con lo establecido en el artículo 358.2 de la LOPJ (en la redacción dada por el apdo. nueve de la disp. adic. tercera de la LOI) durante los dos primeros años de excedencia, se tiene derecho a la reserva de la plaza que se viniese ejerciendo antes de pasar a la situación de excedencia; transcurrido ese período, la reserva lo es a un puesto en la misma provincia y de igual categoría, debiendo solicitarse el mismo, en el mes anterior a la finalización del período máximo de permanencia en la misma.

³⁵⁶ *Vid.* SSTSJ de Canarias (Las Palmas), de 25 de abril de 1997; de Murcia, de 24 de abril de 1990. El puesto de trabajo puede estar ubicado en centro de trabajo, localizado en localidad diferente al anterior, ya que la reserva lo es dentro de la empresa, no del centro de trabajo. STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 25 de octubre de 1994.

³⁵⁷ En los términos y con los requisitos recogidos en la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre.

Para dar solución a esta problemática, la doctrina ha señalado la posibilidad de establecer algunos niveles de protección: uno, nivel mínimo, en el que el período de excedencia se configuraría como un período de situación de asimilación al alta a efectos de las correspondientes prestaciones; un segundo, mediante el cual el período de excedencia se consideraría como cotizado a la Seguridad Social; por último, un tercer nivel o máximo, mediante el que el trabajador en excedencia percibiría una prestación de la Seguridad Social.

9.2.1 La situación anterior a la LOI.

El ordenamiento español se ha situado en algunas de las dos primeras medidas indicadas en los párrafos anteriores. De este modo, a partir de la Ley 3/1989 la excedencia por cuidado de hijo ya no tuvo la característica de voluntaria, al estar dotada del *prius* de la reserva de trabajo y, consecuentemente, ese período se configuraba como de asimilación al alta. Sin embargo, la Ley 26/1990³⁵⁸ dio un paso más allá, al considerar el primer año de reserva de puesto de trabajo como cotizado a la Seguridad Social, período que se amplió a 15 ó 18 meses en los supuestos de familias numerosas (de acuerdo con la Ley 52/2003, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social³⁵⁹).

De la normativa anterior a la LOI (desarrollada por el RDPF³⁶⁰) destacaban los siguientes aspectos:

- a) La consideración como situación de asimilación al alta, a efectos de todas las prestaciones de Seguridad Social (salvo IT y riesgo durante el embarazo) de los períodos de excedencia por cuidado de hijo (lo sea por naturaleza o adopción, así como en los casos de acogimiento familiar, permanente o preadoptivo) o por cuidado de familiar, todo ello con la finalidad de hacer posible el nacimiento, en las indicadas situaciones, de la protección adecuada frente a las contingencias sobrevenidas. Con ello, los beneficios de la regulación de excedencia no solo se proyectan sobre el contrato de trabajo, sino que inciden también de modo positivo sobre la relación de Seguridad Social.

³⁵⁸ Por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones con contributivas. Las previsiones de la Ley 26/1990, en esta materia, se incluyeron en el artículo 180 de la LGSS.

³⁵⁹ Un análisis de la Ley 52/2003 en PANIZO ROBLES, J.A.: «La Seguridad Social en el inicio del año 2004 (Comentario a las novedades en materia de Seguridad Social contenidas en las Leyes de Presupuestos y Acompañamiento para 2004, así como en la Ley de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Madrid. N.º 251. Enero. 2004 o «Comentarios a las novedades incluidas en la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social», en AA.VV.: «Las últimas reformas laborales del año 2003». *Justicia Laboral*. N.º Extraordinario. Lex Nova. 2004.

³⁶⁰ Respecto del contenido del RDPF, *vid.* BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «El nuevo desarrollo de la regulación de las prestaciones familiares: principales modificaciones introducidas por el Real Decreto 1335/2006, de 11 de noviembre». *Justicia Laboral*. N.º 28. Noviembre. 2006; JURADO SEGOVIA, A.: «El nuevo reglamento sobre prestaciones familiares de la Seguridad Social (RD 1335/2005, de 11 de noviembre, BOE 22-11-2005)». *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Civitas. Abril/Junio. 2006; PANIZO ROBLES, J.A.: «La nueva reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social (a propósito del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre)». *Revista de Seguridad Social*. Tribuna Social. N.º 181, 182 y 183. Enero, febrero y marzo. 2006; PÉREZ YÁÑEZ, R.: «La nueva regulación de las prestaciones familiares en el RD 1335/2005, de 11 de noviembre». *Relaciones Laborales*. N.º 2. Enero. 2006.

b) La consideración como cotizado a la Seguridad Social del primer año ³⁶¹ de excedencia con reserva de puesto de trabajo del período de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con la legislación aplicable ³⁶², disfruten en razón del cuidado de cada hijo natural o adoptado, o de persona menor acogida, en los supuestos de acogimiento familiar, permanente o preadoptivo (en el caso de familias numerosas, el período alcanzaba los 15 meses, si la unidad familiar tiene la consideración de familia numerosa de categoría general ³⁶³, o de 18 meses, si tenía la de categoría especial ³⁶⁴) así como por cuidado de otros familiares ³⁶⁵.

Sin embargo, esta cotización no alcanzaba a la totalidad de las prestaciones que conforman al ámbito protector de la Seguridad Social, ya que dicha cotización desplegaba sus efectos exclusivamente a las contingencias de maternidad, jubilación, incapacidad permanente o muerte y supervivencia, quedando excluidos, en consecuencia, los subsidios de IT y riesgo durante el embarazo.

c) Por lo que se refiere a la excedencia por cuidado de otros familiares, la consideración de todo el período (no solo el legal, sino también el que corresponda en función de lo acordado en la negociación colectiva ³⁶⁶) como situación asimilada al alta, con los efectos indicados.

d) Por último, en cuanto a las prestaciones por desempleo, se extendía a la excedencia por cuidado de familiares lo previsto para la excedencia por cuidado de hijos (art. 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo) de forma que el período de excedencia (el período de tres años) no puede computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones de desempleo ³⁶⁷.

³⁶¹ Si no se llega a disfrutar un año de excedencia, se computa como cotizado el período realmente disfrutado.

³⁶² Esta legislación la constituye el artículo 46 del ET, en lo que se refiere a las personas sujetas a una relación laboral, y el artículo 29 de la LMRFP, para las personas sujetas a una relación funcional y, consecuentemente, quedan excluidos de esta prestación los trabajadores por cuenta propia.

³⁶³ De acuerdo con la LFN, y con carácter general, se entiende por familia numerosa la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes. El artículo 2 de la misma efectúa una serie de asimilaciones de unidades familiares distintas para su configuración como familia numerosa.

³⁶⁴ Cuando la unidad familiar está compuesta por cinco o más hijos, así como las de cuatro hijos, de los cuales al menos tres procedan de parto, adopción o acogimiento permanente o preadoptivo múltiples. No obstante, las unidades familiares con cuatro hijos se clasificarán en la categoría especial cuando los ingresos anuales de las mismas divididos por el número de miembros que las componen no superen, en cómputo anual, el 75% del salario mínimo interprofesional vigente, incluidas las pagas extraordinarias. De igual modo, cada hijo discapacitado o incapacitado para trabajar se computan como dos para determinar la categoría en que se clasifica la unidad familiar de la que forma parte.

³⁶⁵ La limitación, como período de cotización efectiva al primer año de excedencia, no opera con relación a los funcionarios públicos incluidos en el Régimen de la Seguridad Social, ya que el artículo 29.4 de la LMRFP (en la redacción que incorporó la Ley 3/1989, y han seguido la LCVF y la LOI) establece que el período de excedencia surtirá efectos en los derechos pasivos. Ha de entenderse 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 solo a los pertenecientes al Régimen de «Clases Pasivas del Estado»– pues, en otro caso, se establecería un tratamiento diferenciado sin ninguna justificación.

