



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral (La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos)

M^a Pilar Rivas Vallejo

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

***La tutela de la maternidad
en el ordenamiento jurídico laboral
(La suspensión del contrato de trabajo
por nacimiento o adopción de hijos)***

M^a Pilar Rivas Vallejo

Universidad de Barcelona
Departamento de Derecho Mercantil y
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Programa de Doctorado "Transformaciones del Derecho del Trabajo".
Bienio 1994-1995

***La tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral
(La suspensión del contrato de trabajo
por nacimiento o adopción de hijos)***

Tesis Doctoral
que presenta M^a Pilar Rivas Vallejo
para optar al título de doctor en Derecho

Barcelona, mayo de 1998

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
I. PRELIMINARES	5
II. FUNDAMENTOS Y ÓPTICAS DEL ESTUDIO DE "LA MATERNIDAD"	6
III. CONTENIDO Y ESTRUCTURA DE LA OBRA.....	9
TÍTULO I: LA TUTELA LABORAL DE LA MATERNIDAD	13
CAPÍTULO I: DELIMITACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. PERSPECTIVA HISTÓRICA.	15
1. El marco de protección: el trabajo de la mujer y la protección a la familia.	15
1.1. El trabajo de la mujer en la historia. Las medidas <i>proteccionistas</i>	18
1.2. El trabajo de la mujer hoy: la inserción laboral de la mujer.	28
1.3. El principio de igualdad en la regulación de la protección de la maternidad. ...	32
1.3.1. Introducción.	32
1.3.2. La protección contra la discriminación por razón de sexo.....	34
1.3.2.1. Introducción.....	34
1.3.2.2. Igualación y acción afirmativa	40
A. Derecho internacional	42
A. 1. Derecho Internacional Convencional.....	42
A.2. Derecho social comunitario	44
B. Derecho español	50
a) La tutela de la igualdad por razón de sexo.....	50
b) La discriminación positiva y la acción afirmativa.	55
1.4. La protección a la familia en la historia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.	60
1.4.1. Introducción	60
1.4.2. Derecho del Trabajo.....	60
1.4.3. Derecho de la Seguridad Social.....	66
1.4.3.1. Líneas generales.....	66
1.4.3.2. El régimen de prestaciones a la familia y su evolución.	69
1.5. La protección a la familia en el vigente Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.	77
2. La maternidad ante la ley laboral.	84
2.1. Introducción	84
2.2. La relación de trabajo.	86
2.3. La protección de la salud de la trabajadora embarazada y del feto.	88
2.4. La protección por parte del Sistema de la Seguridad social.	96
CAPÍTULO II: TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA MATERNIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO	98
Introducción	98
I. El plano internacional.....	98
1. Los organismos internacionales. La O.I.T. y la maternidad.	98
2. Normas europeas de origen convencional	101
3. El Derecho Social Comunitario y la tutela de la maternidad.....	101
II. Estudio Comparado de las Legislaciones Europeas en relación a la Protección jurídica de la Maternidad desde el ámbito Laboral.	107
1. Las figuras jurídicas utilizadas para la tutela de la familia y de la maternidad.....	107
2. Los mecanismos de protección contra la discriminación por razones de maternidad.....	110
2.1. Introducción	110
2.2. La maternidad como causa impeditiva del acceso al empleo.	110
2.3. El despido discriminatorio por razón de maternidad.	113
2.3.1. El contexto internacional.....	115

2.3.2. La protección contra el despido en el Derecho comparado	117
Europa.....	118
Dos ejemplos de Latinoamérica.....	128
2.3.3. Embarazo y continuidad de la relación laboral en el Derecho español	131

TÍTULO II: LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR NACIMIENTO O ADOPCIÓN DE HIJOS. 144

CAPÍTULO I: NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUSPENSIÓN CONTRACTUAL..... 146

Introducción	146
1. Concepto	151
1.1. La suspensión del contrato en el Derecho común	151
1.2. Fundamento	158
1.2.1. La búsqueda del concepto. La teoría de la suspensión. Evolución de la doctrina.	158
1.2.2. Conclusiones.....	195
1.3. Naturaleza	203
1.3.1. Introducción	203
1.3.2. Construcción del concepto	203
1.3.3. Clasificación	216
1.3.4. Derecho positivo	219
2. Efectos jurídicos de la suspensión del contrato	222
3. Distinción de figuras afines	243
3.1. Interrupción y suspensión	244
3.2. Extinción y suspensión	250
4. Tratamiento en el ET. Los supuestos legales de suspensión del contrato de trabajo	252
4.1. Cuestiones generales.....	252
4.2. Examen de las causas de suspensión previstas en el ET.....	256
4.3. La excedencia	280
4.3.1. Consideraciones generales	280
4.3.2. Origen y evolución de la figura.....	283
4.3.3. Naturaleza y efectos	286

CAPÍTULO II: LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MATERNIDAD.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA	303
Introducción.....	303
I. Nacimiento y evolución histórica de la figura.	305
II. Fundamento y naturaleza jurídica	317
1. Fundamento jurídico	317
2. Naturaleza jurídica de la figura de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad.....	321
III. Bien jurídico tutelado	322
IV. Rasgos distintivos y peculiares de la suspensión contractual por razón de maternidad.	325
1. Planteamiento	325
2. Las causas de suspensión por nacimiento o por cuidado de hijos en el ET	325
3. Suspensión del contrato por maternidad: concepto.	326
4. La licencia parental: concepto	329
V. La excedencia por cuidado de hijos.	332
1. Naturaleza	332
2. Evolución de la figura.	335
3. Efectos jurídicos	339

CAPÍTULO III: DERECHO POSITIVO. 343

I. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR NACIMIENTO DE HIJOS EN EL DERECHO COMUNITARIO..	343
II. DERECHO COMPARADO: SU REGULACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEOS.	347
III. DERECHO POSITIVO ESPAÑOL.	370

1. Introducción.....	370
2. Bien jurídico tutelado.....	371
3. Contenido del derecho.....	372
4. Situaciones protegidas	374
4.1. La reciente evolución legislativa en materia de filiación	374
4.2. Los supuestos comprendidos: el parto, la adopción y el acogimiento	378
4.2.1. Los supuestos protegidos desde el ámbito del Derecho de familia.....	378
4.2.2. El parto y el puerperio. Aborto y parto prematuro.	381
4.2.3. Adopción o acogimiento de menores de cinco años.....	386
5. Trabajadores beneficiarios del derecho.	392
6. Titular del derecho	394
6.1. Maternidad.....	395
6.2. Adopción o acogimiento	399
7. Duración del descanso	399
7.1. Evolución histórica	399
7.2. Maternidad natural	404
7.3. Adopción y acogimiento	413
7.4. Duración y renuncia del derecho.....	416
8. Régimen de ejercicio del derecho.....	419
8.1. La patria potestad: su incidencia sobre la titularidad y ejercicio del derecho.	419
8.2. Ejercicio del derecho	424
8.2.1. Titularidad y cesión	424
8.2.2. Maternidad biológica.....	426
8.2.3. Maternidad y paternidad adoptivas.....	432
8.2.4. Requisitos formales de ejercicio del derecho.....	432
9. Efectos sobre la relación laboral.....	435
9.1. Efectos generales. Remisión.	435
9. 2. Devengos salariales durante la situación suspensiva.....	439
9.3. Antigüedad.....	444
9. 4. Relaciones entre el derecho a vacaciones y la suspensión del contrato.....	452
9.5. Derechos colectivos	466
10. Situaciones concurrentes con la suspensión: suspensión y extinción del contrato. ..	472
10.1. Otras situaciones suspensivas	472
10.2. La extinción del contrato estando éste suspendido	476
11. La extinción del derecho	492
12. La reincorporación al trabajo.....	494
13. La prórroga especial de la suspensión del contrato. Referencia a la excedencia por	
cuidado de hijos.	504
13.1. Bien jurídico tutelado	505
13.2. Régimen jurídico.	507
13.2.1. Situaciones protegidas.	507
13.2.2. Contenido del derecho.	508
13.2.3. Titulares del derecho.	509
13.2.4. La edad del menor y la duración del derecho. Su régimen de ejercicio. .	512
13.2.5. Efectos sobre la relación laboral	518
13.2.6. Conexión de excedencias por cuidado de hijos.	523
13.2.7. La extinción del derecho.....	526
13.2.8. La reincorporación	526
TÍTULO III: EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR NACIMIENTO DE HIJOS EN	
EL ÁMBITO DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL	538
CAPÍTULO I: LA MATERNIDAD Y SU ESPECIAL TUTELA POR LOS SISTEMAS PÚBLICOS DE SEGURIDAD	
SOCIAL.	540
1. La atención de los sistemas de Seguridad social a la maternidad. Fundamentación	
jurídico-social.	540

2. El sistema español de cobertura. Desarrollo histórico.	546
2.1. Líneas generales.	546
2.2. Precedentes	547
2.3. El Real Decreto de 21 de agosto de 1923.	551
2.4. El seguro obligatorio de maternidad (Real Decreto-ley de 22 de marzo de 1929).	553
2.5. El Seguro Obligatorio de Enfermedad	558
2.6. El Subsidio de ILT en el nuevo “sistema de Seguridad Social”.	560
2.7. Las prestaciones por maternidad en el texto refundido de 1994 y su regulación autónoma: la ley 42/1994.	562
3. Las “prestaciones por maternidad” en el sistema vigente.	568
4. Las “prestaciones por excedencia” . Desarrollo y sistema vigente	569
4.1. La excedencia por cuidado de hijos. Su protección desde el sistema de la Seguridad Social.	569
4.2. Sistema vigente.	571
5. Perspectiva internacional.	573
6. El alcance de la protección social en los sistemas de Seguridad Social europeos.	578
Alemania	579
Bélgica	580
Dinamarca	581
Francia	582
Italia	583
Luxemburgo	584
Portugal	585
Reino Unido	586
Suiza	588
Australia	589
Chile	590
Ecuador	592
República de Filipinas	593
Méjico	594
Uruguay	595

CAPÍTULO II: LOS EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR MATERNIDAD.	598
Introducción	598
A. Las Prestaciones por Maternidad en el Sistema Español de Seguridad Social.	599
1. Concepto	599
2. Situaciones protegidas	600
3. Beneficiarios	609
4. Requisitos de acceso	611
4.1. Alta. Situaciones asimiladas.	614
4.2. Carencia	633
5. Contenido de la prestación	645
5.1. Duración (remisión)	645
5.2. Cuantía	651
A. Base Reguladora	651
B. Porcentaje	661
C. Cuantía del subsidio en caso de parto múltiple	662
6. Régimen jurídico de la prestación.	666
6.1. Reconocimiento e Inicio de la prestación	666
6.2. Compatibilidades e Incompatibilidades	673
6.3. Suspensión y extinción.	676
7. Gestión de la prestación	683
8. Responsabilidad en orden a las prestaciones	684
9. Conexión con otras situaciones protegidas	686
9.1. Incapacidad temporal	686

9.2. Desempleo	695
10. Complementos de la prestación a cargo de la empresa	701
B. La Prórroga de la Suspensión del Contrato y su tratamiento por el Derecho de la Seguridad Social: la Prestación no económica por Hijo a Cargo.....	705
1. Efectos de la situación de excedencia por cuidado de hijos en el ámbito de la Seguridad social.....	705
2. Beneficiarios. Requisitos.	706
3. Efectos y alcance de la presunción como periodo efectivamente cotizado.	711
4. La situación de excedencia como asimilación al alta.....	716
C. La obligación de Cotizar durante la Suspensión del Contrato.	724
1. Régimen jurídico de la obligación.	724
2. Incidencia de la conexión de la prestación por maternidad con la de desempleo contributivo sobre la obligación de cotizar.	730
TÍTULO IV: CONCLUSIONES	738
ANEXO: BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA	750
I. BIBLIOGRAFÍA.....	752
II. JURISPRUDENCIA (1980-1997)	I

ABREVIATURAS

A.L.	<i>Actualidad Laboral</i>
A.S.	<i>Aranzadi Social</i>
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
B.O.C.G.	Boletín Oficial del Congreso de los Diputados
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOP	Boletín Oficial de la Provincia
CA	Contencioso-administrativo
CE	Constitución Española de 1978
CEE	Comunidad Económica Europea
CEF	Centro de Estudios Financieros
CES	Consejo Económico y Social
D.	Decreto
D.A.	Disposición Adicional
DGOJECSS	Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
D.T.	Disposición Transitoria
EPA	Encuesta de Población Activa
ET	Estatuto de los Trabajadores. Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo
INE	Instituto Nacional de Estadística
INEM	Instituto Nacional de Empleo
INSS	Instituto Nacional de Seguridad Social
ILT	Incapacidad Laboral Transitoria
IT	Incapacidad Temporal
LCT	Ley de Contrato de Trabajo de 1944, aprobada por Decreto de 26 de enero de 1944.
LGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical (Ley 11/1985, de 2 de agosto).
LPGE	Ley de Presupuestos Generales del Estado
LPL	Ley de Procedimiento Laboral, Texto Refundido aprobado

	por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril
LPRL	Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales
LRL	Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales
MFAOS	Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM 1967	Orden de 13 de octubre de 1967, por la que se regula la prestación de incapacidad laboral transitoria
Rec.	Recueil de la Court de Justice
R.D.	Real Decreto
R.E.D.T.	<i>Revista Española de Derecho del Trabajo</i>
R.J.	Repertorio Jurídico <i>Aranzadi</i>
R.L.	<i>Relaciones Laborales</i>
RTC	Repertorio <i>Aranzadi</i> del Tribunal Constitucional
RTCT	Repertorio <i>Aranzadi</i> del Tribunal Central de Trabajo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TJCE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
u.d.	<i>unificación de doctrina</i>

Introducción

I. PRELIMINARES

Un Estado social como el español está obligado como tal y porque así se impone desde la Carta Magna, a atender a la maternidad como merece su íntimo valor social. La perspectiva desde la cual aborde dicha tutela puede ser variada (desde la concesión de ayudas públicas al reconocimiento de la gratuidad de la atención sanitaria durante el proceso de gestación, la financiación de los costes que deba soportar el individuo como consecuencia del nacimiento de hijos, la gratuidad de su escolarización...), pero no puede negarse que, desde el ordenamiento jurídico laboral, la contribución tuitiva hacia el hecho, biológico o jurídico, de la maternidad es substancial e insoslayable.

En efecto, desde la perspectiva de la protección social, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social es una de las más poderosas armas jurídicas con las que cuenta el Estado para canalizar la tutela hacia un bien social como es la maternidad, por cuanto de él depende que ésta no suponga un obstáculo para la continuidad del desarrollo profesional de quien la asume, en el marco de una relación de trabajo por cuenta ajena. Si la prestación de servicios hacia un tercero -el empleador- constituye para cualquier ciudadano medio su fuente de sustento vital, no cabe duda de que se hace imprescindible arbitrar medidas para que puedan coexistir ambos bienes jurídicos, merecedores de protección pública: la procreación y la subsistencia económica que procura el trabajo remunerado, de modo que uno no interrumpa el otro, sino que puedan simultanearse. Este mérito corresponde al ordenamiento laboral, por ser éste el Derecho regulador de la relación de trabajo por cuenta ajena. Y en su seno nacen figuras cuyo único objeto es lograr esa aludida armonía entre el desarrollo de un trabajo y el mantenimiento de una familia, por las cuales se garantiza que el ciudadano-trabajador va a disponer del tiempo necesario para atender debidamente a sus responsabilidades familiares. Entre dichas medidas figura una que obtuvo el reconocimiento como derecho de la trabajadora por parte de las primeras normas sociales: el derecho a suspender el contrato con motivo del nacimiento de un hijo.

El nacimiento de la figura de la suspensión del contrato de trabajo en la historia del Derecho social se conecta a la necesidad de que la trabajadora pueda dejar temporalmente de ejecutar el trabajo, tanto con fines profilácticos como clínicos, con motivo del parto. El bien jurídico así descrito ha experimentado a lo largo del presente siglo una profunda evolución, que lo ha llevado a configurar la suspensión del contrato de trabajo como una institución cuyo fin teleológico es no sólo garantizar la debida recuperación de la salud de la trabajadora tras el parto, evitando que la reincorporación temprana al trabajo suponga un riesgo para aquélla, sino liberar temporalmente al trabajador de sus deberes laborales, con motivo del nacimiento de un hijo, para facilitarle sus primeros cuidados. Esta nueva dimensión del bien jurídico protegido por la norma laboral propicia que ese tiempo de suspensión del contrato que

se le garantiza al trabajador sea ampliado sucesivamente y que, además, pueda ser conectado con un periodo adicional, en el que se produce la renuncia a los beneficios salariales con objeto de dedicar una mayor atención al cuidado del hijo nacido. Necesidad que es atendida por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, brindando al trabajador la posibilidad de hacer uso de una figura creada con tal finalidad: la excedencia por cuidado de hijos. Figura que se concibe como licencia voluntaria con la que el trabajador puede continuar separado del trabajo, aunque sin derecho a remuneración, después de haber disfrutado de un periodo de suspensión del contrato en las fechas próximas al parto, o a la adopción de un hijo, y que, desde su regulación positiva, pues su disfrute tiene como fecha de terminación la edad de tres años del hijo, constituye una opción en favor del trabajador para prolongar la suspensión del contrato. De ahí que tanto lo que se conoce como *suspensión del contrato de trabajo por maternidad o adopción*, como la figura de la excedencia por cuidado de hijos no sean más que dos caras de la misma realidad: dos mecanismos para suspender el contrato de trabajo con motivo del nacimiento de un hijo. Tales razones son las que avalan la defensa de la *unidad* de ambas figuras, cuya homogeneidad permite utilizar la expresión de "*suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijos*" para abarcar, sin incurrir en error ni crear ficción jurídica alguna, ambas situaciones jurídicas amparadas por el Derecho español.