³⁶⁶ Hasta el RDPF, la situación de asimilación al alta solo se predicaba del período de excedencia legal. No obstante, el RDPF dio nueva redacción a la disposición adicional tercera del RDMAT, de modo que la situación de asimilación al alta se amplió al período pactado en la negociación colectiva.

³⁶⁷ Artículo 4 de la Ley 4/1995.

9.2.2. Las modificaciones incorporadas por la LOI.

El apartado doce de la disposición adicional decimoctava de la LOI procede a la modificación del artículo 180 de la LGSS, regulador de la prestación familiar de naturaleza no económica, en los términos siguientes ³⁶⁸:

a) *Situaciones protegidas.*

Las modificaciones operadas en relación con las situaciones que dan lugar a la aplicación de la prestación no económica:

- Se amplía (duplicando el período anterior) a dos años el período de cotización efectiva que corresponda con el disfrute de excedencia por cuidado de hijo o persona menor acogido, en acogimiento familiar preadoptivo o permanente, aunque sea de la modalidad provisional. Este período se sitúa en 30 meses, si la familia en la que se inserta el hijo o la persona menor tiene la consideración de familia numerosa de categoría general, o en 36 meses si es de categoría especial.
- En los supuestos de excedencia por cuidado de familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, siempre que dichos familiares no desempeñen una actividad retribuida, el período de cotización efectiva se limita al primer año de excedencia ³⁶⁹.
- La cotización en el período de excedencia surte efectos para las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad ³⁷⁰.

³⁶⁸ Conforme a lo previsto en el apartado 3 de la disposición transitoria séptima de la LOI, las modificaciones incorporadas por la misma, respecto de la consideración como cotizado a la Seguridad Social del período de excedencia por cuidado de hijos o menores, así como de otros familiares, únicamente se aplica a las prestaciones de Seguridad Social que se causen a partir del día 24 de marzo de 2007 (día de la entrada en vigor de la LOI, conforme a la disp. final octava de aquella).

³⁶⁹ Esta limitación no alcanza a los funcionarios públicos, ya que todos los períodos de excedencia, lo sean por cuidado de hijo o por cuidado de otro familiar, se consideran computables a efectos de trienios, consolidación del grado personal y derechos pasivos (entendiendo esta expresión en sentido amplio y no solo limitada a su aplicación en el Régimen de Clases Pasivas del Estado). *Vid.* artículo 29.4.5.º párrafo de la LMRFP (en la redacción dada por el apdo. dos de la disp. adic. decimonovena de la LOI).

³⁷⁰ Antes de la modificación de 2004, surgían dudas sobre la aplicación de la cotización ficticia en los períodos de excedencia para el acceso a las prestaciones por maternidad, dada la ausencia de referencia a esta prestación de la Seguridad Social en el artículo 180 de la LGSS, de donde la Administración venía denegando la misma. Este criterio no era compartido por la jurisprudencia (STS de 15 de diciembre de 2003) a través de la cual se considera que, en el período de excedencia por cuidado de hijo, el trabajador/trabajadora se encuentra en situación de asimilación al alta, por lo que, de producirse un nuevo nacimiento, se tenía derecho a la prestación si se reúnen los demás requisitos que condicionan el acceso a la protección. Un breve análisis de esta sentencia en GARCÍA DE PAREDES, M.L.: «Excedencia por cuidado de hijo y alta en la Seguridad Social». *Actualidad Laboral*. N.º 11. 2004.

No obstante, la situación quedó resuelta con la entrada en vigor de la Ley 52/2003 (que modificó, entre otros preceptos, el art. 180 de la LGSS) que prevé, de forma expresa, la consideración del período de excedencia como situación de asimilación al alta a efectos de las prestaciones de maternidad.

- Si la regla general es que, a efectos de la determinación de la base de cotización en el período de excedencia, se tenga en cuenta el promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis meses anteriores a la excedencia, el apartado 4 del artículo 180 de la LGSS prevé que si dichos períodos de excedencia vienen precedidos de un período de reducción de jornada, en razón de cuidado de menor o persona con discapacidad³⁷¹, las cotizaciones efectuadas en el período de reducción se computan incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido, si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo³⁷².
- Por último, se establece otro beneficio «no económico» en el ámbito de las prestaciones familiares, ya que la LOI³⁷³ extiende el mismo también a los períodos de reducción de jornada en razón de cuidado de menor o de personas con discapacidad. En tal sentido y con efecto en las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, las cotizaciones realizadas durante los períodos de reducción de jornada (conforme al art. 37.5 del ET) se computan incrementadas al 100% de la cuantía que hubiese correspondido si se hubiese mantenido la cotización sin reducción de jornada.

Este beneficio se extiende a los dos primeros años de reducción, en el caso de menores, y al primer año de reducción en los demás supuestos³⁷⁴.

b) *Beneficiarios de la prestación no económica.*

Para poder acceder a la prestación familiar no económica (es decir, a la consideración como cotizado a la Seguridad Social de los períodos de excedencia indicados)³⁷⁵ se requiere que el trabajador³⁷⁶ pueda interrumpir su actividad en razón del cuidado de hijo menor de tres años, menor adopta-

³⁷¹ De acuerdo con lo previsto en el apartado 37.5 del ET (en la redacción incorporada por el apdo. cinco de la disp. adic. undécima de la LOI) quien, en razón de la guarda legal, tenga a su cuidado algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tiene derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario, entre, al menos, 1/8 y un máximo de la mitad de la duración de aquella.

³⁷² Un ejemplo permite entender mejor el beneficio incorporado. Piénsese en un trabajador que, en razón del cuidado de un menor, ha reducido 1/3 su jornada de trabajo y de su salario (el cual, desde los 1.800 euros/mes, se sitúa en 1.200). Para determinar la base de cotización en la situación de excedencia –a efectos del cálculo de las correspondientes prestaciones económicas– se computaría una base de cotización de 1.800 euros (aunque, en la realidad, en el período de reducción de jornada hubiese cotizado 1/3 menos).

³⁷³ Nuevo apartado 3 del artículo 180 de la LGSS (en la redacción dada por el apdo. doce de la disp. adic. undécima de la LOI).

³⁷⁴ Conforme a lo previsto en el apartado 3 de la disposición transitoria séptima de la LOI, las modificaciones incorporadas por la misma, respecto de la consideración como cotizados al 100% de los períodos de reducción únicamente se aplica a las prestaciones de Seguridad Social que se causen a partir del día 24 de marzo de 2007 (día de la entrada en vigor de la LOI, conforme a la disp. final octava de aquella).

³⁷⁵ Artículo 4 del RDPF.

³⁷⁶ Aunque la excedencia puede ser solicitada por igual por el trabajador o la trabajadora, se trata de una situación laboral y de una prestación de la Seguridad Social altamente feminizada. Según los datos de la Seguridad Social, durante el ejercicio 2004 se reconocieron un total de 28.922 excedencias, de las que 27.639 correspondieron a las madres y 1.283 (es decir, menos del 5%) a los padres. En el mismo sentido, en el 1.º trimestre de 2005, se reconocieron 9.275 excedencias, de las que 8.850 correspondieron a las madres y 425 a los padres.

do o acogido, o cuidado de otros familiares, teniendo el interesado derecho a volver a su antigua actividad y puesto de trabajo. Consecuentemente, quedan excluidos del beneficio los afiliados, trabajadores por cuenta propia, pertenecientes a los Regímenes Especiales Agrario, de Trabajadores Autónomos y de Trabajadores del Mar, así como los correspondientes al Régimen de Empleados de Hogar, aunque, con mayor o menor incidencia, tengan que interrumpir su actividad, en razón de cuidado de hijo ³⁷⁷.