Precisamente al estudio de dicha categoría jurídica, la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijos, se dedica el presente estudio.

II. FUNDAMENTOS Y ÓPTICAS DEL ESTUDIO DE "LA MATERNIDAD"

El examen de la "maternidad" desde la perspectiva jurídica está frecuentemente imbuido de una diversidad de fines teleológicos perseguidos por la norma, de una combinación de objetivos de diferente inspiración, que conforman el resultado final: la regulación que hoy puede encontrarse, entre otros, en los artículos 37 (números 3, 4 y 5), 45 (número 1, d), 46 (número 3), o 48 (número 4) del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), o en los capítulos IV bis y IX del Título II de la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio).

Entre los mencionados elementos determinantes de la configuración legal de la maternidad desde el ordenamiento jurídico figuran y destacan la protección a la familia y la tutela de la mujer trabajadora, razones que justifican que el presente trabajo se inicie aludiendo a ambos factores como contexto en el que debe situarse la regulación de la maternidad en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

En este sentido debe hacerse especial hincapié en la tutela de la que es objeto no sólo la familia en sí misma considerada -el "valor familia"- y su tutela constitucional por el artículo 39-, sino también del menor tanto dentro como fuera del Derecho del

Trabajo. Desde todas las ramas de nuestro ordenamiento jurídico, y con creciente interés en los últimos años, se atiende a la tutela del menor, cuya especial fragilidad e indefensión lo hacen especialmente vulnerable física y jurídicamente, y, en consecuencia, acreedor de medidas legislativas, administrativas y sociales, que lo protejan frente al desamparo. En este terreno el protagonismo corresponde innegablemente al Derecho civil, en el que se residen las normas directamente dirigidas a la tutela de la persona física (del individuo y de la familia en particular), sin olvidar la importancia del Derecho penal como instrumento coercitivo al efecto. En la esfera de la legislación civil se detecta una creciente preocupación por el tema: recientemente, la *Ley Orgánica de Protección del Menor*, aprobada el 27 de diciembre de 1995, cuyo título resume su espíritu tuitivo. Especialmente loable es la constante inquietud del Parlamento y Gobierno Catalanes por los derechos del menor, fundamentalmente de los más desamparados, manifestada en las diversas acciones legislativas y administrativas que al respecto ha llevado a cabo: así, las *Leyes 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones Tutelares, de 1995 sobre Atención y Protección de los Niños y los Adolescentes, 11/1996*, por la que se modifica la *Ley 39/1991*, también dirigida a la *tutela del menor*, y *12/1996, de la Potestad del Padre y de la Madre*, ambas de 29 de julio.

El tema propuesto, la suspensión del contrato de trabajo con motivo del nacimiento o adopción de un hijo, resulta acreedor de especial interés, no sólo por sí mismo (por su valor intrínseco), como refleja la exposición de motivos que realiza el Instituto Nacional de Previsión con motivo de la instauración del primer subsidio por maternidad en España, a través del Decreto de 21 de agosto de 1.923, señalando como finalidad del mismo la de "tutelar un servicio prestado por la mujer obrera a toda la sociedad", y "conservar la infancia", sino por la relevancia que adquiere como instrumento de fomento de la natalidad y de la fecundidad en los últimos años del siglo XX.

La caída de la tasa de natalidad es un problema común a todo el mundo occidental que afecta especialmente a España, donde la tasa de fecundidad ha evolucionado en veinte años (desde 1975 a 1995) de un 2,8 hasta un 1,2 hijos por mujer, mientras que en el mismo periodo en el conjunto de la Unión Europea la evolución fue desde un 1,9 hasta un 1,4 hijos por mujer. Si se tiene en cuenta que, según el Institut d'Estadística de Catalunya, en 1991 la tasa era del 1,3 y del 1,5 respectivamente, puede comprobarse que la caída de la tasa de fecundidad en la década de los noventa es idéntica porcentualmente, pero los totales son desfavorables a España (aunque, curiosamente, en Cataluña ha experimentado un ligero incremento entre los años 1995 y 1996, pasando de un 1,1 a un 1,2, igualándose con el resto de España, cuando tradicionalmente ha sido una décima más baja: cfr., en 1975, del 2,7, y en 1991, del 1,2). En cuanto a las cifras de natalidad, en el mismo periodo han pasado de 669.378 hijos nacidos en 1975 a 359.870 en 1995 en España (siendo la tasa de natalidad de 9 puntos en 1995). En el conjunto de la unión europea, estas cifras alcanzan a 4.748.000 nacimientos en 1975 hasta 4.041.800 hijos en 1995. Todo ello

significa que la caída de la tasa de natalidad es especialmente intensa en España con respecto al conjunto de la Unión Europea, puesto que el descenso de la misma ha sido en veinte años (1975-1995) de un 14,87% en la Unión Europea, mientras que en España ha alcanzado a un 46,24%.

En este contexto histórico-social, la señalada alarmante caída de la tasa de la natalidad (y de la fecundidad), y los efectos de ésta en términos de relevo generacional (las proyecciones realizadas por UNICEF en su *Informe de 1995* prevén que en el siglo XXI un 25% de la población occidental será mayor de 60 años, y la tasa de fecundidad se sitúa por debajo del 2,1 puntos que garantizan el reemplazo generacional), el envejecimiento progresivo de la población (las personas mayores de 65 años, constituían el 15,2% en el año 2009 según las previsiones del INE, ascendiendo la esperanza media de vida a 79 años, según el Informe UNICEF de 1995) o el sostenimiento de la carga financiera del Estado, fuerza el despliegue de políticas públicas orientadas a frenar lo que se presenta como tendencia en desarrollo creciente y que, por consiguiente, demanda la intervención del legislador. Si se tiene en cuenta que, según los expertos, las causas que motivan este descenso del número de nacimientos son la falta de estabilidad económica y los matrimonios tardíos, en los que incide la estabilidad laboral, así como la imposibilidad de compatibilizar la vida familiar con la laboral, el ordenamiento laboral tiene un importante papel a desarrollar. En el mismo sentido, el Consejo Económico y social afirma en su *Memoria del año 1993* que “la creciente incorporación de la mujer al mercado laboral, la mayor frecuencia del desempleo en los grupos jóvenes, los cambios en el modelo familiar y en el sistema de valores, así como la generalización de los servicios de planificación familiar” son los principales factores motivadores del descenso de la tasa de fecundidad española.

Es aquí donde cobran especial significación las medidas por las cuales se facilita la compatibilidad entre el trabajo y la procreación, a través de la mejora de la protección por maternidad, removiendo las reticencias a asumir responsabilidades familiares. En definitiva, haciéndola más atractiva y, al tiempo, garantizando el derecho fundamental del ser humano a la procreación (y removiendo para ello los obstáculos que lo dificultan).

En segundo lugar, la tutela de la mujer trabajadora también se halla conectada con la protección a la familia, por el papel que aquélla ha asumido tradicionalmente en la institución familiar. Este papel en la familia condiciona a su vez su desarrollo profesional, y desde este plano motiva, a su vez, la intervención pública para corregir los desequilibrios sociales que pueda provocar la asunción de responsabilidades familiares. De este modo el legislador también está atendiendo, desde otra perspectiva, a la tutela de la familia, como unidad homogénea no basada en la división sexista del trabajo. Tales razones han llevado a modificar el régimen de titularidad de los derechos relacionados con la procreación, desde su reconocimiento exclusivo a la mujer a compartirlo con el varón: v.g., derecho a la pausa por lactancia (incluso la artificial), a partir del Estatuto de los Trabajadores en 1980, el descanso por

maternidad, desde el 1989, por virtud de la Ley 3/1989, de 3 de marzo, la excedencia por cuidado de hijos, o la reducción de la jornada de trabajo por guarda de hijos.

III. CONTENIDO Y ESTRUCTURA DE LA OBRA

La vasta extensión del tema así delimitado (pues varias son las parcelas jurídicas desde las que se le presta atención y variadas son también las medidas que desde el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social vehiculan la política actual de promoción de la inserción laboral de la mujer y el fomento de la natalidad) exigiría el desarrollo de toda una línea de investigación (de carácter interdisciplinar), en la que se inscribiría el estudio de las políticas de fomento de la natalidad y su puesta en relación con las que se dirigen al fomento del empleo, entre otras cuestiones.

No es éste, sin embargo, el objeto de la presente investigación, que, como ya ha sido anunciado, se centra en el examen de los efectos que tiene el nacimiento un hijo sobre el contrato de trabajo, posibilitando su suspensión, y la ulterior repercusión que ésta tiene sobre la relación jurídica de Seguridad Social.

El objeto principal de este análisis es el tratamiento de la protección integral a la maternidad dispensada por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, a través de las figuras de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijos (por maternidad, adopción o acogimiento de hijos, o excedencia para el cuidado de los hijos) y de las prestaciones por maternidad (con las que se da cobertura al lucro cesante que produce la interrupción de las prestaciones objeto del contrato con ocasión del parto, la adopción o el acogimiento preadoptivo) o por hijo a cargo (destinadas a la conservación del efecto protector del sistema de la Seguridad Social durante la suspensión del contrato con motivo del ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de hijos).

El método que a todas luces resultaba más idóneo para acometer la tarea descrita era la de realizar por separado el estudio de la figura de la suspensión del contrato de trabajo, y de ahí entresacar el análisis de la suspensión contractual debida al nacimiento de hijos, y, por otra parte, las prestaciones económicas que desde la Seguridad Social se dirigen a completar el círculo protector que dispensa el ordenamiento laboral a la maternidad. El estudio de ambos temas exigía, con carácter previo, abordar el examen del contexto social y legislativo en el que se sitúa la tutela de la maternidad, así como de los fundamentos sobre los que se asienta la misma. De todo ello resulta la siguiente estructura de la obra:

Título I: dedicado a la contextualización de la tutela de la maternidad, con finalidad de delimitar el objeto de estudio desde el punto de vista histórico. Por tanto, su contenido es meramente introductorio a los temas tratados en los títulos II y III.

En este primer título se hace un recorrido histórico por las medidas de las que se ha valido el legislador para la consecución de la tutela del bien protegido. Se trata de reflejar, de modo sintético, la evolución de la protección a la familia y al trabajo de la mujer en el ámbito de la política social, puesto que ambos -familia y laboralización- son factores que determinan el contenido final de la regulación dada a la protección de la maternidad desde el orden laboral.

La perspectiva que se pretende obtener en esta parte introductoria no quedaría completada si no se hiciera referencia a las fuentes normativas en las que se contiene la regulación del tema estudiado, tanto de origen interno como especialmente de origen internacional y de Derecho comparado. De la misma manera, resulta de obligada referencia, siquiera sea brevemente, el estudio de las medidas que, desde el ordenamiento laboral, se arbitran para lograr una protección integral de la maternidad, por las que se favorece el mantenimiento del vínculo contractual durante el proceso biológico de la gestación y el periodo subsiguiente de suspensión del contrato, protegiendo a la trabajadora contra las arbitrariedades empresariales de signo discriminatorio. En definitiva, se está haciendo alusión a las garantías contra el despido basado en la maternidad, previstas en el Derecho internacional y en los Derechos internos (con especial referencia al Derecho interno de los Estados europeos). Temas abordados en el segundo capítulo de este primer título.

Título II: en el mismo se examina la figura jurídica de la suspensión del contrato de trabajo. Se trata de hallar los fundamentos sobre los que se asienta esta figura, así como su naturaleza jurídica y efectos. Para ello, se parte de un análisis abstracto de la propia figura y de su tratamiento doctrinal por parte de la doctrina científica española y extranjera (fundamentalmente italiana y francesa, pues es ésta la que más ha profundizado en la esencia de la figura examinada). A partir de los resultados obtenidos desde la perspectiva abstracta, se aborda en un segundo capítulo el estudio del Derecho positivo español, contenido en el Estatuto de los Trabajadores, sin dejar de considerar su interpretación a la luz de la labor de complementación que realizan nuestros tribunales de justicia. Finalmente, la construcción de una base sólida en torno a la figura de la suspensión del contrato de trabajo en el Derecho español permite efectuar un tratamiento más depurado de una de las causas por las que se obtiene la interrupción de las prestaciones que conforman el objeto del contrato de trabajo: el nacimiento de hijos. La perspectiva adoptada para su análisis parte de la consideración como objeto central de atención la suspensión de la relación laboral que hoy regulan los artículos 45.1 d) y 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, para dejar paso

al examen de una *segunda fase* en la suspensión del contrato que construye el artículo 46.3 del mismo texto a través de la figura de la excedencia por cuidado de hijos. Sin olvidar la perspectiva histórica, a través de la cual se llega al conocimiento de la génesis y de los factores que han determinado la vigente regulación jurídica.

Título III: este título gravita en torno a los efectos que ha comportado históricamente y comporta en el Derecho positivo vigente la suspensión del contrato de trabajo dentro del sistema de la Seguridad Social, considerando que aquélla constituye presupuesto de hecho para el nacimiento de las prestaciones por maternidad en el sistema público de previsión social. No sólo porque da lugar al reconocimiento de una prestación económica con la que se tutela el desamparo económico en el que queda el trabajador como consecuencia de la suspensión de su contrato (pues se interrumpe la obligación salarial del empresario), sino porque permite la aplicación de ficciones jurídicas como la consideración de que la ejecución de las prestaciones objeto del contrato no se ha interrumpido (y, por tanto, el trabajador continúa en situación de alta en el sistema de la Seguridad Social). Lo cual determina el mantenimiento de la obligación de cotizar durante la suspensión por maternidad o la consideración del tiempo de suspensión por excedencia como tiempo de efectiva cotización, así como el reconocimiento del derecho a acceder a las prestaciones de la Seguridad social aunque se haya suspendido la obligación de cotizar en este último supuesto (excedencia por cuidado de hijos).

Título IV: Conclusiones.

Anexo bibliográfico y jurisprudencial: se adjunta una recopilación de la bibliografía consultada y un listado de la jurisprudencia (comunitaria, constitucional, y de los Tribunales Supremo, Superiores de Justicia y el extinto Tribunal Central de Trabajo) de la que se ha hecho uso para la elaboración del trabajo, en el bien entendido de que sólo se han incorporado a la misma aquellas resoluciones judiciales con contenido sustancial para los temas planteados a lo largo de la obra (prescindiendo, por tanto, de aquellas otras que no permiten realizar aportación alguna a la solución de los problemas debatidos).

Para concluir esta introducción, sólo resta hacer algunas consideraciones en torno a la *terminología* empleada en la presente obra, con el deseo de aclarar debidamente dos extremos.

En primer lugar, el recurso al término trabajador en su sentido neutro, con objeto de abarcar toda referencia a cualquiera de los sexos, en el entendimiento de que los derechos que reconoce el ordenamiento laboral para hacer efectiva la tutela a

la procreación son ejercitables por cualquiera de los sexos, a pesar de que en ciertas ocasiones (v.g., suspensión del contrato por parto), la titularidad originaria del derecho corresponda a la mujer, a quien compete decidir su cesión parcial al padre. No obstante, puesto que incluso en este supuesto es posible la intervención del varón, se ha optado por emplear un término neutro como "trabajador", reservando el de "trabajadora" para aquellas otras situaciones en las que sólo cabe la titularidad femenina (v.g., descanso obligatorio puerperal).

En segundo lugar, es preciso acotar el significado del término, al que se recurre con frecuencia, de "maternidad". Sin perjuicio del empleo de otros vocablos para aludir al hecho biológico de la maternidad, el recurso a la locución más exacta de adopción o maternidad adoptiva, o la utilización de nacimiento o cuidado de hijos, de más preciso alcance, no se ha prescindido de la más indeterminada expresión, pero no por ello menos frecuente en el lenguaje habitual, incluso científico, de "maternidad" para aludir al hecho de la procreación. Lo cual significa que, como podrá comprobarse, en determinadas ocasiones el uso del expresado término pretende abarcar todas las circunstancias anteriormente citadas, siendo de esta manera omnicomprendivo de todos los fenómenos, naturales o jurídicos, que se relacionan con la concepción, la procreación o el nacimiento de hijos (ya sea la propia gravidez, la adopción o el cuidado de los hijos), con independencia del sexo del titular del derecho.