Se exige, consecuentemente, que el trabajador/trabajadora ³⁷⁸ solicite una excedencia laboral por cuidado de un hijo menor u otro familiar pues es precisamente ese cuidado el hecho causante de la prestación.

Respecto de los trabajadores con contratos de duración determinada, ha de tenerse en cuenta que la suspensión de aquellos, en razón de la excedencia, no comporta la ampliación de la duración de los mismos ³⁷⁹. En consecuencia, en tanto los trabajadores con contrato temporal ejerzan el derecho previsto en el artículo 46.3, acceden a la prestación prevista en el artículo 180 de la LGSS, si bien limitada en el tiempo, a la propia duración de la excedencia ³⁸⁰.

El nacimiento o la adopción de sucesivos hijos, o el acogimiento de nuevos menores, da derecho a un nuevo período de excedencia y, por tanto, se inicia el cómputo de un nuevo período de cotización efectiva por cada disfrute de excedencia laboral a que puedan dar lugar los sucesivos hijos o menores u otros familiares.

Esta situación es coincidente con las cifras que diferentes estudios ponen de relieve sobre el sexo de la persona trabajadora que se ocupa de los hijos a cargo.

Ocupados con hijos a cargo menores de 12 años, según la persona que realiza el cuidado de los hijos fuera del horario laboral del ocupado, por sexo		
Situación	Varones	Mujeres
Principalmente solo	3,1	39,9
Comparto con la pareja	69,6	49,5
Principalmente su pareja	22,7	1,1
Principalmente otra persona del hogar o de la familia	1,0	4,3
Principalmente otra persona remunerada	0,9	1,8

FUENTE: *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: «Encuesta de calidad de vida en el trabajo. 2003». Madrid. 2005.*

³⁷⁷ Ahora bien, la razón de la exclusión de la prestación no deviene de forma directa de la normativa de la Seguridad Social, sino de la exclusión del ámbito de aplicación personal del ET.

³⁷⁸ Se entiende esta expresión, en cuanto persona incluida en el ámbito de alguno de los Regímenes de la Seguridad Social, comprendiendo también a quienes tienen con su «empresa» una relación funcional o estatutaria.

³⁷⁹ De acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 2720/1998. En el mismo sentido, y por lo que se refiere a los contratos formativos, el Real Decreto 488/1998.

³⁸⁰ De acuerdo con lo previsto en el artículo 7 del Real Decreto 2720/1998, que desarrolla el artículo 15 del ET, prevé que la suspensión de los contratos de duración determinada, en virtud de las causas establecidas en los artículos 45 y 46 del ET no origina la ampliación de la duración del contrato, salvo pacto en contrario. Asimismo, y en lo que se refiere a los contratos formativos, el artículo 19 del Real Decreto 488/1998 prevé que la suspensión de los contratos de acuerdo a los motivos recogidos en los artículos 45 y 46 del ET no llevan consigo la ampliación de su duración, salvo que se haya pactado otra cosa.

c) *Efectos del período de cotización efectiva.*

Los efectos de cotización a la Seguridad Social por los períodos de excedencia por cuidado de menor o familiar, así como de los supuestos de reducción de jornada por los mismos familiares o menores acogidos, son los siguientes:

- En el caso de la excedencia por cuidado de hijos, los dos primeros años ³⁸¹ de reserva de puesto de trabajo, se consideran como cotizados a efectos de las prestaciones de Seguridad Social ³⁸². El período de cotización efectiva se eleva a los 30 meses, en los casos de unidades familiares de las que forme parte el menor, respecto del que se solicita la excedencia, que tengan la consideración de familias numerosas de categoría general, y a 36 meses si se trata de familias numerosas de categoría especial. En el supuesto de excedencia por cuidado de otros familiares, el período de cotización se reduce al primer año de excedencia, aunque la negociación colectiva haya incrementado el período mínimo previsto en el artículo 46.3 del ET.
- La cotización no alcanza a la totalidad de las prestaciones, ya que quedan excluidas la IT, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y desempleo, estando el trabajador en situación de alta respecto del acceso de las prestaciones protegidas ³⁸³.
- Durante el período indicado, los beneficiarios mantienen el derecho a la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social.
- Respecto de las prestaciones en que opera como período de cotización efectiva, esta surte efectos tanto para completar los requisitos de acceso, como para la determinación de la cuantía de la prestación respectiva. Consecuentemente, y a efectos de las prestaciones cubiertas, los períodos de cotización sirven para completar los períodos mínimos de cotización exigible para el acceso a las correspondientes prestaciones; se tienen en cuenta a efectos de la determinación de la respectiva base reguladora y se consideran para el cálculo del porcentaje aplicable a la base reguladora, para la determinación del importe de la pensión de jubilación ³⁸⁴.
- Dado que en la excedencia no se devenga salario, ni se efectúa una cotización real ³⁸⁵, resulta necesario establecer una base de cotización, en orden al cálculo de las correspondientes prestaciones. Esta base de cotización ³⁸⁶ es el promedio de las bases de cotización realmente efectuadas por el interesado en los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del período de excedencia; si el beneficiario no tuviera acreditado el citado período de seis meses de cotización, se computa la base media de cotización correspondiente al período inmediatamente anterior al inicio de la excedencia, que resulte acreditado.

³⁸¹ O la parte proporcional, en caso de que no se llegue a completar un año de excedencia. Artículo 5 del RDPF.

³⁸² Artículo 6.2 del RDPF.

³⁸³ Artículo 6 del RDPF.

³⁸⁴ Véase nota 383.

³⁸⁵ Salvo que el trabajador suscriba un Convenio especial, de los regulados en la Orden/TAS/2865/2003, de 13 de octubre (modificada por las Orden/TAS/819/2004, de 12 de marzo).

³⁸⁶ Artículo 7 del RDPF.

- Por último, la aplicación del beneficio no económico puede ser solicitada en todo momento, dando lugar, en su caso, a la revisión de la cuantía de prestaciones ya reconocidas, así como al reconocimiento de nuevas prestaciones, anteriormente denegadas por no haber sido computados dichos períodos.

d) *La gestión de la prestación familiar de naturaleza no económica.*

La gestión de la prestación corresponde al INSS³⁸⁷, si bien tiene una participación esencial la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), por cuanto que las empresas deben comunicar a dicho Servicio Común de la Seguridad Social, y dentro del plazo de 15 días desde que se produzca, el inicio y la finalización del disfrute, por sus trabajadores, de los períodos de excedencia por cuidado de hijo, menor u otros familiares, con derecho de reserva de puesto de trabajo³⁸⁸.

9.2.3. Efectos en las prestaciones por desempleo.

Además de los efectos indicados respecto de las prestaciones por desempleo, en lo que respecta a la situación de excedencia por cuidado de determinados familiares, la LOI también regula los efectos en relación con el desempleo de las reducciones de jornada originadas por tales motivos, contempladas en el artículo 37 del ET, apartados 4.bis³⁸⁹, 5³⁹⁰ y 7³⁹¹.

En estos supuestos, la persona que reduce la jornada reduce, en la misma proporción, los salarios y, consecuencia directa de ello, las correspondientes bases de cotización a la Seguridad Social, por lo que esas reducciones de jornadas (que tienen como finalidad básica la de facilitar la conciliación de la vida personal y laboral con las obligaciones familiares) tienen un efecto negativo sobre las futuras prestaciones sociales.

Para paliar este efecto –y en línea con lo señalado para el art. 124.6 de la LGSS– se añade un nuevo apartado 5 al artículo 211 de la misma Ley³⁹², en la que se prevén los siguientes efectos:

- a) En los casos de reducción de jornada indicada, para el cálculo de la base reguladora de la prestación contributiva por desempleo, las bases de cotización acreditadas durante los mis-

³⁸⁷ Salvo que corresponda a afiliados al Régimen de Trabajadores del Mar, ya que, en este caso, la gestión corresponde al Instituto Social de la Marina.

³⁸⁸ Artículo 8 del RDPF. La omisión de la comunicación puede ser objeto de la sanción correspondiente, de acuerdo con la gravedad de la infracción, conforme a la LISOS.

³⁸⁹ Reducción de jornada por nacimientos de prematuros u hospitalización de los menores, tras el parto. La reducción alcanza hasta dos horas por día.

³⁹⁰ Reducción de jornada por cuidado de un menor de ocho años o un familiar, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado que no pueda valer por sí mismo y no realice actividad retribuida. La reducción se sitúa entre 1/8 y 1/2.

³⁹¹ Reducción de jornada en los casos de violencia de género.

³⁹² A través del apartado trece de la disposición adicional decimoctava de la LOI.

mos se computan incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiese correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo (y, con ello, el respectivo salario).

- b) De igual modo, si la situación de desempleo se origina cuando se está en un período de reducción de jornada, en los casos indicados, las cuantías máximas y mínima de la prestación por desempleo ³⁹³ se aplican sobre las horas trabajadas antes de la reducción de jornada.

A su vez, y partiendo de la constatación de la feminización del trabajo a tiempo parcial, por lo que cualquier minoración de la protección dispensada en esta situación afecta, con mayor incidencia, a las mujeres, se modifica la cuantía del subsidio por desempleo, cuando la pérdida del empleo anterior lo haya sido de uno realizado a tiempo parcial. En estos casos, en la regulación anterior, la cuantía del subsidio se percibía en proporción a las horas trabajadas respecto de la jornada ordinaria; en la LOI se modifica esta previsión ³⁹⁴ de forma que el subsidio asistencial de desempleo se percibirá en su integridad ³⁹⁵, con independencia del número de horas que se trabajase en el empleo perdido ³⁹⁶.

Con una finalidad similar, la disposición adicional decimoctava del ET ³⁹⁷ modifica el cálculo de las indemnizaciones previstas en la normativa laboral, alterando la base de salario que se haya de tener en cuenta, cuando en el momento de originarse el hecho que provoca la indemnización el trabajador había reducido la jornada –y, consecuentemente, su retribución– en razón de cuidado de familiares o menores.

Frente a la normativa anterior en que la base de salario era equivalente a la retribución que se venía percibiendo, en la LOI se establece que en los supuestos de reducción de jornada causados por atención a prematuros o de nacidos que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados ³⁹⁸; guarda legal de un menor de ocho años, persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida o familiar hasta segundo grado ³⁹⁹, o en razón de la violencia de género ⁴⁰⁰ el salario a tener en cuenta pasa a ser el que hubiese correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre que no hubiese transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción.

³⁹³ Conforme al apartado 5 del artículo 211 de la LGSS la cuantía máxima de la prestación por desempleo es equivalente al 175% del IPREM, salvo cuando el trabajador tiene a su cargo uno o más hijos; en cuyo caso ese límite se sitúa en el 200% (si tiene un hijo) o el 225% (si tiene dos o más hijos a cargo). Del mismo modo, la cuantía mínima de la prestación señalada es equivalente al 107 o al 80% del IPREM (según el desempleado tenga o no hijos a cargo).

³⁹⁴ Párrafo 2 del apartado 1, artículo 217 LGSS (en la redacción que incorpora el apdo. catorce de la disp. adic. decimoctava de la LOI).

³⁹⁵ Es decir, en el 133, 107 o el 80% del IPREM, según que la persona desempleada tenga familiares a cargo (y el número de los mismos) o no tenga tales responsabilidades familiares.

³⁹⁶ Conforme a la disposición transitoria octava, la cuantía por desempleo establecido en el artículo 217.1. 2.º párrafo de la LGSS (en la modificación incorporada por la LOI) se aplica únicamente a los derechos al subsidio por desempleo que nazcan a partir del día 24 de marzo de 2007 (fecha de entrada en vigor de la LOI, conforme a la disp. final octava de la misma).

³⁹⁷ Incorporada por el apartado veintiuno de la disposición adicional undécima de la LOI.

³⁹⁸ Artículo 37.4 bis del ET.

³⁹⁹ De acuerdo con las previsiones del artículo 37.5 del ET, en la redacción que incorpora la disposición adicional undécima de la LOI.

⁴⁰⁰ Artículo 37.7 del ET (apdo. añadido por la disp. adic. séptima.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género).

Este beneficio se aplica, de igual modo, en los supuestos de ejercicio a tiempo parcial de la suspensión de la relación laboral, a causa de la maternidad, el acogimiento o la paternidad ⁴⁰¹.

Anexo I

Cuadros comparativos de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en materia laboral con incidencia en la Seguridad Social

Permisos y reducciones de jornada	Regulación anterior	Nueva regulación
1. Adaptación de jornada (art. 34.8 ET)	No existe previsión específica.	El trabajador tiene derecho a <u>adaptar la duración y distribución de la jornada</u> de trabajo para hacer efectivo su derecho a la <u>conciliación</u> de la vida personal, familiar y laboral, de acuerdo con lo establecido en convenio colectivo o en acuerdo.
2. Permisos y reducciones de jornada (art. 37 ET)	<i>Nacimiento, hospitalización de hijo o familiar</i> Dos días por nacimiento de hijo o por fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de parientes hasta el segundo grado. Si, con tal motivo, se precisa desplazamiento, el permiso es de cuatro días.	<i>Nacimiento, hospitalización de hijo o familiar</i> Dos días por nacimiento de hijo y por fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización <u>o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario</u> , de parientes hasta el segundo grado. Si, con tal motivo, se precisa desplazamiento, el permiso es de cuatro días ⁴⁰² .
	<i>Lactancia</i> Por lactancia de un hijo menor de nueve meses, una hora de ausencia, que se puede dividir en dos fracciones. La mujer, opcionalmente puede sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora. Si ambos progenitores trabajan, el permiso puede ser disfrutado indistintamente por la madre o el otro progenitor.	<i>Lactancia</i> Por lactancia de un hijo menor de nueve meses ⁴⁰³ , una hora de ausencia, que se puede dividir en dos fracciones. <u>La duración del permiso se incrementa proporcionalmente en los casos de parto múltiple</u> . La mujer, opcionalmente, puede sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora, o <u>acumularlo en jornadas completas</u> , en los términos previstos en convenio colectivo o acuerdo. Si ambos progenitores trabajan, el permiso puede ser disfrutado indistintamente por la madre o el otro progenitor.

.../....

⁴⁰¹ De acuerdo con lo establecido en los artículos 48.4 y 48 bis del ET (en la redacción que incorporan los apdos. diez y once de la disp. adic. undécima de la LOI).

⁴⁰² En el ámbito de la Función Pública, si se trata de familiares en primer grado, el permiso es de tres días (cinco, si se precisa desplazamiento a otro municipio).

⁴⁰³ 12 meses, en el ámbito de la Función Pública.