Título I:

La tutela laboral de la maternidad

CAPÍTULO I:

DELIMITACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

PERSPECTIVA HISTÓRICA.

1. El marco de protección: el trabajo de la mujer y la protección a la familia.

Introducción

El tema de estudio propuesto, en términos amplios, "la maternidad", puede ser observado desde diferentes puntos de vista y analizado en sus múltiples manifestaciones contractuales y "prestacionales" en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (en términos de flexibilidad de jornada, protección contra los riesgos del trabajo, suspensión del contrato...). A pesar de que el objeto de investigación haya sido acotado al más concreto aspecto del proceso biológico de la maternidad como interrupción de la prestación laboral y su tutela desde el ámbito contractual y el de la Seguridad Social, no deja de ser susceptible de idénticas consideraciones a las que merecería de haberse optado por un análisis global de la relación maternidad-trabajo.

La tutela de la maternidad, desde el ámbito socio-laboral, está inspirada por idénticos principios, con independencia de cuál sea su manifestación específica (la de provocar la interrupción de la jornada, la suspensión del contrato...).

Dos son las constantes que pueden contarse entre esta pluralidad de efectos que conforman la influencia que ejerce la maternidad sobre el trabajo remunerado: uno, la institución de la familia y su protección desde el ámbito del ordenamiento jurídico laboral, y, el otro, la posible repercusión sobre el acceso al empleo o el desarrollo de una carrera profesional por parte de la mujer.

Siendo ambas circunstancias condicionantes nada desdeñables en la tutela jurídica de la maternidad, bien por ser causa o por ser efecto, o ambas cosas a la vez (es decir, por su interdependencia), ya que pueden ensanchar o estrechar el marco de dicha protección, no debe prescindirse de su estudio con carácter previo al examen del tema central de este trabajo: la suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento de menores, y su incidencia en el ámbito de la Seguridad Social.

La tutela de la maternidad puede inscribirse en el más amplio marco de la protección a la familia (amparada constitucionalmente por el artículo 39, que le otorga carácter de principio rector de la política social y económica). Dentro de ella, la posición ocupada por la mujer en la estructura familiar reconduce el análisis a la

observación de otro aspecto, como puede verse, estrechamente ligado a la tutela a la familia: la tutela de la mujer trabajadora o, lo que es lo mismo, de la inserción y promoción profesional de la mujer en igualdad de condiciones con el hombre. No hay duda de que la diversificación de roles entre ambos sexos se fundamenta en la institución familiar (y ésta en la maternidad natural), que tradicionalmente ha enviado al hombre al trabajo y a la mujer al hogar familiar¹, y que sólo ha conocido, eso sí, con carácter excepcional, alteraciones en sentido contrario cuando concurrían situaciones de pobreza que obligaban a la mujer a convertirse en asalariada, siempre *por adición* (es decir, no como cambio en el rol, sino como asunción de otro nuevo, además del familiar).

Por tales razones, cuando se aborda el tema de la maternidad resulta ineludible el estudio de la *tutela de la mujer trabajadora*: de la mujer embarazada o de la mujer que da a luz, para dilucidar en qué medida la continuidad de su relación laboral y, en un sentido más amplio, su propia *laboralización* dependen de su maternidad². En este orden de cosas, es indudable que el estímulo del empleo del sexo femenino está fuertemente influido por la necesidad de compaginar el trabajo con las responsabilidades familiares. Lo cierto es que la tradicional estructura patriarcal de la relación trabajo/familia ha experimentado importantes cambios en las últimas décadas, pero no deja de ser un hecho irrefutable que su fuerte arraigo durante siglos exige un esfuerzo legislativo continuo y persistente, que ha arrojado ya resultados muy positivos (aunque a costa de que la mujer trabajadora haya asumido en la mayoría de los casos un doble papel, una *doble jornada o jornada externa*)³. Y todavía hoy, afirma la STC 128/1987, de 16 de julio, "existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación desventajosa respecto a los hombres en la misma situación". Por ello, el

¹ Declaración 35 de la Encíclica *Rerum Novarum*, de León XIII, 1891.

² Como afirma DILLA CATALÁ ("La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos (La Ley 4/95, de 23 de marzo)". A.L., núm. 40, 1995), "es ella en definitiva la que puede verse perjudicada en el empleo si decide prestar mayor atención a su familia que a su trabajo", lo cual ha motivado que el legislador se haya inclinado preferentemente por la protección de la faceta profesional sobre la familiar (amparada por el art. 39 CE).

³ Informe del Consejo Económico y social ("La situación de la mujer en la realidad socio laboral española". Informes, 1994, pág. 15). Un alto porcentaje de mujeres ocupadas atiende también a las labores del hogar, lo cual constituye fuente de riesgos en el ámbito de la salud laboral, por representar una prolongación de la jornada, por cuanto provoca "un conflicto de roles que genera un doble sentido de culpa, hacia la familia y hacia el empleo, con el consiguiente riesgo de enfermedades psicosomáticas" (campo en el que la normativa española no ha evolucionado en paralelo a cómo lo ha hecho en materia de jornada de trabajo, permisos, excedencias... por ello el CES apunta en el citado Informe hacia su estudio y evaluación en un futuro inmediato) además de suponer un innegable obstáculo a su desarrollo profesional. El desigual reparto de las labores domésticas y de las responsabilidades familiares es sin duda un grave obstáculo a la integración laboral de la mujer (y de ahí que la mayor participación laboral se haya traducido en un mayor índice paro femenino).

fomento del trabajo femenino está con frecuencia relacionado con el establecimiento de medidas que favorezcan esa compatibilidad, siendo, en definitiva, deudor de la política familiar.

En este punto se hace imprescindible separar las consecuencias *naturales* provocadas por un proceso de maternidad -suspensión del contrato de trabajo con ocasión del parto, necesidad de tiempo adicional para llevar a cabo la lactancia del recién nacido... -, de aquellas otras que son manifestación de la pura subjetividad del empleador (pues no reciben respaldo legal) y que, por tanto, entran directamente en el terreno discriminatorio. Surgen aquí cuestiones como la discriminación por razón de embarazo en el acceso al empleo y en la posible ampliación de la duración del contrato de trabajo temporal...

Desde la esfera de la tutela a la familia, el interés legal se orienta hacia la protección económica de ésta, mediante subsidios de naturaleza prestacional (económica o en especie), y hacia el favorecimiento de la armonización del cuidado de los hijos con el desarrollo de un trabajo remunerado. En este ámbito, los intereses en juego se entienden referidos no sólo a la mujer sino a la pareja que constituye, junto a los hijos, el núcleo familiar, aunque la realidad social no pueda menos que modificar este planteamiento apriorístico, señalando a la mujer como principal protagonista de tales tareas "familiares" (y domésticas⁴).

Desde tales consideraciones, resulta obligado hacer una breve alusión al sistema de ayudas o medidas de protección a la familia y a su evolución hasta nuestros días, como marco necesario en el que situar la protección a la maternidad, y su filosofía inspiradora.

Como aproximación al tratamiento más exhaustivo que se realizará a continuación, debe decirse que, desde la perspectiva de la política social, dos son los campos en los que *a priori* el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social puede desempeñar algún papel como instrumento de tutela de la familia. En primer lugar, respecto al desarrollo de la propia relación laboral del trabajador con cargas familiares, facilitándole su compatibilización con el desempeño de su trabajo y permitiendo ciertas ausencias del mismo para atender adecuadamente a las mismas. Y

⁴ En ocasiones, la finalidad legislativa al crear subsidios familiares es precisamente la contraria: apartar a la mujer del trabajo, favoreciendo su permanencia en el hogar familiar (en tal sentido, BAERS, María: "El trabajo asalariado de las madres." *Revista Internacional del Trabajo*, 1954, vol. 49, núm. 4, p. 341 y ss.). Debe observarse que este planteamiento no es meramente histórico, si bien en los países donde hoy se prevén medidas de tal índole no se efectúa discriminación entre sexos, sustituyéndose ese objetivo de evitar el trabajo asalariado de las madres por el de fomentar el cuidado personal de los hijos por uno de los dos progenitores, sin distinción de sexo. Tal es el caso australiano, donde existe una prestación especial, una suerte de salario del amo de casa proporcionado por el sistema de Seguridad social ("parenting allowance"). No obstante, esta aparente neutralidad no debe conducir a engaño, pues es una realidad fáctica que en la mayoría de los casos el titular de ese derecho va a ser la madre.

en segundo lugar, desde el ámbito de la Seguridad Social, a través del establecimiento de un sistema de ayuda pública al sostenimiento económico de la familia. Es, sin duda, este segundo ámbito el que ha experimentado mayores iniciativas legislativas y mayor interés político-social en pos de la tutela de la familia. Es en él donde se han concentrado los mayores esfuerzos durante el presente siglo, precisamente porque se ha considerado al sistema de previsión pública (o, dicho en otras palabras, al instrumento del subsidio económico) como el medio idóneo y más directo para proveer la tutela que el Estado debe al asalariado o al ciudadano sin recursos económicos suficientes a la hora de procurar el sustento de sus hijos, sin olvidar su utilización como instrumento eficaz de fomento de la natalidad.

Ambas razones son, pues, las que avalan el estudio que aquí se presenta y las que inspiran la legislación protectora de la maternidad.

1.1. El trabajo de la mujer en la historia. Las medidas *proteccionistas*.

Sin perjuicio del más detallado análisis que se realiza en la parte central de este trabajo (títulos II y III) sobre la protección de la maternidad en la historia del Derecho social, debe abordarse en las páginas siguientes, a modo de introducción contextual, el análisis de la política proteccionista de la mujer en cuanto aquélla ha estado fundamentada en la condición de madre de ésta.

Aunque no se pretende realizar un estudio sociológico, que queda absolutamente al margen del objeto del presente trabajo, es un hecho incontrovertido que en la "historia del trabajo" la mujer ha desempeñado un papel insignificante o aislado en ciertas épocas⁵ y en clara desigualdad jurídica con el hombre en otras más recientes. Tal desigualdad, patente en todas las sociedades occidentales, se manifiesta no sólo en el ámbito de trabajos "socialmente reservados" al hombre, sino en la diversa regulación, realizada por el legislador, del trabajo (*el mismo trabajo o actividad laboral*) cuando debía ser desempeñado por la mujer (alcanzando a la propia capacidad para contratar), incluso a partir de la elaboración de un listado de tareas o tipos de trabajos expresamente prohibidos a ésta en razón única y exclusivamente de su condición de mujer (y no por la existencia de un estado biológico de embarazo, por motivos de salud y viabilidad del feto).

Significa ello que puede hablarse en la Historia del Derecho del Trabajo de la noción de "trabajo femenino", en cuanto éste no es identificable con el trabajo realizado por un trabajador masculino, sino específico y peculiar por razón de sexo, y en cuanto -y por tales razones- ha existido una regulación específica del trabajo de la mujer. En el Derecho español, y hasta fechas relativamente recientes, la propia ley

⁵ Vid. BOU VIDAL, M.: *El contrato de trabajo de las mujeres*. Bosch, Barcelona, 1962, ps. 21-23 y 27 y ss. , especialmente 37-38.

hacia expresa referencia a la existencia de un contrato especial, o contrato de trabajo de las mujeres, frente al contrato laboral común, en contra de la opinión de la doctrina (ALONSO GARCÍA), que se negaba a calificarlo como modalidad contractual⁶. Así sucedía con respecto a la Ley del Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1.944⁷ (en adelante LCT), que le dedicaba un título específico: el IV del Libro II⁸.

Tales conclusiones son las que pueden extraerse de una simple lectura de los Convenios de la OIT y otras normas de origen internacional, así como de los preceptos que desde finales del siglo pasado inauguraron un incipiente Derecho del Trabajo⁹. Un análisis sistemático de toda esta normativa nos ayudará a establecer unas coordenadas para su estudio. He aquí un buen número de ejemplos de lo que acaba de apuntarse:

1. Derecho Internacional:

a) OIT

- Convenio núm. 4, de 1919, *relativo al trabajo nocturno de las mujeres*¹⁰, revisado en 1934, por el núm. 41, y en 1948, por el Convenio número 89.
- Convenio núm. 45, de 1935, *relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas*¹¹: prohíbe el trabajo subterráneo en minas.
- Recomendación nº 4, de 1919, prohibición de realizar trabajos en contacto con cinc y plomo.
- Recomendación nº 95, de 1952: prohibición de trabajo nocturno y la realización de horas extraordinarias, los trabajos de carga que exijan esfuerzo físico excesivo o la utilización de ciertas máquinas, durante un periodo que se puede extenderse más allá de los tres meses posteriores al parto.
- Convenio nº 127, de 1967: restricción en cuanto al transporte manual de carga.
- Recomendación nº 128, de 1967: prohibición de realizar durante el embarazo y las diez semanas siguientes al parto transporte manual de carga si, según prescripción médica, es desaconsejable para la salud de la madre o del hijo,
- Convenio nº 136, de 1971: prohibición de trabajos en contacto con benceno.

⁶ ALONSO GARCÍA, M: Prólogo a la obra de BOU VIDAL *El contrato de trabajo de las mujeres*, Barcelona, Bosch, 1962.

⁷ BOE de 24 de febrero.

⁸ La doctrina habla también de "contrato de trabajo de las mujeres" o del "trabajo de la mujer", dedicándole estudios específicos: cfr. BOU VIDAL, *El contrato de trabajo de las mujeres* (1962), ECHARRY, *El trabajo de la mujer* (1921), PALANCAR, "La mujer y el trabajo 2" (1947), RUSSOMANO, "O trabalho de mulher" (1950),

⁹ Como pone de relieve ALONSO OLEA (*Derecho del Trabajo*. Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Madrid. 1973, p.43), "en las primeras etapas de la Revolución industrial... la reacción humanitaria, que tanta importancia tuvo en los orígenes del Derecho del trabajo, se fijó especialmente en el trabajo femenino".

¹⁰ Ratificado por España el 8 de abril de 1932.

¹¹ Ratificado por España el 12 de junio de 1958.

b) Carta Social Europea, Turín, 1961 (ratificada por España el 29 de abril de 1980¹²): reconoce el derecho a protección especial (que regula en su Parte II.8), y prohíbe el trabajo nocturno y el trabajo subterráneo en minas (art. 8.4 b), así como de los trabajos peligrosos, penosos e insalubres¹³.

3. Derecho español¹⁴:

Como en el resto de ordenamientos jurídicos, la protección del trabajo de la mujer en el Derecho español se basa¹⁵ en la combinación de una situación histórica: la sobreexplotación de la mano de obra femenina (STC 229/1992, de 14 de diciembre), provocada por la industrialización (no sólo por su sometimiento a jornadas interminables y a inhumanas condiciones de trabajo, comunes al trabajador masculino, sino porque tales condiciones le daban derecho a una remuneración notablemente inferior a la de aquél, devaluación que afectaba a la propia función de su trabajo, de carácter "residual" o complementario del de su marido¹⁶) y una concepción ideológica de la mujer: su especial sensibilidad y su función maternal. Esta idea se expresa en el Preámbulo del Decreto de 26 de julio de 1957, *sobre prohibición del trabajo de la mujer y de los menores en determinadas industrias*¹⁷, en la que se aduce la especial necesidad de tutela de la que aquélla es merecedora, dado "el alto concepto que en general al español merece la mujer y la atención que de manera especial debe ser puesta en evitar que un trabajo nocivo pueda perjudicar su naturaleza". De él deriva toda una serie de medidas proteccionistas, que en ocasiones adquieren carácter mixto, al orientarse al favorecimiento de sus funciones "familiares"¹⁸:

¹² BOE de 11 de agosto de 1980.

¹³ Debe decirse que la aplicabilidad actual de tales normas ha quedado restringida por la jurisprudencia comunitaria y constitucional. En cuanto al trabajo nocturno, desde el Derecho comunitario se prohíbe la imposición de cláusulas prohibitivas generales, que establezcan la prohibición genérica del trabajo nocturno femenino, vedada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 25 de julio de 1991 (Asunto C-345/89), que interpreta el principio de no discriminación del art. 2.3 de la Directiva 76/207. En cuanto a la prohibición de determinados trabajos por razón de sexo que establece el art. 8.4, fue declarada contraria al principio de igualdad por razón de sexo por la STC 229/1992, de 14 de diciembre (BOE de 19 de enero de 1993), por no basarse en razones justificadas, y denunciada por Instrumento de 6 de mayo de 1991, por el cual dejó de tener efectos para España a partir del 5 de junio de 1991).

¹⁴ Para un estudio de la evolución en España del trabajo de la mujer, vid. BORRAJO DACRUZ, E.: "Revisión constitucional y evolución del régimen laboral de la mujer en España", Revista de Derecho Público, núm. 61, 1975; y "La no discriminación por razón de sexo y sus efectos y garantías en el Derecho español del Trabajo", Documentación Laboral, núm. 7, 1983.

¹⁵ Vid. las razones que aduce María PALANCAR en "La mujer y el trabajo", Suplemento de Política Social de la Revista de Estudios Políticos, 1947, núm. 5.

¹⁶ BORRAJO DACRUZ emplea el término "segunda renta familiar" ("La no discriminación por razón de sexo y sus efectos y garantías en el Derecho español del trabajo", DL, 1983, N° 7, p. 34)-

¹⁷ B.O. de 26 de agosto.

¹⁸ La primera iniciativa legislativa de signo preventivo en relación con trabajo de la mujer se materializa en la Ley de 13 de marzo de 1900, relativa al trabajo de mujeres y niños (Gaceta de Madrid, de 14 de marzo), que será desarrollada por un Reglamento para la aplicación de la ley al

- *Descanso nocturno*: el Real Decreto Ley de 15 de agosto de 1927¹⁹, desarrollado por R.D. de 6 de septiembre del mismo año²⁰ (y en vigor durante varias décadas), establece en su art. 2 un descanso mínimo y continuo de doce horas²¹ entre cada dos jornadas consecutivas de trabajo para todas²² las mujeres empleadas en fábricas, talleres y demás explotaciones y establecimientos industriales y mercantiles, sin perjuicio de las limitaciones de la jornada de trabajo para el personal femenino (art. 2)²³, habiendo aquél de comprender siempre las horas de la noche (es decir, el periodo que va desde las nueve de la noche a las cinco de la mañana, según define el art. 1). Queda prohibido, por tanto, el trabajo nocturno de la mujer, salvo caso de fuerza mayor o supuestos especiales, en los que se autoriza la reducción del periodo considerado como “nocturno” o se permite el trabajo durante cierta parte del periodo nocturno (v.g., transportes y comunicaciones, albergues benéficos y hospitales, etc.). Por su parte, la Orden

ramo de guerra, aprobado por Real Decreto de 26 de marzo de 1902. Dicha Ley será seguida por la de 27 de febrero de 1912 (derogadas por la LCT 44). La Ley de 1.900 es sustituida por la LCT de 31 de marzo de 1944.

¹⁹ Gaceta de 19 de agosto.

²⁰ El Decreto de agosto de 1947 establece en su art. 2 la posibilidad de autorizar la realización de una jornada efectiva de ocho horas, abonándose la media hora de exceso como tiempo de trabajo extraordinario, en lugar de disfrutarse efectivamente en el transcurso de la jornada ordinaria.

²¹ Esta regla resulta exceptuada en el art. 9 respecto de las mujeres que presten servicios en fábricas, talleres o explotaciones que tengan establecido o implanten el turno, durante el día, de dos equipos en que trabajen mujeres, pudiendo en este caso reducirse el descanso mínimo al intervalo de las diez de la noche a las cinco de la mañana, siempre que cada equipo tenga, durante su jornada legal de trabajo, un descanso mínimo y continuo de 30 minutos, no excediendo ningún periodo parcial de trabajo de cinco horas. En dicho precepto se añade que “este descanso de treinta minutos será independiente del que la legislación en vigor preceptúa para las obreras que amamantan a sus hijos, y durante él tendrán libertad las obreras del equipo para abandonar el local en que realizan su trabajo”. En su segundo párrafo, y respecto de las fábricas de la industria textil “que utilicen normalmente energía mecánica producida por un motor exclusivamente hidráulico o eléctrico” en determinadas condiciones, se autoriza la reducción del descanso hasta las cuatro de la mañana, para posibilitar la prolongación de la jornada de cada equipo diurno en las condiciones establecidas por la normativa sobre jornada máxima de trabajo. No obstante, dicho artículo fue modificado por el Convenio número 4 de la Conferencia Internacional del Trabajo, en la que se establece que los horarios de trabajo de industrias textiles en las que se ocupen mujeres concederán un descanso nocturno mínimo y continuado de once horas entre cada dos jornadas de trabajo, respetando el intervalo comprendido entre las diez de la noche y las cinco de la mañana siguiente. Así se reconoce en la Resolución de 10 de mayo de 1960 (B.O. de 17 de mayo).

²² Aunque en su segundo párrafo excluye a “las mujeres dedicadas al servicio doméstico, las que realizan trabajo a domicilio y las que trabajen en talleres de familia.”

²³ Y salvando las excepciones previstas en el art. 3 de la referida Ley, cuando se trate de circunstancias especiales de una determinada industria y solamente durante sesenta días al año, limitándose la posible reducción del descanso hasta un máximo de una hora, y siempre que haya previo acuerdo del Comité paritario correspondiente, así como las enumeradas en los artículos 4 a 9 (hospitales, fábricas, talleres o explotaciones que tengan establecidos turnos diurnos y nocturnos respecto de equipos en los que trabajen mujeres...)

de 9 de noviembre de 1934²⁴ autoriza el trabajo nocturno de la mujer en espectáculos públicos. Más tarde, la Declaración II del *Fuero del Trabajo* incidirá en la misma prohibición (manteniendo en vigor la normativa anterior): “(El Estado) en especial prohibirá el trabajo nocturno de las mujeres y niños...”

- *Limitación de jornada*: la Ley de 9 de septiembre de 1931, *sobre jornada máxima legal de trabajo*²⁵, que vino a sustituir al Real Decreto de 3 de abril de 1919²⁶, limita la jornada máxima del personal femenino a un total de diez horas diarias, no permitiendo que ésta resulte incrementada en el trabajo de los tejares (arts. 47 y 48), aun cuando así se pacte respecto del personal masculino²⁷. El trabajo de la mujer se halla igualmente limitado en materia de duración de la jornada semanal, ya que la *Ley de Descanso Dominical* de 13 de julio de 1940²⁸ prohíbe el trabajo dominical de la mujer, aunque deja la puerta abierta a posibles excepciones a esta prohibición general, que puede salvarse previa autorización del Ministerio de Trabajo cuando el trabajo en cuestión sea "imprescindible" (art. 46 del Reglamento aprobado por Decreto de 25 de enero de 1941²⁹) y así lo solicite cualquiera de las partes interesadas: así, el trabajo en las “industrias de café, bares y restaurantes”, autorizadas por Resolución de 4 de julio de 1941, dada la necesidad de contar con todo el personal en los domingos y días festivos, en los que la afluencia de clientes a los citados establecimientos es mayor que en el resto de días.
- *Prohibición de determinados trabajos* especialmente peligrosos e insalubres: el Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se sustituye el de 25 de enero de 1908, sobre industrias prohibidas a mujeres y niños, prohíbe a la mujer, sin distinción de edad³⁰, la realización de los trabajos listados en la relación primera contenida en el anexo al Decreto. En ella se enumeran hasta 24 grupos de

²⁴ Gaceta de 14 de noviembre.

²⁵ Inicialmente, Decreto de 1 de julio de 1931, convertido en Ley de 9 de septiembre.

²⁶ En ella se fija en ocho horas la jornada legal en toda clase de trabajos, extendiendo el régimen de jornada de los obreros del Estado, implantado en 1902, a todo tipo de trabajadores y adelantándose con ello a lo previsto en el primer convenio de la Conferencia Internacional de Trabajo, adoptado el mismo año 1919 en Washington.

²⁷ En cuanto a los servicios médicos de “hospitales, clínicas y manicomios públicos” (practicantes, enfermeros y sirvientes), el art. 107 distingue entre el personal masculino, para el que la jornada máxima se fija en 72 horas semanales, y el femenino, para el que está prevista una jornada máxima inferior, de 60 horas semanales. El art. 108 dispone que “el mismo régimen establecido en el artículo anterior será aplicable a los Ordenanzas y similares y a los Portereros, Guardas y Vigilantes de todas clases...”

²⁸ Sustituye a la de 1925 y ésta a la primera sobre la materia en España, la de 1904.

²⁹ B.O. de 5 de marzo.

³⁰ En dicho Decreto se prohíbe la realización de ciertos trabajos a los menores de dieciséis años y mujeres de dieciocho (edades sustituidas posteriormente, por el Decreto de 26 de julio de 1957, por las de 21 y 18 años respectivamente).

industrias, tomadas de la Orden de 16 de enero de 1940³¹, sobre estadísticas de accidentes, pudiendo ser levantada o relativizada la prohibición por el Ministerio de Trabajo, en función de la escasa peligrosidad real del trabajo. Por otra parte, la legislación de accidentes de trabajo establece la obligación de intensificar las medidas de prevención respecto de tal categoría de trabajadores³², especialmente en las industrias y trabajos citados en el Decreto de 25 de enero de 1908 y posterior de 26 de julio de 1957.

- *Minimización del esfuerzo físico*: a través de medidas, previstas en la Ley de 13 de marzo de 1900, reguladora del trabajo de mujeres y niños, y en la Ley de 27 de febrero de 1912, conocida popularmente (o “vulgarmente, como es calificada por la Ley de 4 de julio de 1918, *sobre Jornada de la Dependencia mercantil*³³) como “Ley de la Silla”³⁴, por la que se reconoce el derecho de la mujer a un asiento en su lugar de trabajo en establecimientos no fabriles, para hacer uso de él cuando su ocupación se lo permita (derecho extendido al varón en los trabajos de “dependencia mercantil” por el art. 18 de la Ley de 4 de julio de 1918, *sobre Jornada de la Dependencia Mercantil*), que será recogido en el art. 169 LCT.

Pero el sentido de la regulación del trabajo de la mujer no es sólo de índole proteccionista en consideración a su “especial debilidad física”. Por el contrario, se despliega en otros aspectos más rayanos en la discriminación por asignación de roles familiares a la mujer y consiguiente “encasillamiento” de ésta en las tareas domésticas, con aportaciones incluso morales³⁵. Es decir, la legislación proteccionista de la mujer atiende no sólo a ésta en sí misma considerada, como *sexo presuntamente más débil*, necesitado de normas públicas protectoras de su integridad física en el trabajo, sino en tanto madre de familia que necesita compatibilizar actividad profesional y

³¹ B.O. de 30 de enero.

³² María de ECHARRI da cuenta del incumplimiento sistemático de tales normas -observado en el ejercicio de sus funciones como Inspectora de Trabajo- en el discurso que se recoge bajo el título *El trabajo de la mujer*. Madrid, publicado por la Real Academia de Jurisprudencia y legislación en 1921 (Vol. 30).

³³ Gaceta de 5 de agosto.

³⁴ Dicha Ley permanecerá en vigor hasta su derogación por la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, que recoge el contenido de tal derecho en su art. 169, que establece textualmente: “como consecuencia del contrato de trabajo, la obrera u operaria ocupada en almacenes, tiendas, oficinas, escritorios y, en general, en todo establecimiento no fabril, tendrá derecho a disponer de un asiento, destinado exclusivamente a ella en el local donde desempeñe su cometido, de forma que, mientras no lo impida su ocupación, pueda servirse de él con independencia de los que existan a disposición del público. Se extiende este derecho a las obreras u operarias ocupadas en locales anejos en los establecimientos señalados anteriormente, aunque estén separados del lugar donde se realice la venta o el servicio, con tal que se comuniquen con él, ya sea en el mismo o en distinto piso. Gozarán del mismo derecho las obreras u operarias que presten servicios en ferias, mercados, pasajes, exposiciones permanentes al aire libre o industrias ambulantes, sean o no anejos de otro establecimiento.”

³⁵ Se aducen como razones que fundamentan la protección a la mujer evitar el riesgo de la prostitución: en tal sentido, ECHARRI, op.cit.

responsabilidades familiares. Lo cual es común a todos los sistemas jurídicos, con independencia de la orientación política coyuntural. Así se desprende de la observación histórica de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Todos han previsto tradicionalmente medidas que restringían la libertad laboral de la mujer, bien reduciendo su capacidad para contratar (o para disponer del salario³⁶) o introduciendo medidas protectoras de su trabajo, prohibiéndole ciertos trabajos o flexibilizando su jornada laboral, más reducida, para atender a la familia o por razones de índole preventiva (protección de la salud), e incluso creando discriminaciones salariales por la realización de los mismos trabajos.

Durante la etapa pre-constitucional iniciada en 1938 (fecha del *Fuero del Trabajo*), la regulación del trabajo de las mujeres³⁷ se convierte en piedra de toque del propio sistema político, en cuanto la mujer es concebida como encarnación de la idea de familia, pilar básico en el que se sostiene el Estado autoritario nacido de la Guerra civil española y que se sustenta en la ideología del nacionalsocialismo.

En esta época se impone (aunque en ocasiones sólo se reorientan las de la legislación anterior) una serie de limitaciones al trabajo de la mujer³⁸, no siempre de signo protector³⁹, que no se suavizarán hasta la entrada en vigor de la Ley 56/1961, de 22 de julio, *sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer*, y el Reglamento que la desarrolla (Decreto 285/1962, de 1 de febrero), en el que, reformando el título IV de la LCT, se equipara a la mujer en materia salarial, de admisión al trabajo, periodo de prueba, aprendizaje, sistema de ascensos, retribución

³⁶ El art. 58 LCT 1944 establecía que "será válido el pago hecho a la mujer casada de la remuneración de su trabajo, si no constare la oposición del marido" (en virtud del art. 12 del mismo texto, la norma es la autorización, y sólo cuando conste la oposición expresa deja de ser válido el pago: CAÑADA VALLE: *Anotaciones a la ley de contrato de trabajo*. Zaragoza. Tip. "La Académica", 1951, VIII, p. 189). En este punto, destaca Félix V. SANTAMARÍA ("El salario de la mujer casada", *Revista de los Tribunales*, 1930, Tomo 64, p. 470) el rechazo que en el año 1914 sufrió una proposición de ley, presentada al Congreso, en torno al reconocimiento de libertad de contratar de la mujer, en todo lo relacionado con los salarios devengados por su trabajo. Dicho proyecto estaba inspirado por la experiencia francesa, a la que siguió la italiana, en cuyos Estados tal reconocimiento tuvo lugar, respectivamente, por Leyes de 13 de julio de 1907 y de 17 de julio de 1919.

³⁷ Se hace referencia exclusivamente a las condiciones de trabajo "neutras", no a aquellas que, relacionadas con la maternidad, no pueden establecerse sino en relación con la mujer.

³⁸ Por contra, se amplían sus "deberes públicos". El Decreto de 2 de marzo de 1945 (B.O. de 17 de marzo), por el que se crea el Instituto de Enseñanza Profesional de la Mujer, que se declarará oficialmente establecido por Orden de 12 de septiembre de 1946 (B.O. de 22 de octubre), impone a la mujer el Servicio Social a la comunidad (B.O. de 3 de diciembre). La Orden de 26 de noviembre de 1946 extiende a todas las trabajadoras mayores de 16 y menores de 35 años la obligación de prestar Servicio Social, limitándose éste al aspecto formativo en el campo religioso, doméstico y cultural, para lo cual se destinará una hora de trabajo semanal.

³⁹ En ocasiones, se trata de meras discriminaciones basadas en la simple diferencia social entre sexos. Es el caso de una discriminación de signo positivo en favor de la mujer contenida en el RAT, concretamente en el Baremo anexo, en el que se fija la cuantía de las indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes, siendo las correspondientes a la mujer sustancialmente superiores a las reconocidas en favor de los hombres.

de trabajos especiales, premios, pluses, primas y demás conceptos de carácter análogo (salvo las excepciones “impuestas por las normas protectoras del sexo”)⁴⁰.

En el terreno de la "tutela a la familia", en tanto es una constante histórica que la mujer asuma el protagonismo en el desempeño de las "funciones familiares", la etapa que transcurre a partir de 1938 es especialmente intensa en este tipo de políticas "familiares"⁴¹, en clara contraposición a la etapa republicana iniciada en el año 1931. En efecto, en la Constitución aprobada bajo la II República se proclama la igualdad política y social de los sexos, principio que se plasma en la Ley de 27 de noviembre de 1931, de Jurados Mixtos (y Decreto de 9 de diciembre de 1931). En los citados textos se declara la nulidad de todas aquellas cláusulas legales o convencionales que estipularan la prohibición de contraer matrimonio a las trabajadoras o la extinción del contrato por tal causa, entendiéndose -y así se manifiesta expresamente en el preámbulo del Decreto- que en ambos casos está presente una misma intención: la de *eludir la aplicación de las normas tuitivas de la maternidad*.

La etapa que pone fin a la II República se inspira en principios totalmente diferentes, de sobra conocidos. En este contexto, se inicia una política pública orientada al apartamiento de la mujer del trabajo⁴², porque así lo había declarado en el año 1938 el *Fuero del Trabajo* (Declaración II): “(El Estado) ... *libertará* a la mujer casada del taller y de la fábrica”⁴³.