<p>.../..</p>	<p>Parto prematuro</p> <p>En caso de nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier razón, precisen seguir hospitalizados, la madre o el otro progenitor puede ausentarse una hora en la jornada ⁴⁰⁴. Alternativamente, se tiene derecho a reducir la jornada, con reducción proporcional del salario, hasta un máximo de dos horas.</p>	<p>Parto prematuro</p> <p>Misma regulación.</p>
	<p>Guarda legal de menor, discapacitado o familiar</p> <p>Derecho a la reducción de la jornada entre 1/3 y 1/2, con reducción proporcional del salario, en los siguientes casos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cuidado de menor de seis años. • Cuidado de persona discapacitada que no desempeñe actividad retribuida. • Cuidado de familiar hasta el segundo grado que por razón de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no ejerza actividad retribuida. <p>La reducción constituye un derecho individual de los hombres y las mujeres. Si dos o más trabajadoras de la misma empresa generan el derecho por el mismo sujeto causante, el empresario puede limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas.</p>	<p>Guarda legal de menor, discapacitado o familiar</p> <p>Derecho a la reducción de la jornada entre 1/8 y 1/2, con reducción proporcional del salario, en los siguientes casos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cuidado de <u>menor de ocho años</u> ⁴⁰⁵. • Cuidado de persona discapacitada que no desempeñe actividad retribuida. • Cuidado de familiar hasta el segundo grado que por razón de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no ejerza actividad retribuida ⁴⁰⁶. <p>La reducción constituye un derecho individual de los hombres y las mujeres. Si dos o más trabajadoras de la misma empresa generan el derecho por el mismo sujeto causante, el empresario puede limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas.</p>
<p>3. Vacaciones (art. 38.3 ET)</p>	<p>El calendario de vacaciones se fija en cada empresa. El trabajador ha de conocer las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute.</p>	<p>El calendario de vacaciones se fija en cada empresa. El trabajador ha de conocer las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute.</p> <p>Si el período de vacaciones fijado coincide con una <u>IT derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural, o con el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad</u> (biológica o por adopción o acogimiento, en los términos establecidos en el art. 48.4 ET), se tiene <u>derecho a disfrutarlas en fecha diferente</u>, una vez finalizado el período de incapacidad o de disfrute del descanso, aunque haya terminado el año natural al que las vacaciones correspondan ⁴⁰⁷.</p>

⁴⁰⁴ Dos horas, en el ámbito de la Función Pública.

⁴⁰⁵ 12 años, en el ámbito de la Función Pública.

⁴⁰⁶ En el ámbito de la Función Pública, si el cuidado corresponde a un familiar en primer grado, se tiene derecho a una reducción de hasta el 50% de la jornada, con carácter retribuido, y por el plazo de un mes.

⁴⁰⁷ El mismo derecho se recoge en el ámbito de la Función Pública (art. 59 de la LOI).

Maternidad	Regulación anterior	Nueva regulación
1. Descanso por maternidad biológica ⁴⁰⁸ (art. 48.4 ET)	<p>Duración</p> <ul style="list-style-type: none"> • 16 semanas, ampliables, en caso de parto múltiple, en dos semanas por cada hijo a partir del segundo. • En caso de fallecimiento de la madre, trabajadora o no, el padre puede disponer del período de descanso que reste. • En caso de fallecimiento del hijo, la suspensión se extingue al transcurrir las seis semanas de descanso obligatorio tras el parto. • Si la madre no tiene derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestación, el padre no puede hacer uso del descanso por el período que hubiera correspondido a aquella. • El descanso puede disfrutarse en régimen de jornada parcial. 	<p>Duración</p> <ul style="list-style-type: none"> • 16 semanas, ampliables, en caso de parto múltiple, en dos semanas por cada hijo a partir del segundo. <u>Ampliación en dos semanas si el hijo es discapacitado.</u> • Misma regulación, especificando que, en caso de fallecimiento de la madre trabajadora, <u>no se resta</u> del período de descanso que corresponde al otro progenitor el período de descanso previo al parto que pudo disfrutar aquella. • En caso de fallecimiento del hijo, <u>se puede disponer del período completo</u> de descanso. • Si la madre <u>no tiene derecho</u> a suspender su actividad profesional con derecho a prestación, <u>el otro progenitor puede hacer uso del descanso</u> por el período que hubiera correspondido a aquella. • El descanso puede disfrutarse en régimen de jornada parcial.
	<p>Uso compartido</p> <p>Si madre y padre trabajan, pueden distribuirse el período de suspensión, salvo las seis semanas postparto, que corresponden en exclusiva a la madre. Dicha cesión queda invalidada si la incorporación de la madre al trabajo supone riesgo para su salud.</p>	<p>Uso compartido</p> <p>Si ambos progenitores trabajan, pueden distribuirse el período de suspensión, salvo las seis semanas postparto, que corresponden en exclusiva a la madre. Dicha cesión <u>mantiene su efectividad</u>, aunque, en el momento previsto para la incorporación de la madre al trabajo, esta <u>se encuentre en IT</u>.</p>
	<p>Parto prematuro</p> <p>En caso de parto prematuro, o en cualquier supuesto en que el nacido deba permanecer hospitalizado tras el parto, se puede interrumpir el cómputo de la suspensión, pero sin ampliar su duración.</p>	<p>Parto prematuro</p> <p>En caso de parto prematuro, o en cualquier supuesto en que el nacido deba permanecer hospitalizado tras el parto, el descanso se puede interrumpir y, en determinados casos, ampliarse hasta un máximo de <u>13 semanas adicionales</u>, en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.</p>

.../...

⁴⁰⁸ Descanso de la madre y posibilidad de uso del mismo por el otro progenitor.

.../...		
<p>2. Descanso por acogimiento y adopción 409 (art. 48.4 ET)</p>	<p>Supuestos protegidos</p> <p>Adopción y acogimiento preadoptivo o permanente de menores de seis años, o de menores de edad discapacitados o que, por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar. No se hace referencia expresa al acogimiento provisional.</p>	<p>Supuestos protegidos</p> <p>Adopción y acogimiento preadoptivo, permanente <u>y simple (siempre que este último tenga una duración no inferior a un año)</u> de menores de seis años 410, o de menores de edad discapacitados o que, por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar. Se contempla de forma expresa el <u>acogimiento provisional</u>.</p>
	<p>Beneficiarios</p> <p>Padre y madre, que pueden distribuirse de forma voluntaria el período de suspensión.</p>	<p>Beneficiarios</p> <p><u>Ambos progenitores</u>, que pueden distribuirse de forma voluntaria el período de suspensión.</p>
	<p>Duración</p> <ul style="list-style-type: none"> • 16 semanas, ampliables, en caso de acogimiento o adopción múltiples, en dos semanas por cada menor adoptado o acogido a partir del segundo. • En caso de adopción internacional, y cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión puede iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción. • El descanso puede disfrutarse en régimen de jornada parcial. 	<p>Duración</p> <ul style="list-style-type: none"> • 16 semanas, ampliables, en caso de acogimiento o adopción múltiples, en dos semanas por cada menor adoptado o acogido a partir del segundo. <u>Ampliación en dos semanas en caso de discapacidad del adoptado o del menor acogido.</u> • En caso de adopción internacional, y cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión puede iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción 411. • El descanso puede disfrutarse en régimen de jornada parcial.

409 Descanso para ambos progenitores.

410 En el ámbito de la Función Pública, de menores de edad.

411 En el ámbito de la Función Pública, si, en los supuestos de adopción internacional, es necesario el desplazamiento de los adoptantes al país de origen del adoptado, el funcionario tiene derecho a disfrutar de un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo solamente las retribuciones básicas. Independientemente de esto, el permiso de 16 semanas (o del período que corresponda en función de las circunstancias del adoptado) puede iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción.