La realización práctica de este objetivo se realizará a través de medidas como la creación de la figura de la *excedencia por matrimonio*⁴⁴, excedencia forzosa en el sentido genuino de la expresión⁴⁵ -y, en consecuencia, susceptible de ser impuesta a la mujer que contrae matrimonio⁴⁶- inaugurada por las Reglamentaciones de Trabajo⁴⁷,

⁴⁰ Asimismo, el art. 7 equipara a ambos sexos en materia del Régimen de Ayuda a la Familia, “Institución de la Seguridad Social”.

⁴¹ Sobre el tema, vid. JORNADA DE POZAS: *Política familiar del nuevo Estado*. Santander, 1938.

⁴² A la vez que se instauran mecanismos impeditivos de la terminación de la relación laboral por causa de alumbramiento (arts. 79.3 y 166 y 167 LCT 1944).

⁴³ “Único modo de que pueda atender a lo que debe constituir para ella finalidad primordial, el cuidado del hogar y la educación de sus hijos” (MILEGO DÍAZ, J. y FERNÁNDEZ HERAS, A.: *Compendio de Derecho Industrial y del Trabajo*. Madrid, 1947, pág. 143). En defensa del “retorno de la mujer al hogar”, PÉREZ SERRANO, José: “El retorno al hogar de la mujer trabajadora.” Conferencia. Publicaciones del Patronato de la Escuela Social de Barcelona. Barcelona, 1945.

⁴⁴ O la excedencia por cambio de destino del marido a lugar en el que la mujer que ocupase el puesto de trabajo de guardesa no pudiera desempeñar su función, prevista en el art. 164 de la Reglamentación Nacional de Trabajo de RENFE.

⁴⁵ La mayoría de las Reglamentaciones la consideraban excedencia forzosa. Sin embargo, no existía al respecto unanimidad de criterios, ya que algunos otros -aunque los menos- entendían que constituía un supuesto de excedencia voluntaria.

⁴⁶ Debe subrayarse, además, que el régimen de reincorporación al puesto de trabajo reservado estaba condicionado, en la mayoría de reglamentaciones, a la existencia de un presupuesto: que la mujer se constituyera en cabeza de familia, es decir, que sólo en caso de que el marido dejase de cumplir tal condición -por fallecimiento, incapacidad, o por separación legal o abandono del hogar- podía la mujer recuperar su puesto de trabajo. En un supuesto muy específico, propio de la

que no cambió su carácter imperativo por el voluntario hasta el año 1962, por medio del Decreto 285/1962, de 1 de febrero⁴⁸, por el que se desarrolla la Ley 56/1961, de 22 de julio, *de igualdad de la mujer*⁴⁹, cuyo artículo 2.1 dispone que el cambio de estado civil no produce la ruptura de la relación laboral; no obstante, en defensa del hogar familiar se concede a la mujer trabajadora al contraer matrimonio el derecho de optar entre las siguientes situaciones: 1ª continuar su trabajo en la Empresa, 2ª, rescindir su contrato con percibo de la indemnización que señalen las disposiciones estatales (...) y 3ª quedar en situación de excedencia voluntaria por un periodo no inferior a un año ni superior a cinco.

En la misma línea se sitúa la normativa de acceso al empleo o de “colocación”, previsto en las Órdenes de 27 de diciembre de 1938 y de 17 de noviembre de 1939, *sobre inscripción de mujeres en las Oficinas de Colocación* (que sustituyen parcialmente al Decreto de colocación obrera de 6 de agosto de 1932). A tal efecto, la segunda de las órdenes citadas restringía el derecho a inscribirse como demandante de empleo en los Servicios de Colocación a la mujer “obrero” que ostentara la condición de *cabeza de familia*, siempre que acreditarse lo que puede calificarse de “situación de necesidad”, entendiéndose por tal la separación conyugal o la invalidez del marido. La mujer soltera podía gozar de tal derecho cuando o bien careciera de medio alguno de vida familiar (es decir, que sólo estaban habilitadas para el trabajo aquellas mujeres cuya familia no pudiera hacerse cargo de su sostenimiento económico por

Reglamentación Nacional de RENFE (art. 164), se condiciona el reingreso de la guardesa en excedencia forzosa por cambio de destino del marido a la existencia de vacante “en el lugar a que su marido estuviese destinado, sin que estén obligadas a solicitarlo”, o, en su caso, a que se constituyan en cabeza de familia. Vid. al respecto CARRO IGELMO: *La suspensión del contrato de trabajo*, Barcelona, 1959, págs. 179 y ss., así como BALLESTER PASTOR, M.A.: “Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos.” *Tribuna Social*, núm. 68/69, 1997. Con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución española, se promovieron diversos recursos de amparo ante la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de tales reglamentaciones, resueltos, entre otras, en las SSTC 241/1988, de 19 de diciembre (BOE de 13 de enero de 1989), o en las más tardías SSTC 59/1993, de 15 de febrero (BOE de 22 de marzo), 66/1993, de 1 de marzo (BOE de 1 de abril) y 70/1993, de 1 de marzo (BOE de 1 de abril), ambas con Ponente distinto (Sr. Cruz Villalón en el primer caso, y Sr. Rodríguez Bereijo en el segundo), 187/1994, de 20 de junio (BOE de 26 de julio de 1994) y 317/1994, de 28 de noviembre (BOE de 28 de diciembre de 1994).

⁴⁷ Cuya finalidad es garantizar la dedicación exclusiva de la mujer al hogar familiar. Lo que MILEGO DÍAZ y FERNÁNDEZ HERAS (*Compendio de Derecho Industrial y del Trabajo*. Madrid, 1947, pág. 143) denominan “problema” que debe resolverse de forma gradual (“ya que una radical eliminación de la mujer en el trabajo originaría graves perturbaciones en no pocas actividades, en las que participa en la producción en elevado porcentaje”), en una gran número de casos se aborda, vía Reglamentaciones de trabajo, a través de la fórmula de la excedencia forzosa por matrimonio, “orientación más general, moderna y perfecta”, que permite a la mujer casada, en caso de muerte o incapacidad de su marido, recuperar su puesto de trabajo, para permitirle sostener económicamente a su familia. El eje central de la institución no deja de ser, pues, la familia, “institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda Ley humana positiva” (art. 22 del Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945).

⁴⁸ B.O. de 16 de febrero.

⁴⁹ B.O. de 24 de julio.

falta de medios suficientes) o bien estuviera en posesión de algún título académico o profesional que le habilitara para el ejercicio de una profesión.

Si tenemos en cuenta que, de no reunir las indicadas condiciones, la mujer no podía figurar inscrita en la Oficina de Colocación que correspondiera (salvo cuando, en el remoto supuesto de que las que sí cumplieran tales requisitos estuvieran ocupadas, es decir, que se trate de un supuesto de pleno empleo entre tal categoría de trabajadoras, así lo autorizara el Ministerio de Trabajo, a petición de la Oficina o Registro) y que tal requisito era imprescindible para el acceso al empleo, dando lugar el incumplimiento de tal obligación por parte del empresario a la rescisión del contrato así celebrado por parte del Delegado de Trabajo correspondiente, el resultado es bien claro. Se restringía de manera indirecta el acceso de la mujer al empleo, especialmente si se considera que los organismos de colocación debían dar de baja a toda aquella trabajadora inscrita que no reuniera las condiciones exigidas. Si bien es cierto que la citada regulación tuvo escasa relevancia en la práctica⁵⁰ y que fue sustituida poco tiempo después por la Ley de Colocación de 10 de febrero de 1943⁵¹, no debe olvidarse: primero, que tal régimen pasó a las reglamentaciones, y segundo, que la LCT 1944 impuso en el art. 164 un requisito adicional a la contratación de la mujer, por el cual es imprescindible, resultando incluso motivo de anulabilidad del contrato, la presentación del certificado “de estar vacunadas y no padecer ninguna enfermedad contagiosa” con carácter previo a la admisión a un trabajo industrial o mercantil, así como haber prestado Servicio Social (Orden de 26 de noviembre de 1946).

También con el objeto de fomentar el abandono del trabajo por parte de la mujer, el Decreto de 22 de febrero de 1939, regulador de los préstamos a la nupcialidad (y subsidios familiares) para casos de necesidad, reconocía el derecho a beneficiarse de un préstamo a la nupcialidad (previsto como ayuda a los solteros jóvenes que desearan contraer matrimonio) a la mujer⁵² sólo si se comprometía a renunciar a su ocupación y, además, a no ocuparse en ninguna otra a menos que su esposo se hallare en paro forzoso o incapacitado para el trabajo⁵³.

Como medida desincentivadora del trabajo de la mujer (o bien como reflejo de su carácter de “rentas complementarias”) hay que considerar también el establecimiento de escalas salariales distintas por sexos en las Reglamentaciones de

⁵⁰ BOU VIDAL, M.: *El contrato de Trabajo de las mujeres*, op.cit., p. 266, con cita de María PALANCA: “La mujer y el trabajo”. Suplemento de Política Social de la *Revista de Estudios Políticos*, 1947, núm. 5.

⁵¹ Reglamentada por Decreto de 9 de julio de 1959. Sobre el mismo, vid. PALANCA, M.: “El Reglamento de Colocación de 1959 y el Derecho del Trabajo”. *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 35, 1959.

⁵² Siempre que haya trabajado al menos nueve meses antes de contraer matrimonio.

⁵³ Dicha renuncia “se compensa” mediante el reconocimiento de un préstamo de mayor cuantía (el doble que en el caso del varón).

Trabajo, heredada del Decreto de 1 de julio de 1931 (art. 6)⁵⁴, convertido en Ley de 9 de septiembre del mismo año, *sobre jornada máxima legal de trabajo*, en el que las horas extraordinarias⁵⁵ resultaban incrementadas con un recargo del 25% para los trabajadores masculinos y del 50% para el personal femenino, es decir, de exactamente el doble, estando, por lo demás, limitada su realización, para el personal femenino, hasta un máximo de dos diarias (ya que la jornada diaria máxima era de 10 horas).

Completan el esquema general de medidas relacionadas con la "tutela a la familia" en relación con el trabajo de la madre de familia el derecho al traslado de la mujer a centro de trabajo ubicado en la misma localidad a la que hubiera sido destinado su esposo, reconocido por el art. 3.2 del Decreto 2310/1970.

La etapa siguiente, inaugurada por la Ley 16/1976, de 8 de abril, *de Relaciones Laborales*, abandona algunas de las medidas proteccionistas de la etapa anterior, pero la inercia de la práctica social mantiene también en el legislador una actitud de "tolerancia" del trabajo de la mujer, más que de igualdad. De nuevo se distingue el "trabajo de la mujer", y se regula, con rúbrica diferente e independiente ("Trabajo de la Mujer"), en la Sección IV de la citada ley, que continúa contemplando la suspensión del contrato de la mujer por prestación del Servicio Social (art. 10.4)⁵⁶, no desapareciendo esta suerte de modalidad contractual hasta la elaboración en 1980 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Sin perjuicio de ello, a dicha ley se debe la instauración del principio de igualdad de trato y una primera aproximación a la neutralidad en el tratamiento jurídico-laboral de las responsabilidades familiares (v.g., art. 25, derecho a la reducción de jornada para el cuidado de hijos menores)⁵⁷.

1.2. El trabajo de la mujer hoy: la inserción laboral de la mujer.

La observación del comportamiento actual del mercado de trabajo permite concluir que la población activa masculina es porcentualmente mayor que la femenina,

⁵⁴ Gacetas del 2 y del 4 de julio.

⁵⁵ Con respecto al salario por jornada ordinaria dispone la Orden de 5 de febrero de 1963, *por la que se dictan normas de interpretación del Decreto 55/1963, de 17 de enero, por el que se establecen Salarios Mínimos* (B.O. de 8 de febrero), la aplicabilidad de la cuantía mínima de los salarios a trabajadores tanto varones como mujeres, "sin discriminación por razón de sexo: afectan inclusive en las cuantías señaladas en dicho artículo a las actividades específicamente femeninas" (art. 1.1). Asimismo, el Decreto 285/1962, de 1 de febrero (B.O. de 16 de febrero), por el que se desarrolla la Ley 56/1961, de 22 de julio, *sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer* (B.O.E. de 24 de julio de 1961), dispone en su art. 3.1 que "la mujer disfrutará del mismo salario que el hombre a trabajo de rendimiento igual", aunque en su art. 4 mantiene la desigualdad salarial respecto de trabajos calificados de "específicamente femeninos" ("los salarios señalados para trabajos específicos femeninos continuarán al régimen establecido").

⁵⁶ "El Servicio Social de la mujer, legalmente obligatorio, cuando sea incompatible con el trabajo, producirá en la relación laboral los mismos efectos que supone el servicio militar."

⁵⁷ BALLESTER PASTOR, M^a A.: *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*. Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 183.

comparativamente mucho más altos en relación con la población total desagregada por sexos. En efecto, la población activa masculina es, en el año 1997, de 9.864.900 personas (lo que en porcentaje es un 62,9% del total), mientras que la femenina es de 6.321.700 (el 37,4% del total). Tales cifras se han mantenido inalteradas desde el año 1993 hasta el 1995, en el que se registraban unas tasas de actividad por sexos del 62,6% y del 36% respectivamente. Lo mismo sucede en materia de ratios de población ocupada (total y asalariada), con una cifra de 8.334.500 hombres ocupados en 1997 (el 64,80 % sobre el total de activos) frente a 4.526.300 mujeres (el 35,19%), cifras que, comparadas con las recogidas tres décadas antes⁵⁸, permiten construir el siguiente cuadro comparativo:

	1960	1966	1993	1995	1996	1997
Tasa de actividad femenina	14%	18%	36,8%	36,1%	36,9%	37,4%
Tasa de actividad masculina	64%	62%	63,7%	62,6%	63,0%	62,9%

Las anteriores cifras muestran cómo la integración de la mujer en el mercado de trabajo es un fenómeno dinámico y en expansión, especialmente en los años 90, fruto de las políticas sociales de inserción laboral de la mujer. Lo cual no obsta a que, utilizando las palabras de BALLESTER PASTOR, el trabajo femenino siga constituyendo un mercado hermético⁵⁹. Todavía hoy dicha incorporación necesita ser facilitada por medio de iniciativas legislativas de fomento, basadas en la inferioridad numérica de la presencia femenina en el ámbito laboral y en la remoción de las desigualdades substanciales que aún en la actualidad se aprecian en el marco de las condiciones de trabajo (salarios más bajos⁶⁰, trabajo a tiempo parcial⁶¹ y contratación

⁵⁸ Los datos de los años 1960 y 1966 proceden, respectivamente, del *Anuario Estadístico de España*, Madrid, 1968, y del *Plan de Desarrollo Económico y Social*, Subponencia de Empleo, Madrid, 1967, recogidos por ALONSO OLEA (op.cit., p. 44). En cuanto a los que corresponden al año 1993, están extraídos en su totalidad del Informe elaborado por el Consejo Económico y Social: "La situación de la mujer en la realidad sociolaboral española", y aprobado en la sesión del Pleno de 19 de octubre de 1994, sobre datos facilitados por INEM e INE (Encuesta de Población Activa, Encuesta de Salarios y Encuesta de Coyuntura Laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social). Para los de 1995, 1996 y 1997, la fuente es *Panorama Sociolaboral de la mujer en España*, Boletín trimestral del CES, núm. 1, 1995, núm. 6, 1996 y núm. 10, 1997, respectivamente. Los datos de 1997 se refieren al segundo trimestre del año. En los tres casos, se han tomado los datos correspondientes al mismo periodo del año (el segundo trimestre).

⁵⁹ BALLESTER PASTOR, M^a A.: "Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo". *Relaciones Laborales*, núm. 3/4, 1993, p. 179.

⁶⁰ El salario medio por hora trabajada en 1993 era de 1.466 pts. para los hombres y de 1.078 pts. para las mujeres, lo cual equivale en porcentajes a un 73,5% del salario percibido por trabajadores masculinos (siendo la diferencia más acentuada entre empleados que entre obreros: el 64% y el 71,6% respectivamente. La escasa judicialización de los supuestos de discriminación impide que el

preferentemente temporal⁶²), que, junto a la asunción de las funciones familiares, tiende a desincentivar su interés en la búsqueda de empleo.

Ahí es donde se sitúan precisamente las medidas de favorecimiento de la compatibilidad trabajo-familia, en el marco del art. 14 de la Constitución Española, y que, junto a otros factores socio-culturales, han colaborado a generar mayor afluencia de mujeres al mercado de trabajo, así como un menor abandono del mismo por causas que incluso llegaron en el pasado inmediato a estar institucionalizadas (v.g., excedencia forzosa por razón de matrimonio⁶³): el matrimonio o la maternidad. Políticas que no siempre obtienen resultados satisfactorios y que en ocasiones provocan efectos perversos⁶⁴.

tema tenga mayor relieve en el ámbito forense, y con ello mayor eco social. Esta tendencia no se circunscribe, por lo demás, a nuestro país, sino que se generaliza a todo el planeta. Así se constató en la IV Conferencia Mundial de la Mujer, celebrada en Pekín entre agosto y septiembre de 1995, en la que se mencionaron cifras de entre un 30% y un 40% de variación en los salarios respecto de los trabajadores masculinos en todos los países.

⁶¹ Según entiende el Consejo Económico y Social, en su Informe sobre la *Situación sociolaboral de la mujer en España* (op.cit., pág. 12), “la principal causa de la mayor tendencia al trabajo a tiempo parcial femenino es la segregación profesional y ocupacional de las mujeres en el mercado de trabajo.”

⁶² Ello impide a la mujer en muchas ocasiones acceder a la prestación contributiva de desempleo. En el nivel asistencial de la prestación, para el que bastan periodos de cotización inferiores -subsido contributivo-, la diferencia entre sexos en este nivel es todavía más acusada.

⁶³ Su inconstitucionalidad ha sido declarada reiteradamente por el Tribunal Constitucional: SSTC 67/1982, de 15 de noviembre (BOE de 10 de diciembre), 7/1983, de 14 de febrero (BOE de 9 de marzo), 8/1983, de 18 de febrero (BOE de 23 de marzo), 13/1983, de 23 de febrero (BOE de 23 de marzo), 15/1983, de 4 de marzo (BOE de 12 de abril), 86/1983, de 26 de octubre (BOE de 7 de noviembre), 38/1984, de 15 de marzo (BOE de 3 de abril), 58/1984, de 9 de mayo (BOE de 29 de mayo), 15/1985, de 5 de febrero (BOE de 5 de marzo), 33/1986, de 21 de febrero (BOE de 21 de marzo), 241/1988, de 19 de diciembre (BOE de 13 de enero de 1989), 235/1992, de 14 de diciembre (BOE de 20 de enero de 1993), 59/1993, de 15 de febrero (BOE de 22 de marzo) y 66/1993, de 1 de marzo (BOE de 1 de abril), entre otras. Tal declaración planteó, no obstante, nuevas dudas, tales como el posible ejercicio postconstitucional del derecho o el efecto de la prescripción como el mismo. Vid. al respecto GALIANA MORENO, J.M.: “No discriminación por razón de sexo y excedencia forzosa por matrimonio en la doctrina del Tribunal Central de Trabajo y del Tribunal Constitucional”, REDT, núm. 14, 1983; y BALLESTER PASTOR, M^a A.: “Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos.” *Tribuna Social*, núm. 68/69, 1997.

⁶⁴ Vid. la doctrina de la *igualación por arriba* en materia salarial, contenida en las Sentencias del TC 81/1982, de 21 de diciembre, 98/1983, de 15 de noviembre, y 104/1983, de 23 de noviembre, superada en la STC 128/1987, de 16 de julio (sobre complemento de guardería reconocido sólo en favor de las trabajadoras femeninas). No debe olvidarse tampoco la polémica en torno a la igualación de sexos en materia de pensiones de viudedad, originada a raíz de las Sentencias del Tribunal Constitucional por las que se declara inconstitucional el primer inciso del art. 160 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 (y normas de desarrollo: arts. 32 del *Reglamento General de Prestaciones*, aprobado por Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, y 7 de la Orden de 13 de febrero de 1967, sobre *Prestaciones por muerte y supervivencia*): SSTC (Pleno) 103/1983 y 104/1983, de 22 y 23 de noviembre respectivamente (BOE de 14 de diciembre). Vid. sobre el particular: GONZALO GONZÁLEZ, B. : “El principio constitucional de indiscriminación de los sexos en los planes de reforma de la Seguridad Social: su aplicación a las pensiones de viudedad” (A.L., núm. 54, 1985, ref. 1267) y “La Seguridad Social de los viudos

Por otra parte, también desde la esfera de las políticas de fomento de la contratación existe un cierto margen de maniobra para incidir en el curso de la inserción laboral de la mujer. En este contexto se sitúan las medidas incentivadoras de la contratación de mujeres, desde la perspectiva de su especial dificultad de inserción laboral, dispuestas por las normas de fomento de la contratación durante las dos últimas décadas. La más reciente de ellas, el Real Decreto-Ley 9/1997, de 16 de mayo, *por el que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo*, posteriormente convertido en la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, *de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida* (art. 3.1 b) se dirige especialmente a fomentar, de igual modo que sus predecesoras -a través de bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social⁶⁵-, la inserción laboral de la mujer en sectores en los que se halle subrepresentada (a determinar por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales⁶⁶). La medida es parcial, ya que se dirige específicamente a la mujer desempleada de larga duración⁶⁷ (art. 3.3), para su contratación por tiempo indefinido, pero, en definitiva, no debe perderse de vista que este colectivo es el que concentra a las madres de familia.

varones según el Tribunal Constitucional” (A.L., núm. 6, 1990), según el cual la situación de la mujer sigue siendo más precaria en términos generales que la del varón (tanto socialmente como estrictamente en el mercado de trabajo, en el que su participación es escasa y en puestos de trabajo secundarios o de inferior categoría) y, por tanto, *nada sociológicamente justifica la equiparación legal*; GÓMEZ DE ARANDA y SERRANO, L., M. M^a ZORRILLA RUIZ, M. M^o y MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *Nueva Pensión de Viudedad* (Colex, 1986), quienes entienden que no puede equipararse forzosamente lo que en la realidad es desigual, sino que, como medida de discriminación positiva, lo más adecuado resulta “buscar la igualdad real suplementando a la parte menos favorecida y necesitada de apoyo”; LASARTE ÁLVAREZ, C. y BLANCO PÉREZ RUBIO, L.: *También los varones tienen derecho a la pensión de viudedad*. Tecnos. Madrid, 1991; LÓPEZ-TARRUELLA, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C.: “La necesaria reforma de la pensión de viudedad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional”, R.L., 1990-II, pág. 454 y ss.; y PÉREZ DEL RÍO, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1984.

⁶⁵ La bonificación asciende al sesenta por ciento de las cuotas (un 20% más que para el colectivo especial de los trabajadores menores de treinta años), durante un periodo de 24 meses (los inmediatamente siguientes a su contratación). De igual modo, en el número 2 del mismo artículo, sobre fomento de la transformación en indefinidos de contratos temporales y de duración determinada, así como de relevo y de sustitución, amplía el 50% de bonificación previsto para el periodo de los 24 meses siguientes a su transformación en un 60% cuando se den las mismas circunstancias antes referidas.

⁶⁶ Para conocer cuáles sean esas profesiones, la D.T. 2^a establece que, en tanto no se proceda a su determinación por el M^o de T. y AA.SS., seguirá en vigor lo dispuesto en el anexo III de la Orden de 6 de agosto de 1992, por la que se establecen las bases reguladoras de concesión de las ayudas para el fomento de la contratación indefinida establecida en la Ley 22/1992, de 30 de julio, de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo.

⁶⁷ Es asimismo parcial porque excluye a los colectivos integrados en relaciones laborales especiales (art. 4 a).

1.3. El principio de igualdad en la regulación de la protección de la maternidad.

1.3.1. Introducción.

Un estudio sobre la maternidad no puede obviar el tratamiento de la igualdad y discriminación por razón de sexo, porque éste es el marco en el que tradicionalmente se ha desarrollado su tutela legal y tratamiento jurídico, y porque el contenido fundamentalmente biológico de la misma inevitablemente ha conducido a la especialidad del trabajo femenino con mayor fuerza que cualquier otro factor o argumento esgrimido en la historia del Derecho del Trabajo en defensa de la existencia de un contrato especial regulador del trabajo de la mujer, v.g., la menor capacidad para el esfuerzo físico.

La importancia del tema no permite soslayar su examen, por cuanto la vulneración del principio de igualdad por razón de sexo puede estar directamente inducida por la capacidad procreadora de la trabajadora. En tanto la condición de madre es inherente a la de mujer, la tutela de la maternidad está en gran medida inspirada en el principio de igualdad por razón de sexo. Por ello la protección de la maternidad está siempre impregnada de tintes antidiscriminatorios, confundiéndose las medidas dirigidas a su protección con la estrictamente protectora de los trabajadores con responsabilidades familiares. Sin embargo, en ocasiones, tales medidas no pueden dejar de arbitrarse sólo en favor de la mujer, porque sólo ella puede asumir la función biológica de la maternidad, lo cual no debe llevar a confundir la tutela de la maternidad con la tutela de la mujer⁶⁸.

Por tales razones, y empleando el viejo dicho *no debemos permitir que el árbol no nos deje ver el bosque*, es decir, sin olvidar la trascendencia de dicho aspecto -la posible discriminación de la que puede ser objeto en su vida profesional la mujer por su condición de madre-, debe tenerse en cuenta que aquél es *sólo una* de las posibles incidencias del hecho de la maternidad. En consecuencia, ni resulta superfluo su estudio ni debe tampoco sobrepasar el interés del propio origen del que deriva, pretendiendo que toda la legislación protectora de la maternidad tiene por objeto central la defensa del principio de igualdad por razón de sexo (por consiguiente, que se inscribe, como una parcela más, dentro de un campo más amplio)⁶⁹, y arrinconando el

⁶⁸ En este sentido, STC 229/1992, de 14 de diciembre (BOE de 19 de diciembre de 1993), en la que se entiende que “no son contrarias a la Constitución aquellas disposiciones que tiendan a la tutela de la mujer trabajadora en relación con el embarazo o la maternidad” (F.J. 3º).

⁶⁹ Por tanto, resulta especialmente interesante en esta línea de investigación, para lograr un resultando realmente acorde con el valor e importancia de la maternidad en sí misma considerada, no caer en las tendencias reduccionistas que denuncia M^a Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ en el prólogo al estudio relativo al mismo tema realizado, con pretensión generalizadora (se trata de dar una visión omnicomprendensiva de todos los efectos que sobre la relación laboral puede causar la maternidad), por J. GORELLI HERNÁNDEZ : *La protección de la maternidad* (Tirant lo Blanch, 1997). La referida profesora observa con asombro la escasa atención que el tema ha merecido a la

valor social de la paternidad, especialmente en auge en los últimos tiempos en la cultura occidental.

La "nueva era" en la protección de la maternidad que nace en los años 90 (por lo tanto, nos hallamos en estos momentos inmersos en su pleno desarrollo y expansión) y que parece vislumbrarse como anticipo de lo que serán las nuevas relaciones familiares del siglo XXI y su relación con el desarrollo de una profesión remunerada, se halla indisolublemente unida a dos factores, a los que debe su nacimiento y su crecimiento, producto de su fomento desde instancias públicas: en primer lugar, la caída de la tasa de la natalidad, y en segundo término, la integración de la mujer en el mundo laboral. La fuerza de ambos factores ha impulsado la aparición de proyectos legislativos y el establecimiento de sistemas de ayuda pública al crecimiento de la natalidad y la fecundidad, tanto de índole pública -ayudas económicas para el sostenimiento de los hijos, financiación de guarderías⁷⁰... en las que se sitúan a la cabeza países como Suecia o Dinamarca, precisamente los más afectados por el acuciante problema del envejecimiento de la población y la caída de la natalidad- como de carácter estrictamente laboral, dirigidas a compatibilizar trabajo y familia, en las que los noventa están siendo especialmente prolijos, sobre todo en ciertos países (v.gr., Suecia), que posiblemente transmitirán su experiencia e iniciativas a sus vecinos europeos.

Este nuevo proyecto impone un cambio de sistema o método: propone la sustitución del concepto de maternidad por el de *responsabilidades familiares*, dentro del que se entienden comprendidos tanto la maternidad como la paternidad, como acción y efecto de la procreación, pero también la posterior asunción de la misma en lo que se refiere al cuidado y educación de los hijos y al desempeño simultáneo de tales funciones con las tareas inherentes al desarrollo de una carrera profesional. Y en tal situación no se halla implicada sólo la mujer, sino ambos progenitores.

El acento ha de ponerse, por lo tanto, no en la inserción laboral o mejora de condiciones laborales de la mujer con responsabilidades familiares, sino en la propia distribución de tales responsabilidades, y en facilitar, por consiguiente, la inserción del *trabajador con responsabilidades familiares*, con independencia de su sexo⁷¹. Se trata

doctrina, empecinada en reconducirlo a los límites del principio de igualdad por razón de sexo: "lo que sucede es que, o bien se trata de estudios parciales, sobre concretos aspectos de las innovaciones legislativas, o bien se trata de estudios en los que la tutela por maternidad es un factor de una situación más general, la discriminación por razón de sexo, de modo que se pierden sus perfiles peculiares en un contexto que predetermina, casi, la forma en que la materia ha de ser estudiada."

⁷⁰ En España, estas medidas se lanzaron a través de la OM de 12 de febrero de 1974, posteriormente sustituida por el RD 2416/1983, de 20 de julio.

⁷¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ("Obligaciones laborales y responsabilidades familiares". *Relaciones Laborales*, nº 17, septiembre 1997, Editorial, p. 5) se inclina por el equilibrio entre política familiar y política de empleo, "para permitir una adecuada conciliación entre la vida familiar y la

de una medida neutra que puede funcionar en beneficio directo de la mujer, al ser ésta la que en la práctica asume tales funciones en un gran porcentaje de casos. De este modo no se diferencia desde la base, discriminando a un sexo respecto del otro. Si lo que distingue a uno de otro y motiva la adopción de determinadas medidas de fomento son las responsabilidades familiares, deben ser éstas las que se coloquen en el centro de gravedad de la política legislativa en materia de empleo y, en consecuencia, girar en torno a él y no al sexo del trabajador.

1.3.2. La protección contra la discriminación por razón de sexo

1.3.2.1. Introducción

Pueden distinguirse dos áreas de influencia de las responsabilidades familiares sobre el trabajo remunerado: la primera de ellas es la del acceso y expulsión del mercado de trabajo, es decir, la que se refiere al posible impacto directo de aquéllas en orden a la no contratación y al despido fundados en la existencia de embarazo o de hijos a cargo. Hecho que puede ser constitutivo de una discriminación indirecta por razón de sexo⁷², teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos será la mujer quien resultará afectada por tales impedimentos en su desarrollo profesional, por ser ella quien con frecuencia asume el rol familiar. La segunda de ellas actúa sobre el desarrollo de la relación laboral, introduciendo ciertas variaciones en las condiciones de trabajo. Ahora bien, desde esta segunda perspectiva la discriminación por razón de sexo se halla más difuminada, ya que las desigualdades denunciadas y a las que se han

laboral, que es hoy uno de los objetivos básicos de los programas de igualdad de oportunidades en los Estados de la Unión Europea".

⁷² Entendida aquélla como medida aparentemente neutra que funciona en la práctica en perjuicio de un solo colectivo o, según la definición de la Comisión Europea, el trato diferente que resulta de una disposición, criterio o práctica teóricamente neutro que perjudica en la práctica a una proporción *considerablemente más importante de trabajadores de un sexo* (Comisión Europea: *Igualdad de derechos y oportunidades para mujeres y hombres en la Unión Europea*, Luxemburgo, sin fecha). La definición que proporciona la STC 145/1991, de 1 de julio (BOE de 22 de julio), de la que es Ponente D. M. Rodríguez-Piñero puede hallarse en el F.J. 2º: "la prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad. Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no sólo la noción de discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo". La idea vuelve a repetirse en sentencias posteriores, como la 147/1995, de 16 de octubre (BOE de 10 de noviembre). Sobre tal concepto, vid. asimismo BALLESTER PASTOR, M^a A.: *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, op.cit., ps. 41 y ss.

dirigido los mayores esfuerzos legislativos se encuentran directamente relacionadas con la condición femenina de la trabajadora, no con su maternidad: así, la discriminación en materia de remuneración, o la prohibición de desarrollar ciertos trabajos.

A ambos aspectos debe hacerse alusión, siquiera sea brevemente. No obstante, la desvinculación del segundo de ellos respecto del objeto de la presente investigación, de la cual no constituye sino un aspecto colateral, motiva la exclusión de su examen pormenorizado.

1. Acceso y expulsión del mercado de trabajo.

Habiendo quedado atrás en la historia las desigualdades jurídicas, tales como la limitación de la capacidad para contratar de la mujer casada (sólo parcialmente mejorada por el Decreto 2310/1970, pues mantiene el requisito de la autorización marital hasta la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976), y proscribiéndose la discriminación en el Texto Constitucional (art. 14) y en el Estatuto de los Trabajadores, la discriminación queda relegada al concepto de "discriminación indirecta".

En cuanto a las discriminaciones de carácter indirecto, provienen del mayor endurecimiento de ciertas modalidades contractuales preferentemente utilizadas por trabajadores femeninos que con responsabilidades familiares. Tal es el caso del trabajo a tiempo parcial (hoy objeto de la reforma introducida por el RD 489/1998, de 27 de marzo)⁷³.

Dichas medidas estarían en completa contradicción con la doctrina del TJCE, emanadas al amparo de la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero⁷⁴. A título ejemplificativo y por contener el fundamento de la misma, deben citarse las sentencias de 31 de marzo de 1981, Caso *Jenkins*, de 13 de mayo de 1986, Caso *Bilka*, de 13 de julio de 1989, Caso *Rinner Khun*, de 27 de julio de 1990, Caso *Kowalska*, y de 7 de febrero de 1991, Caso *Nimz*, en las que se juzgaba precisamente la discriminación indirecta que proviene del establecimiento de condiciones de trabajo o de acceso a las prestaciones de la Seguridad Social diferentes para los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, por la razón de que éstos son mayoritariamente mujeres.