Paternidad	Regulación anterior	Nueva regulación
<p>1. Descanso por paternidad (art. 48 bis ET)</p>	<p>No existe descanso por paternidad.</p>	<p>Se crea un <u>descanso específico</u> por paternidad.</p> <p>Supuestos protegidos</p> <ul style="list-style-type: none"> • El nacimiento de <u>hijo, la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente y simple</u> (siempre que este último tenga una duración no inferior a un año) de menores de seis años, o de menores de edad discapacitados o que, por sus circunstancias o experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar. • Se incluye el <u>acogimiento provisional</u>. <p>Beneficiarios</p> <p>En el supuesto de <u>parto</u>, corresponde exclusivamente al otro progenitor; en el de <u>acogimiento o adopción</u> corresponde a <u>uno de los progenitores</u>, a elección de los interesados, salvo que el período de descanso por maternidad lo haya disfrutado completo uno de ellos, en cuyo caso corresponderá al otro.</p> <p>Duración</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>13 días ininterrumpidos</u>, ampliables, en caso de parto o acogimiento y adopción múltiples, en <u>2 días</u> por cada hijo a partir del segundo ⁴¹². • <u>Compatible con el disfrute compartido de los descansos</u> por maternidad biológica y por acogimiento o adopción. <p>El descanso puede disfrutarse en <u>régimen de jornada parcial</u> de un mínimo del 50%, en los términos que se establezcan reglamentariamente.</p>

⁴¹² La suspensión del contrato de trabajo por paternidad se acumula al permiso laboral de dos días por nacimiento de hijo.

Excedencia	Regulación anterior	Nueva regulación
1. Excedencia voluntaria (art. 46.2 ET)	El trabajador con, al menos, una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor de dos años y no mayor de cinco.	El trabajador con, al menos, una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor de <u>cuatro meses</u> y no mayor de cinco años.
2. Excedencia con reserva de puesto de trabajo (art. 46.3 ET)	<ul style="list-style-type: none"> • Se tiene derecho a un período de excedencia por un período no superior a tres años para atender al cuidado de hijo, o de menor acogido, en acogimiento preadoptivo o permanente. • Se tiene derecho a un período de excedencia de duración no superior a un año (ampliable por negociación colectiva) por cuidado de familiar hasta el segundo grado, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. • El derecho es individual de mujeres y hombres. Si dos o más trabajadores generan derecho por el mismo sujeto causante se puede limitar el ejercicio de aquel por razones justificadas. • El período de excedencia computa a efectos de antigüedad y de reserva de puesto de trabajo. Durante el primer año, la reserva es al mismo puesto de trabajo; transcurrido dicho plazo, la reserva lo es a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. • El plazo de reserva del mismo puesto de trabajo alcanza hasta 15 meses, en los casos de familia numerosa de categoría general, y 18 meses, si se trata de familia numerosa de categoría especial. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se tiene derecho a un período de excedencia por un período no superior a tres años para atender al cuidado de hijo, o de menor acogido en los supuestos de acogimiento, tanto permanente, como preadoptivo, <u>aunque sean provisionales</u>. • Se tiene derecho a un período de excedencia de duración no superior a <u>dos años</u> ⁴¹³ (ampliables por negociación colectiva) por cuidado de familiar hasta el segundo grado, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. • La excedencia, que <u>puede disfrutarse de forma fraccionada</u>, constituye un derecho individual de mujeres y hombres. Si dos o más trabajadores generan derecho por el mismo sujeto causante se puede limitar el ejercicio de aquel por razones justificadas. • El período de excedencia computa a efectos de antigüedad y de reserva de puesto de trabajo. Durante el primer año, la reserva es al mismo puesto de trabajo; transcurrido dicho plazo, la reserva lo es a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. • El plazo de reserva del mismo puesto de trabajo alcanza hasta 15 meses, en los casos de familia numerosa de categoría general, y 18 meses, si se trata de familia numerosa de categoría especial.

⁴¹³ En el ámbito de la Función Pública, el periodo de excedencia por cuidado de familiar alcanza hasta los tres años.

Otras situaciones y beneficios	Regulación anterior	Nueva regulación
1. Suspensión por riesgo durante la lactancia [arts. 45.1 d) y 48.5 ET]	No existe la suspensión del contrato de trabajo, aunque se produzca la aparición del riesgo durante la lactancia.	<i>Posibilidad de suspender el contrato de trabajo</i> (en una regulación muy similar a la existente en la situación de riesgo durante el embarazo) en los casos de lactancia natural de un menor de nueve meses: <ul style="list-style-type: none"> • La suspensión <u>se produce</u> cuando, debiendo la trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, dicho cambio no resulta técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. • La suspensión <u>se extingue</u> en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, o cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.
2. Mejora de las condiciones de trabajo (art. 48.4 último párrafo ET)	No existe una previsión expresa sobre el particular.	Los trabajadores tienen derecho a beneficiarse de <u>cualquier mejora</u> en las condiciones de trabajo a la que hubieran tenido derecho durante la suspensión del contrato de trabajo en los supuestos de riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad y riesgo durante la lactancia ⁴¹⁴ .
3. Cálculo de indemnizaciones en supuestos de reducción de jornada y suspensiones (disp. adic. 18.ª ET)	No existe previsión.	En los casos de <u>reducción de jornada</u> (art. 37 ET, apdos. 4 bis, 5 y 7) o de <u>ejercicio a tiempo parcial</u> de las suspensiones del contrato de trabajo por maternidad o paternidad, el <u>salario</u> a tener en cuenta a efectos de las <u>indemnizaciones</u> previstas en el ET, será el que hubiese correspondido al trabajador <u>sin considerar la reducción de la jornada</u> .

⁴¹⁴ Igual derecho se establece en el ámbito de la Función Pública.

Anexo II

Cuadros comparativos de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en materia de Seguridad Social

Prestación de Seguridad Social por maternidad	Regulación anterior	Nueva regulación
1. Prestación contributiva. (Título II. Capítulo IV bis. Secc. 1.ª LGSS).	<p>Requisitos</p> <p>Se exige acreditar un período mínimo de cotización de 180 días dentro de los cinco años anteriores.</p>	<p>Requisitos</p> <p>Se flexibiliza y reduce el período mínimo de cotización exigido, en función de la edad de los beneficiarios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Menor de 21 años</u>: no se exige. • <u>Entre 21 y 26 años</u>: 90 días dentro de los siete años anteriores, o, alternativamente, 180 a lo largo de la vida laboral. • <u>Mayor de 26 años</u>: 180 días dentro de los siete años anteriores, o, alternativamente, 360 a lo largo de la vida laboral.
	<p>Prestación</p> <p>100% de la base de cotización del mes anterior. Especialidades en el caso de trabajadores a tiempo parcial.</p>	<p>Prestación</p> <p>Se mantiene la misma regulación.</p>
2. Prestación asistencial. (Título II. Capítulo IV bis. Secc. 2.ª LGSS).	<p>No existe.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • En caso de parto, para la madre biológica. • Si no se reúne el período mínimo de cotización, se reconoce un <u>subsido especial</u>, equivalente al 100% del IPREM, durante 42 días, a contar desde el parto.
3. Maternidad y desempleo (arts. 124.6 y 222 LGSS)	<p>Extinción del contrato durante el descanso</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se sigue percibiendo la prestación de maternidad hasta que finalice el período de suspensión, pasando entonces a desempleo. • Extinguido el contrato de trabajo, no hay cotización. 	<p>Extinción del contrato durante el descanso</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se sigue percibiendo la prestación de maternidad hasta que finalice el período de suspensión, pasando entonces a desempleo. • Extinguido el contrato, <u>el período de maternidad que subsista será considerado como de cotización efectiva a efectos de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.</u>

.../...