⁷³ LOUSADA AROCHENA ("Sobre la aplicación judicial del principio de igualdad entre ambos sexos en la legislación laboral y de Seguridad Social". *La Ley-Actualidad*, núm. 4062, 20 de junio de 1996) señala la discriminación indirecta de origen legal que proviene del endurecimiento del régimen de protección social del trabajo a tiempo parcial operado por el RD ley 18/1993, de 3 de diciembre, de *Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación*, por ser la mujer el colectivo preferentemente afectado por tal reforma, habida cuenta de que constituye el grueso de la población activa que presta servicios a través de esta modalidad contractual.

⁷⁴ DOCCEE núm. L 39/40, de 14 de febrero de 1976.

También serían contrarias a la propia doctrina del Tribunal Constitucional, receptora de la doctrina comunitaria, en sentencias como la 145/1991 y 58/1994, de 28 de febrero, las normas reguladoras del trabajo del Servicio del Hogar Familiar, preferentemente conformado por mujeres con hijos⁷⁵.

El Real Decreto-Ley 9/1997, de 16 de mayo, *por el que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo* (convertido en Ley 63/1997) excluye en el art. 4 a) de su ámbito de aplicación a las relaciones laborales de carácter especial. Por tanto, vuelve a quedar fuera de tales beneficios -en este caso de fomento de la contratación indefinida- el personal al Servicio del Hogar, colectivo mayoritariamente femenino. De nuevo una medida indirectamente discriminatoria, a pesar de que uno de los colectivos a los que se dirigen tales medidas sean las mujeres desempleadas de larga duración (siendo el objetivo legislativo su inserción en profesiones u oficios en los que el colectivo femenino se halle subrepresentado, art. 3.3), no alcanza a dicho personal, en el que está superrepresentado.

En cuanto a la "expulsión" o abandono del mercado de trabajo, además de las históricas causas de extinción, cuando no de excedencia forzosa -o más tarde voluntaria pero incentivada-, como el matrimonio de la trabajadora, debe hacerse referencia a las posibles relaciones entre la extinción del contrato y el estado de gravidez. Una de las medidas a través de las que se canaliza tan especial tutela de la maternidad es la protección contra el despido.

La protección de la trabajadora embarazada contra el despido obedece a dos finalidades: la primera es garantizar la compatibilidad entre el trabajo y las cargas familiares -con el objeto de lograr la integración laboral de la mujer en pie de igualdad con el hombre-, y la segunda es fomentar la natalidad, cuyo alarmante descenso, presente y previsible, ha motivado iniciativas legislativas dirigidas a frenar el proceso ya iniciado de caída de la tasa de la natalidad y de la fecundidad, a la cual contribuyen sin duda las especiales dificultades que a los padres se les plantean desde el momento en el que toman la decisión de serlo. En definitiva, el particular interés mostrado a lo largo de la historia por la práctica totalidad de

⁷⁵ Régimen "que regula un sistema especial 'deprimido', aplicable, casi exclusivamente, a mujeres" (LOUSADA AROCHENA: "La prohibición de discriminación sexual indirecta y su aplicación al Derecho de la Seguridad Social", A.L., 1996, núm. 9). Sobre el tema incide la STC 268/1993, de 20 de septiembre, que, no obstante, no llega a entrar a juzgar la posible discriminación indirecta que el régimen puede entrañar. En el mismo sentido, CÁMARA BOTIA, A.: "Sobre las desigualdades entre los distintos Regímenes que integran la Seguridad social. A propósito del Régimen Especial del Servicio Doméstico", en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, Tomo XI, 1993, Civitas 1995. Otro tanto sucede con el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, pues el art. 2.2 del Reglamento General del mismo exige como requisito de acceso al régimen ser titular de los "principales ingresos" de la unidad familiar, lo cual difícilmente ocurre en el caso de la mujer, que generalmente presta trabajos de "ayuda familiar" en el ámbito de las labores agrarias, lo cual le expulsa del régimen.

sistemas jurídicos en orden a la protección contra el despido de la trabajadora durante el periodo de embarazo y lactancia ha motivado su tratamiento específico y autónomo, que se realiza en el capítulo segundo de este trabajo.

2. Ámbitos afectados por la desigualación de la que en la práctica ha sido objeto la mujer en el trabajo:

- **Desigualdad retributiva:** la desigualdad salarial, basada históricamente tanto en razones relacionadas con un supuesto menor rendimiento productivo, como en la aportación "complementaria" del salario de la mujer a las rentas familiares, es una constante en la historia del Derecho del Trabajo, dentro y fuera de nuestras fronteras, como ya se ha tenido ocasión de exponer en página anteriores. En nuestros días, dicha desigualdad, proclamado en el art. 28 del ET el principio de "trabajo de igual valor-igual salario"⁷⁶, sólo encuentra manifestación en el terreno material o de la práctica. En efecto, existe una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, iniciada con la Sentencia 145/1991, de 1 de julio (que sienta el principio de discriminación indirecta)⁷⁷, y confirmada en la 58/1994, de 28 de febrero, 286/1994, de 27 de octubre, y 147/1995, de 16 de octubre⁷⁸, en las que se postula la teoría de *igual retribución por trabajo de igual valor*.

Pero, al tiempo, todavía pueden apreciarse resquicios de las tradicionales escalas salariales por sexos en los convenios colectivos, práctica que sin duda constituye la perpetuación de la regulación procedente de las Reglamentaciones de Trabajo, en las que se señalaban porcentajes más bajos para el mismo trabajo si era desarrollado por una mujer. Lo cual, trasladado a la actual realidad social, se

⁷⁶ Teniendo en cuenta que, tanto en el Convenio OIT de 1953 como en el Derecho comunitario (art. 119 del Tratado de Roma) el concepto de retribución es más amplio que el de "salario", como tantas ocasiones ha puesto de manifiesto la jurisprudencia comunitaria, la igualación debe alcanzar a todas las partidas retributivas, tanto salariales, como complementarias o incluso indemnizatorias.

La redacción originaria del precepto utilizaba el concepto tradicional de "igual trabajo-igual salario", que ya clásico, había sido acuñado a partir de la Encíclica *Rerum Novarum*, de León XIII, mayo de 1891 (alude a este principio AZPIAZU, J.: op.cit., ps. 348 y ss.). De ahí que el Tribunal Supremo acuñara en alguna resolución, como la sentencia de 14 de octubre de 1942, el principio de que "cuanto más cantidad de eficacia de trabajo, más remuneración se merece, en estricta justicia conmutativa" (cit. en MORENO BORONDO, M.: "La mujer ante la norma laboral", *Revista del Foro Canario*, núm. 24, 1960, p. 47). Posteriormente, recogiendo la doctrina constitucional en la materia (a su vez reflejo de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación de la Directiva 75/117/CEE, sobre igualdad salarial, en la que sí se recoge ya expresamente el concepto de "trabajo de igual valor"), la Ley 11/1994 finalmente añadió la referencia al "trabajo de igual valor".

⁷⁷ BOE de 22 de julio de 1991 (rectificada en el BOE núm. 265 de 5 de noviembre de 1991). Ponente: D. M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

⁷⁸ Respectivamente en BOE de 28 de febrero y 27 de octubre de 1994, y de 10 de noviembre de 1995.

plasma en una práctica⁷⁹, producto de una peligrosa inercia en los negociadores sociales, consistente en señalar salarios más bajos para trabajos mayoritariamente desempeñados por mujeres, por tanto, utilizando una fórmula indirecta. En esta línea se situarían también los salarios (complementos salariales) basados en criterios como la antigüedad⁸⁰ -considerando la tardía incorporación y la precariedad del trabajo de la mujer-, sobre el cual nada ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando sí ha hecho hincapié en que constituyen factores de discriminación indirecta elementos moduladores del salario tales como la temporalidad del trabajo (habida cuenta de que éste, y el trabajo a tiempo parcial es el colectivo al que se incorpora en mayor medida la mujer con responsabilidades familiares), la disponibilidad o flexibilidad o la titulación (en tanto se retribuye una formación mayoritariamente seguida por hombres), cuando no afectan directamente al trabajo contratado⁸¹.

Todo ello contrasta con la escasa conflictividad planteada en la práctica⁸², lo cual tampoco contribuye a la resolución del problema, evidenciado estadísticamente (los salarios del personal femenino son, hoy por hoy, un 27% inferiores al del masculino⁸³).

⁷⁹ Detectada por T. PÉREZ DEL RÍO, quien, tras un exhaustivo análisis de los convenios colectivos concertados durante el año 1997, llega a la conclusión de que se trata de una realidad tristemente constatable la desigualdad salarial indirecta, que procede de establecer, dentro de una misma empresa, remuneraciones más bajas para ciertas tareas que en la práctica resultan ser desempeñadas mayoritariamente por mujeres (de igual modo que las Reglamentaciones establecieran salarios distintos para las *categorías profesionales femeninas*), incluso más bajas que las previstas para otros puestos de trabajo en los que no existe tal desnivel. Fuente: PÉREZ DEL RÍO, T.: Ponencia desarrollada en el curso de la Jornada sobre discriminación salarial de la mujer celebrada en la Universidad Pompeu Fabra el día 24 de febrero de 1998.

⁸⁰ De hecho es en estos complementos (antigüedad, productividad, asistencia, idiomas, titulación, turnicidad...) donde se observan las mayores diferencias salariales (GARCÍA, J., HERNÁNDEZ, P.J., LÓPEZ, A.: "La discriminación salarial de la mujer en España. Evidencia Estadística". Ponencia presentada a la Jornada sobre discriminación salarial de la mujer . Universidad Pompeu Fabra, 24 de febrero de 1998, ejemplar mecanografiado, ps. 16-17). Según dichos autores, "podemos decir que en términos medios el hombre gana en torno a un 20% más que la mujer, y que la mayor parte de esta diferencia se atribuye a la discriminación en el mercado de trabajo", a lo que añaden que el porcentaje de discriminación salarial se incrementa conforme aumenta el nivel de salarios (op.cit., p. 19). Sobre el mismo tema, HERNÁNDEZ, P.J.: "Análisis empírico de la discriminación salarial de la mujer en España", *Investigaciones Económicas*, 19, 1995, ps. 195 y ss., y PRIETO, J.: *Discriminación salarial por sexos y movilidad laboral*. Tesis doctoral. Universidad de Oviedo, 1995.

⁸¹ JONES, B.: "Sex discrimination in pay structures: legal and european perspectives". Barcelona, febrero 1998. Jornada sobre discriminación salarial de la mujer. Sobre el tema de la discriminación salarial de la mujer y los criterios judiciales del TJCE versa el *Memorandum y Código práctico (no vinculante) para la aplicación de la retribución entre hombres y mujeres para un trabajo de igual valor*, elaborado por la Comisión Europea bajo la dirección de Beverly JONES.

⁸² En efecto, durante el año 1997 no se judicializó ni un solo caso de discriminación retributiva en España.

⁸³ Fuente: Instituto de la Mujer. Declaraciones vertidas por Concepción Dancausa Treviño en el transcurso de la Ponencia desarrollada en el curso de la Jornada sobre discriminación salarial de la

Desde que por primera vez se recogiera en un texto legal el principio de igualdad de remuneración, bajo la divisa "a trabajo de igual valor debe pagarse salario igual, sin distinción por razón del sexo del trabajador" (así reza el número VII de la Parte XIII del Tratado de Versalles), reiterándose en el Convenio núm. 100 de la OIT de 1951, sobre igualdad de remuneración⁸⁴ (donde se recoge la cláusula "salario igual por trabajo igual"⁸⁵), hasta que el principio es admitido en el Derecho español transcurren más de cuarenta años. El art. 5 de la Ley 55/1961 establece la cláusula de la igualdad retributiva, dando acogida al principio sentado en algunas Reglamentaciones⁸⁶, y ordenando que en todas ellas sea aplicado⁸⁷. La norma se reproduce en el art. 1.1 del Decreto 2310/1970 y se consolida posteriormente en el art. 28 del ET. Sin embargo, tal principio se acompaña de un elemento distorsionante, al ser reconocida la igualdad de remuneración por igual rendimiento, dejando paso a las especulaciones en torno a un hipotético menor rendimiento de la mujer y, por consiguiente, a una discriminación indirecta.

- **Condiciones de trabajo:** el art. 4.1 de la histórica Ley 55/1961 contiene la primera declaración de igualdad de trato entre sexos: "no se hará discriminación alguna en perjuicio del sexo o del estado civil, aunque este último se altere en el curso de la relación laboral". Posteriormente, los arts. 1, 2 y 3 del Decreto 2310/1970 sientan el principio de igualdad ante la ley: "las normas reguladoras responderán al principio de igualdad entre ambos sexos"; asimismo, "no establecerán preceptos o cláusulas que impliquen diferencia en las categorías profesionales, condiciones de trabajo y remuneraciones entre los trabajadores de uno y otro sexo". El principio se reitera en el art. 4.1 c) ET como reflejo del principio de igualdad y no discriminación que consagra el art. 14 CE.

mujer celebrada en la Universidad Pompeu Fabra el día 24 de febrero de 1998. En igual sentido, GARCÍA, J., HERNÁNDEZ, P.J., LÓPEZ, A.: "La discriminación salarial de la mujer...", op.cit.

⁸⁴ Ratificación en BOE de 23 de octubre de 1967.

⁸⁵ Pese a ello, no se establece definición alguna sobre el concepto de "trabajo de igual valor", ni, por consiguiente, se contienen criterios para definirlo, lo cual hace difícilmente aplicable en la práctica el principio proclamado en dicho convenio, de igual retribución para trabajo de igual valor.

⁸⁶ Que, sin embargo, reinterpretaban dicha igualdad a la luz de un supuesto principio de inferioridad del rendimiento laboral de la mujer, según el criterio de la "media fuerza" (cfr. PÉREZ BOTIJA, E.: *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 1955, p. 217, quien da cuenta de un dato que conforma la realidad social de la época, al que encuentra justificación jurídica: que "el salario femenino no suele ser fundamental, sino complementario, en la familia, y, por tanto, parece natural que sea superior al masculino").

⁸⁷ En igual sentido, si bien se establece la igualdad retributiva por razón de sexo en los Decretos sobre Salarios Mínimos Interprofesionales, normas por las que se desarrolla el proclamado principio, éstos sólo afectan a ciertas categorías profesionales, quedando desamparadas las demás.

En la vigente legislación laboral pueden hallarse diversos ejemplos de normas orientadas a la interdicción de diferencias discriminatorias por razón de sexo en el orden laboral, tales como el art. 4.2 e) ET, en el que se recoge la protección contra el acoso sexual en el trabajo introducida por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, el art. 17.1 ET, en el que se proscribe la discriminación en el empleo y condiciones de trabajo⁸⁸, presentes tanto en cláusulas de contenido normativo como de índole contractual, o el art. 24.2 ET, en el que se contiene una norma de igualdad en materia de clasificación y promoción profesionales⁸⁹ (aspecto difícilmente evaluable y con ello controlable en la práctica⁹⁰), en cuyo examen no es preciso entrar, por carecer de relación con la condición de madre de la trabajadora.

Siendo éste un tema que excede el objeto del presente trabajo, basten las referencias anteriores como simples pinceladas de una compleja realidad. En todo caso, debe apuntarse que en este ámbito pueden jugar un papel importante los negociadores sociales, habida cuenta de su capacidad normativa. Sin embargo, desde este foro se presta escasa atención a la discriminación por razón de sexo, atendiéndose con mayor interés otro orden de discriminaciones⁹¹.

1.3.2.2. Igualación y acción afirmativa

El examen de los aspectos donde se localiza la desigualdad sustancial entre sexos debe dejar paso al análisis de las medidas dirigidas a eliminarla o, cuando menos, a reducir su impacto en el crecimiento profesional de la mujer, habida cuenta de que las políticas orientadas a tal fin, como ya se ha puesto de relieve, a menudo mezclan la tutela de la mujer con la de la maternidad. No hay duda de que un acontecimiento biológico de tales características es un reto personal asumido por dos personas de distinto sexo que sólo tiene en la práctica connotaciones negativas en el mercado de trabajo para uno de ellas, de lo cual se deriva, por tanto, una discriminación "conyugal".

⁸⁸SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora". Nota crítica. R.L., 1989, núm. 13.

⁸⁹ Sobre el tema, vid. GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa." (I) A.L., núm. 4, 1996.