<p>.../...</p>	<p><i>Inicio del descanso durante la percepción de la prestación por desempleo</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Se percibe la prestación por maternidad en la cuantía que corresponda. • El período de desempleo no se amplía por el hecho de pasar a la situación de maternidad. • El SPEE continúa satisfaciendo las cotizaciones a la Seguridad Social. 	<p><i>Inicio del descanso durante la percepción de la prestación por desempleo</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Se suspende la prestación por desempleo</u> y la cotización a cargo del SPEE, pasando a <u>percibirse la prestación de maternidad, a cargo de la Entidad Gestora.</u> • Extinguida la prestación de maternidad, <u>se reanuda la percepción de la prestación por desempleo</u> que restaba de percibir, sin reducción en su duración, y en la cuantía que correspondiese.
<p>4. Aplicación a los regímenes especiales (disp. adic. 11.^a bis LGSS)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Aplicable a todos los regímenes especiales de trabajadores por cuenta ajena, en los mismos términos y condiciones que los trabajadores del Régimen General. • En el caso de trabajadores por cuenta propia, se otorgan las prestaciones con el mismo alcance que en el Régimen General, con la excepción de la no aplicación del descanso en régimen de jornada parcial. • En el caso de trabajadores por cuenta propia (así como en el de trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Empleados de Hogar responsables de la obligación de cotizar) es requisito para el reconocimiento y abono de la prestación que los interesados se encuentren al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. 	<ul style="list-style-type: none"> • Las modificaciones introducidas en materia de maternidad se aplican a <u>todos los regímenes especiales.</u> • Las modificaciones introducidas en materia de maternidad se extienden a los <u>trabajadores por cuenta propia</u>, incluyendo el <u>descanso en jornada parcial</u>, en los términos que reglamentariamente se establezcan. • En el caso de trabajadores por cuenta propia (así como en el de trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Empleados de Hogar responsables de la obligación de cotizar) es requisito para el reconocimiento y abono de la prestación que los interesados se encuentren al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.

Prestación de Seguridad Social por paternidad	Regulación anterior	Nueva regulación
<p>1. Contenido (Título II. Capítulo IV ter LGSS)</p>	<p>No existe una prestación económica por paternidad.</p>	<p><i>Se establece una prestación económica por paternidad</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Se exige un <u>período mínimo de cotización</u> de 180 días dentro de los siete años anteriores, o, alternativamente, de 360 días a lo largo de la vida laboral. • La <u>cuantía</u> se determina aplicando a una base reguladora, calculada de manera similar a la de maternidad, un 100%. • La <u>gestión</u> corresponde <u>en exclusiva al INSS</u>, que abona el subsidio directamente.
<p>2. Paternidad y desempleo (arts. 124.6 y 222 LGSS)</p>	<p>No existe esta posibilidad, al no producirse la suspensión.</p>	<p><i>Extinción del contrato durante el descanso</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Se sigue percibiendo la prestación por paternidad</u> hasta que finalice el período de suspensión, pasando entonces a desempleo. • Extinguido el contrato, el <u>período de paternidad que subsista</u> será considerado como <u>de cotización efectiva</u> a efectos de <u>jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad</u>. <p><i>Inicio del descanso durante la percepción de la prestación por desempleo</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Se suspende la prestación por desempleo</u> y la cotización a cargo del SPEE, pasando a <u>percibirse la prestación de paternidad, a cargo de la Entidad Gestora</u>. • Extinguida la prestación de paternidad, se <u>reanuda la percepción de la prestación por desempleo</u> que restaba de percibir, sin reducción de duración, y en la cuantía que correspondiese.
<p>3. Aplicación a los regímenes especiales (disp. adic. 11.ª bis LGSS)</p>	<p>No existe esta prestación.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Se aplica a todos los regímenes especiales. • En el caso de los trabajadores por cuenta propia, se aplica el descanso en jornada parcial, en los términos que reglamentariamente se establezcan. • En el caso de trabajadores por cuenta propia (así como en el de trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Empleados de Hogar que sean responsables de la obligación de cotizar) es requisito para el reconocimiento y abono de la prestación que los interesados se encuentren al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.

Prestación de Seguridad Social por riesgo durante el embarazo (Título II. Capítulo IV quater y disp. adic. 8.ª 4 LGSS)	Regulación anterior	Nueva regulación
	Naturaleza Prestación derivada de contingencias comunes.	Naturaleza Prestación derivada de contingencias profesionales.
	Requisitos Acreditar un período mínimo de cotización de 180 días dentro de los cinco años anteriores.	Requisitos No se exige acreditar ningún período mínimo de cotización.
	Cálculo <ul style="list-style-type: none"> • Base reguladora: similar a la base reguladora de la IT derivada de contingencias comunes. • Porcentaje: 75%. 	Cálculo <ul style="list-style-type: none"> • Base reguladora: similar a la base reguladora de la IT derivada de contingencias profesionales. • Porcentaje: 100%.
	Nacimiento y extinción Desde el día de suspensión del contrato hasta el inicio del descanso por maternidad o la reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo o a otro compatible con su estado.	Nacimiento y extinción Desde el día de suspensión del contrato hasta el inicio del descanso por maternidad o la reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo o a otro compatible con su estado.
	Gestión Exclusivamente por el INSS.	Gestión Por el INSS o por una Mutua, en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de las contingencias profesionales de sus trabajadores.
	Aplicación a los regímenes especiales <ul style="list-style-type: none"> • Aplicable a las trabajadoras por cuenta ajena. • Aplicable a las trabajadoras por cuenta propia en los términos que reglamentariamente se establezcan. 	Aplicación a los regímenes especiales <ul style="list-style-type: none"> • Las modificaciones son aplicables a las trabajadoras por cuenta ajena. • Las modificaciones son aplicables a las trabajadoras por cuenta propia, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Prestación de Seguridad Social por riesgo durante la lactancia (Título II, Capítulo IV quinquies y disp. adic. 8.ª 4 LGSS)	Regulación anterior	Nueva regulación
	No existe la prestación, al no producirse la suspensión del contrato.	<p>Naturaleza Prestación derivada de contingencias profesionales.</p> <p>Requisitos No se exige acreditar período mínimo de cotización.</p> <p>Cálculo</p> <ul style="list-style-type: none"> • Base reguladora: similar a la base reguladora de la IT derivada de contingencias profesionales. • Porcentaje: 100%. <p>Nacimiento y extinción Desde el día de inicio de la suspensión del contrato de trabajo hasta que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo o a otro compatible con su estado.</p> <p>Gestión Por el INSS o por una Mutua, en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de las contingencias profesionales de sus trabajadores.</p> <p>Aplicación a los regímenes especiales</p> <ul style="list-style-type: none"> • Aplicable a las trabajadoras por cuenta ajena. • Aplicable a las trabajadoras por cuenta propia en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezcan.

«Coste 0» en la cotización a la Seguridad Social (RDL 11/1998 y disp. adic. 2.ª Ley 12/2001)	Regulación anterior	Nueva regulación
1. Riesgo durante el embarazo y maternidad	<p><i>Bonificación de los contratos de interinidad celebrados para sustituir a los trabajadores en situación de riesgo durante el embarazo y maternidad</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • 100% en las cuotas empresariales a la Seguridad Social y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta. • Aplicable a la sustitución de trabajadores autónomos. 	<p><i>Bonificación de los contratos de interinidad celebrados para sustituir a los trabajadores en situación de riesgo durante el embarazo y maternidad</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Misma regulación. • Misma regulación.
	<p><i>Bonificaciones en las cuotas de los propios trabajadores sustituidos</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • 100% en las cuotas empresariales a la Seguridad Social y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta. • No aplicable a los trabajadores autónomos. 	<p><i>Bonificaciones en las cuotas de los propios trabajadores sustituidos</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Misma regulación. • Se aplica a los trabajadores autónomos una bonificación del 100% sobre la cuota que resulte de aplicar el tipo de cotización obligatorio a la base mínima o fija.
2. Paternidad y riesgo durante la lactancia natural	<p>No existe la bonificación, al no producirse la suspensión del contrato.</p>	<p><i>Bonificación de los contratos de interinidad celebrados para sustituir a los trabajadores en situación de paternidad o de riesgo durante la lactancia natural</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • 100% en las cuotas empresariales a la Seguridad Social y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta. • Aplicable a la sustitución de trabajadores autónomos. <p><i>Bonificaciones en las cuotas de los trabajadores sustituidos</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • 100% en las cuotas empresariales a la Seguridad Social y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta. • Se aplica a los trabajadores autónomos una bonificación del 100% sobre la cuota que resulte de aplicar el tipo de cotización obligatorio a la base mínima o fija.

Prestaciones familiares contributivas	Regulación anterior	Nueva regulación
1. Consideración como cotizados de períodos de excedencia por cuidado de hijos (art. 180.1 LGSS)	<p>Período que se considera cotizado</p> <ul style="list-style-type: none"> El primer año de excedencia con reserva de puesto de trabajo del período de excedencia que los trabajadores disfruten en razón del cuidado de cada hijo, o de menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo. Ampliación del período considerado efectivamente cotizado, en el supuesto de familias numerosas: <ul style="list-style-type: none"> 15 meses, en el caso de familias numerosas de categoría general. 18 meses, en el caso de familias numerosas de categoría especial. <p>Alcance como cotizado de dicho período Prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y maternidad.</p>	<p>Período que se considera cotizado</p> <ul style="list-style-type: none"> Los dos primeros años ⁴¹⁵ del período de excedencia que los trabajadores disfruten en razón de cada hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque tengan carácter provisional. Ampliación del período considerado como efectivamente cotizado, en el supuesto de familias numerosas: <ul style="list-style-type: none"> 30 meses, en el caso de familias numerosas de categoría general. 36 meses, en el caso de familias numerosas de categoría especial. <p>Alcance como cotizado de dicho período Prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.</p>
2. Consideración como cotizados de períodos de excedencia por cuidado de otros familiares (art. 180.2 LGSS)	<p>Período que se considera cotizado</p> <p>El primer año de excedencia para cuidado de familiar hasta el segundo grado que, por razones de edad, enfermedad, accidente o discapacidad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad remunerada.</p> <p>Alcance como cotizado de dicho período Prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y maternidad.</p>	<p>Período que se considera cotizado</p> <p>El mismo período ⁴¹⁶.</p> <p>Alcance como cotizado de dicho período Prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.</p>
3. Consideración como cotizados al 100% de períodos de reducción de jornada por cuidado de hijos, discapacitados y otros familiares (art. 180.3 LGSS)	<p>No existe.</p>	<p>Período que se considera cotizado al 100%</p> <p>Las cotizaciones realizadas durante determinados períodos en supuestos de reducción de jornada que traen consigo una reducción proporcional del salario:</p> <ul style="list-style-type: none"> Los dos primeros años, en el supuesto de cuidado de menores de ocho años. El primer año, en el resto de supuestos. <p>Alcance del incremento de las cotizaciones Prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.</p>

.../...

⁴¹⁵ En el ámbito de la Función Pública, todo el período de excedencia se computa a efectos de derechos pasivos.

⁴¹⁶ En el ámbito de la Función Pública, esta excedencia alcanza hasta tres años, y todo el período se computa a efectos de derechos pasivos.

.../...		
4. Consideración como cotizados al 100% de los períodos de reducción de jornada, para la consideración como cotizados de los períodos de excedencia señalados en 1 y 2 (art. 180.4 LGSS)	No existe.	<p>Supuesto sobre el que se aplica</p> <p>Cuando las situaciones de excedencia señaladas en los puntos 1 y 2 vengan precedidas de una reducción de jornada de las previstas en el punto 3.</p> <p>Efectos</p> <p>Para considerar como cotizados los períodos de excedencia que correspondan, se toman incrementadas al 100% las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada.</p>

Medidas relacionadas con el desempleo	Regulación anterior	Nueva regulación
1. Cálculo de la prestación por desempleo desde una reducción de jornada (art. 211.5 LGSS)	A efectos del cálculo de la prestación se toma en cuenta el salario cotizado durante la situación de reducción de jornada.	<p>En los casos de reducción de jornada por cuidado de hijo, discapacitado o familiar que no pueda valerse por sí mismo, a efectos de lo prestación por desempleo se tiene en cuenta lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computan incrementadas al 100% de la cuantía que hubiese correspondido si se hubiese mantenido sin reducción el trabajo anterior. • Si el desempleo se produce estando el trabajador en reducción de jornada, las cuantías máxima y mínima del importe del desempleo, se aplican en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada.
2. Subsidio por desempleo en trabajo a tiempo parcial (art. 217.1 LGSS)	La cuantía del subsidio por desempleo se reduce en proporción a las horas previamente trabajadas.	La cuantía del subsidio por desempleo se percibe en cuantía completa.
3. Maternidad, paternidad y desempleo (art. 222 LGSS)	<p>Extinción del contrato durante el descanso</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se sigue percibiendo la prestación de maternidad ⁴¹⁷ hasta que finalice el período de suspensión, pasando entonces a desempleo. 	<p>Extinción del contrato durante el descanso</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se sigue percibiendo la prestación de maternidad o paternidad hasta que finalice el período de suspensión, pasando entonces a desempleo.

⁴¹⁷ Solamente aplicable respecto de la maternidad, ya que no existe el descanso por paternidad.

<p>.../...</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Extinguido el contrato de trabajo, no hay cotización. 	<ul style="list-style-type: none"> • Extinguido el contrato, el período de maternidad o paternidad que subsista será considerado como de cotización efectiva a efectos de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.
	<p><i>Inicio del descanso durante la percepción de la prestación por desempleo</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Se percibe la prestación de maternidad⁴¹⁸, en la cuantía que corresponda. • El período de desempleo no se amplía por el hecho de pasar a la situación de maternidad. El SPEE continúa satisfaciendo las cotizaciones a la Seguridad Social. 	<p><i>Inicio del descanso durante la percepción de la prestación por desempleo</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Se suspende la prestación por desempleo y la cotización a cargo del SPEE, pasando a percibirse la prestación de maternidad o paternidad a cargo de la Entidad Gestora. • Extinguida la prestación de maternidad o paternidad, se reanuda la percepción de la prestación por desempleo que restaba, sin reducción en su duración, y en la cuantía que correspondiese.

Otras medidas en materia de protección	Regulación anterior	Nueva regulación
<p>1. Cómputo de períodos cotizados por parto (disp. adic. 44.^a LGSS)</p>	<p>No existe.</p>	<p><i>Supuesto al que se aplica</i> Mujeres excluidas del sistema de Seguridad Social en el momento del parto, que se incorporen al mismo como trabajadoras.</p> <p><i>Período que se computa</i> 112 días, por cada parto de un solo hijo, y 14 días más por cada hijo a partir del segundo, en caso de parto múltiple.</p> <p><i>Alcance del cómputo</i> Las cotizaciones surten efectos para las pensiones contributivas de jubilación y de IT.</p>

⁴¹⁸ Solamente aplicable respecto de la maternidad, ya que no existe el descanso por paternidad.