⁹⁰ BALLESTER PASTOR: *Diferencia y discriminación normativa...*, op.cit., p. 54, quien señala la relativa frecuencia con la que las clasificaciones profesionales encubren subvaloraciones del trabajo femenino. Éste es el asunto de la STC 145/1991, en la que se aprecia la existencia de una discriminación retributiva por definición sexista de las categorías profesionales (RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "Igualdad entre los sexos y discriminación de la mujer" (Editorial). R.L. La Ley. 1992/1, pág. 20.)

⁹¹ Según señala Concepción Dancausa Treviño, Directora General del Instituto de la Mujer, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en 1997, sólo el 20% de los convenios firmados contenían cláusulas de no discriminación de la mujer (Jornada sobre discriminación salarial de la mujer celebrada en la Universidad Pompeu Fabra el día 24 de febrero de 1998).

La reparación de este perjuicio exige la adopción de medidas positivas⁹², que deberán encontrar el justo equilibrio entre la igualdad y la sobreprotección (que pueda redundar en la creación de nuevas barreras), partiendo de la doctrina constitucional, que, como ha señalado BALLESTER PASTOR, sólo admite como causas justificativas de un trato diferenciado por razón de sexo la acción afirmativa y la protección de la maternidad, pues "la utilización de este concepto permite considerar como mecanismos de acción positiva no sólo a aquellos que promueven la mayor y más cualificada presencia de la mujer en el mercado de trabajo, sino también aquellas otras medidas que persiguen facilitar a la mujer la armonización entre sus obligaciones laborales y familiares"⁹³. En este justo punto medio hay que situar las medidas de tutela que permiten lograr esa armonía y cuyo carácter es neutro, es decir, prescindiendo del sexo que se haga cargo de las responsabilidades familiares, sean o no compartidas.

Partiendo de tales consideraciones y con intención de incidir especialmente en las políticas igualitarias que se relacionan con la asunción de responsabilidades familiares, se inicia la siguiente exposición del tema propuesto.

La puesta en práctica de medidas antidiscriminatorias exige con carácter previo definir con claridad qué acciones deben considerarse discriminatorias, en resumidas cuentas, definir el concepto de "discriminación". La respuesta la proporciona nuestra jurisprudencia constitucional, entre otras en las STC 39/1982 y 34/1984, según las cuales la desigualdad de hecho procede de la existencia previa de un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados, o en la STC 253/1988, que declara lo siguiente:

"la igualdad consagrada por el artículo 14 de la Constitución española supone (...) que las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hecho iguales sean asimismo iguales, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando el elemento diferenciador introducido por el legislador carece de relevancia y de fundamento racional",

debiendo tenerse en cuenta que la desigualdad de trato puede en ocasiones ser tomada en consideración sin que padezca el principio de igualdad.

Sin embargo, el criterio de la discriminación indirecta no es acogido formalmente por nuestra jurisprudencia hasta la STC 145/1991, a pesar de lo cual el principio no tiene respaldo legal (al menos en el Derecho español, que en este punto deberá

⁹² Pues la prohibición de discriminación es compatible con la acción positiva. Como afirma Rodríguez Piñero, "la Directiva y las medidas de acción positiva no han de considerarse como alterativas excluyentes, sino como instrumentos complementarios para un mismo fin. Ello no impide que la parificación funcione como regla y las medidas de acción positiva constituyan excepciones, ni que se coloque en el mismo plano y como alternativas a elegir libremente parificación y acción positiva" (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: "Discriminació i acció positiva a la Unió Europea" *Anuari socio-laboral de Catalunya 1995*. Instituto de Estudios Laborales. Universidad de Barcelona. 1996. Es traducción del catalán.

⁹³ BALLESTER PASTOR, M^a A.: *Diferencia y discriminación normativa...*, op.cit., ps. 57 y 78-79.

acomodarse a la Directiva 80/1997, sobre modificación de la carga de la prueba, cuyo art. 2.2 sí recoge el concepto de discriminación indirecta, que puede valorarse a través de dos instrumentos básicos: la prueba de indicios y la prueba estadística), como tampoco tienen acogida métodos más eficaces como la prueba estadística. Además, en la práctica tampoco se utilizan los mecanismos que la ley pone a disposición de los agentes sociales, por cuanto no se utilizan algunos como el informe de asesores expertos (ex art. 95.3 LPL), ni tampoco proporciona eficacia el control de legalidad de los convenios colectivos donde se contienen las más claras vulneraciones al principio de igualdad (especialmente salarial), bajo fórmulas aparentemente neutras (pero que funcionan en perjuicio de la mujer, al estar referidas a trabajos en su mayor parte desempeñados por mujeres)⁹⁴.

La superación de desigualdades en las condiciones de trabajo de ambos sexos se ha acometido de muy diversas maneras. La postura inicial tradicionalmente ha sido la pura igualdad legal, de la que han surgido la mayor parte de acciones antidiscriminatorias en la historia del Derecho del Trabajo, lanzadas desde la OIT pero también desde instituciones europeas y europeístas (Comunidad Europea). Sin embargo, la postura tradicional se ha revelado en los últimos tiempos como insuficiente, llegando en su ayuda una solución que se propone ante todo la eficacia en la consecución de objetivos: la técnica de la discriminación positiva, definida como instrumento por el que se otorgan tratamiento más beneficioso a un colectivo específico que se halla en condiciones comparativamente inferiores a los que se le suponen homólogos, con objeto de lograr su igualdad, porque, tomando las palabras de BALLESTER PASTOR, "el instrumento para la igualdad sustancial o real es precisamente la desigualdad de trato normativo"⁹⁵.

Para un más sistemático examen de la cuestión resulta conveniente distinguir entre el tratamiento realizado desde el Derecho internacional y su reflejo en el Derecho español.

A. Derecho internacional

A. 1. Derecho Internacional Convencional

Desde que el Tratado de Versalles proclamara en su parte XIII (números VII y XIX) el principio de igualdad por razón de sexo en el orden social, la Organización Internacional del Trabajo ha trabajado, con mayor o menor ímpetu, en la garantía del mismo. Diversos son los convenios y recomendaciones en los que existe alguna prescripción orientada a finalidades igualitarias", si bien es cierto que en otros casos

⁹⁴ T. PÉREZ DEL RÍO (Ponencia desarrollada en el curso de la Jornada sobre discriminación salarial de la mujer celebrada en la Universidad Pompeu Fabra el día 24 de febrero de 1998) denuncia la pésima regulación de las estructuras salariales en los convenios colectivos y su falta de transparencia.

⁹⁵ BALLESTER PASTOR: *Diferencia y discriminación...*, op.cit., p. 78.

las directrices que se desprenden de dicha normativa, de orientación *proteccionista*, apuntan a la prohibición de ciertos trabajos de forma harto dudosa en cuestión de igualdad de los sexos (Convenios 45 y 89, que prohíben respectivamente el trabajo subterráneo en minas⁹⁶ y el trabajo nocturno de las mujeres).

En la línea apuntada, en favor de la igualdad de los sexos, iniciada a partir del año 1951, se sitúa el Convenio núm. 111, de 1958, en el que se permite el establecimiento de medidas de discriminación positiva en favor de colectivos desfavorecidos por ciertas razones, entre ellas el sexo. Esta nueva política de la OIT, dirigida a la erradicación de la discriminación formal y material por razón de sexo, se plasma en los Convenios núms. 100 y Recomendación núm. 90, *sobre igualdad de remuneración* de 1951, y núm. 111 y Recomendación *sobre la discriminación (empleo y ocupación)* de 1958, en los que se acuña al concepto de *acción afirmativa*, así como en el número 117, de 28 de junio de 1962, *relativo a las normas y objetivos básicos de la política social* (art. 14).

Debe decirse que, en esta primera aproximación, la OIT deja escapar aspectos no tan nucleares como la discriminación directa por razón de sexo, por lo cual el texto del primero de los convenios en los que se manifiesta el interés internacional por el tema (el de 1951) omite toda referencia a la discriminación fundada en las responsabilidades familiares.

La subsanación de esta omisión se produce, años más tarde, de manera parcial a través de la *Recomendación de 1965 sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares*, sobre la base de que es la mujer la única titular de tales responsabilidades. A dicha Recomendación no seguirá convenio alguno (sólo una *Declaración sobre igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras* en 1973) hasta algo más de una década después. Se trata de la Convención de 1979, *sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*⁹⁷, que, junto al Convenio núm. 156, de 23 de junio de 1981, *sobre trabajadores con responsabilidades familiares (o sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares)*⁹⁸, descubre la realidad fáctica de la discriminación indirecta. Y a la tutela contra la misma se dirige la introducción de la neutralidad en el tratamiento jurídico del tema, de tal modo que, a partir de este momento, y sentados por una parte la noción de acción positiva y por el otro el concepto de discriminación indirecta, el objetivo pasa a ser la eliminación de

⁹⁶ Sobre el tema, SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Discriminación y trabajo femenino en la minería", RL, 1987, NÚM. 3.

⁹⁷ Ratificada mediante Instrumento de 16 de diciembre de 1983 (BOE de 21 de marzo de 1984).

⁹⁸ Adoptado sobre la base de la *Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras* y de la Resolución *relativa a un plan de acción con miras a promover la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras*, aprobados por la Conferencia Internacional en 1975.

discriminaciones basadas en la existencia de cargas familiares, asumidas mayoritariamente por mujeres.

Dicha protección ha de incluir, necesariamente, la tutela contra la discriminación que se deriva del proceso biológico de la maternidad, erigiéndose en eje central de aquélla la interdicción de las arbitrariedades empresariales fundadas en tal circunstancia, por las cuales se pudiera impedir el efectivo descanso maternal o utilizar el mismo como motivo de terminación de la relación laboral. A tal fin se orienta el Convenio núm. 3 de 29 de octubre de 1919, de *protección de la maternidad* (o relativo al empleo de mujeres antes y después del parto), revisado por el núm. 103, de 28 de junio de 1952⁹⁹, y la Recomendación núm. 95, del mismo título, en los que, sin embargo, no se prevé el reparto de las cargas familiares entre sexos (no está recogida la posibilidad de compartir entre el padre y la madre el derecho a la interrupción de la relación laboral con tal finalidad, opción ignorada hasta el año 1981, en el que recibe la debida atención legislativa por medio del Convenio relativo a los *trabajadores con responsabilidades familiares*).

No deben olvidarse, en el contexto internacional, los textos legislativos en los que, de un modo u otro, se incide en la igualdad jurídica de los sexos: *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 (cuyo art. 25.2 establece que “la maternidad y la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”), *Carta Social Europea* de 1961¹⁰⁰, *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966¹⁰¹, y la Convención de Nueva York de 18 de diciembre de 1979, *sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*¹⁰².

A.2. Derecho social comunitario

El principio de igualdad por razón de sexo en el Derecho comunitario se consagra en el art. 119 del Tratado Constitutivo de la CEE (Roma, 25 de marzo de 1957)¹⁰³, en el que se proclama la igualdad de remuneración entre los trabajadores de distinto sexo (que pasará a la *Carta Social Europea*), a partir del cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido desarrollando toda una doctrina en torno a la valoración *económica* del trabajo¹⁰⁴.

⁹⁹ Ratificado el 20 de agosto de 1965 (BOE de 31 de agosto de 1966).

¹⁰⁰ BOE de 26 de junio de 1980.

¹⁰¹ Ratificado el 13 de abril de 1977, BOE del 30.

¹⁰² BOE de 21 de marzo de 1984.

¹⁰³ A este texto siguen las Recomendaciones a los Estados miembros relativa al artículo 119 del Tratado de Roma, de 1960, y la Resolución de la Conferencia de Estados Miembros sobre la igualdad de salarios masculinos y femeninos, de 1961.

¹⁰⁴ De tal modo, se han considerado como elementos imprescindibles en esta tarea el nivel de cualificación, la ejecución del trabajo, la flexibilidad, la experiencia, la antigüedad, las fuerzas

Dicho precepto constituye la base de la normativa que con posterioridad se dirigirá a la regulación de la igualdad de sexos. La primera de estas normas es la Directiva 75/117/CEE, *relativa a la igualdad de retribución*¹⁰⁵¹⁰⁶, a la que sigue la 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo*¹⁰⁷. El art. 2 de la última de las normas citadas prevé tres excepciones a la parificación absoluta, basadas en la vinculación del sexo a ciertas profesiones (que haga exigible su ejercicio por un sexo determinado), las diferencias basadas en la maternidad, y, en tercer lugar, las que se dirijan a lograr la igualdad material de los sexos (contiene, por tanto, una habilitación a los Estados miembros para establecer medidas de *discriminación positiva*).

Pero la primera norma de Derecho comunitario que, con carácter vinculante, insta a los países miembros al respeto del principio de igualdad de sexos, formal y material, es la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978¹⁰⁸, que, sin embargo, excluye transitoriamente de su ámbito de aplicación todas aquellas materias presididas por un común denominador: la protección de la mujer o de la *maternidad*. La medida se funda en la especial necesidad de protección de la que es acreedora la mujer en aras de la consecución de la igualdad material de los sexos¹⁰⁹ (asumiendo que pueda

del mercado, el trabajo a tiempo parcial o los acuerdos previstos en la negociación colectiva, sobre la base del concepto de "transparencia", según el cual debe quedar perfectamente claro por qué la mujer percibe una retribución distinta.

¹⁰⁵ DOCE núm. L 45/19, de 19 de febrero de 1975.

¹⁰⁶ De la que constituye aplicación la redacción actual del art. 28 ET, inspirada en aquélla.

¹⁰⁷ DOCE núm. L 39/40, de 14 de febrero de 1976. Constituye aplicación de la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, relativa a un Programa de Acción Social. Su ámbito de aplicación es delimitado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 13 de junio de 1995 (Caso *Meyers*, DOCE núm. C 268/3, de 14 de octubre de 1995), en la que se declara extensible tanto a la relación laboral como a aquellos efectos directamente derivados de ésta, como es el caso de las prestaciones de la Seguridad Social, porque éstas constituyen también "condición de trabajo" a efectos de la aplicación del art. 5 de la Directiva referida y, en lo que al ámbito subjetivo se refiere, tanto al sector privado como al público (SSTJCE, de 21 de mayo de 1985, Caso 248/83, *Comisión c. República Federal de Alemania*, y de 26 de febrero de 1986, Caso 152/84, *Marshall*).

¹⁰⁸ La Directiva se declara asimismo inaplicable a los "régimenes profesionales" (los creados vía negociación colectiva). La doctrina del TJCE, sentada en la Sentencia de 17 de mayo de 1990 (asunto C-262/88 *Barber*) extiende la aplicación del principio de igualdad también a los régimenes "profesionales" o complementarios.

¹⁰⁹ Tal es el criterio que mantiene, entre otros, Bernardo GONZALO GONZÁLEZ en dos estudios sobre el tema: el primero del año 1985, "El principio constitucional de indiscriminación de los sexos en los planes de reforma de la Seguridad Social: su aplicación a las pensiones de viudedad" (A.L., núm. 54, 1985, ref. 1267) y el segundo de 1990, "La Seguridad Social de los viudos varones según el Tribunal Constitucional" (A.L., núm. 6, 1990). En el mismo sentido, el Convenio número 67 de la O.I.T., en el que se recomienda la extensión de la protección por viudedad a la *mujer* que hubiera habitado con el *de cuius*.

existir a corto plazo un perjuicio para la mujer)¹¹⁰, área en la que las instituciones públicas tienen un importante papel que desarrollar.

La acción comunitaria en el tema que se examina se localiza fundamentalmente en dos ámbitos: el de la *igualación en las condiciones de trabajo* y, por otro lado, el del establecimiento de especiales *mecanismos de protección* de la mujer en aquellos aspectos que le son intrínsecamente naturales o que tradicionalmente se han identificado con aquélla, respecto de los que se autoriza a los Estados miembros a mantener o arbitrar instrumentos desiguales o medidas de “discriminación positiva”, quedando excluidas de la parificación impuesta por las Directivas (así lo declaraba expresamente la Directiva 79/7/CEE)¹¹¹. En este último sentido es especialmente intensa la tutela en dos áreas: la protección de la maternidad y las pensiones de viudedad. En ambas el legislador europeo ha entendido que es necesario sobreproteger al sexo femenino en tanto no tengan efectividad las medidas *igualatorias* arbitradas al efecto, sobre la base del *principio de proporcionalidad* y razonabilidad de la medida, acuñado por el TJCE¹¹².

El punto de inflexión de la política comunitaria en favor de la igualdad de sexos se halla en los años ochenta y especialmente en los noventa, ya que hasta tal momento el Derecho comunitario no traspasa la frontera de la igualdad formal.

En esta época, se elabora una serie de directivas que abordan aspectos parciales dentro del ámbito de las relaciones de trabajo y del ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social. Fruto de la política legislativa igualitarista de esta época son la Directivas 86/378, de 24 de julio de 1986, del Consejo, *sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de*

¹¹⁰Así lo entienden también DE LA PEÑA ROSINO y TEJERINA ALONSO, según los cuales “las medidas que en la (Directiva 79/7/CEE) se propugnan, pretenden poner fin a las discriminaciones que, al menos respecto a alguna de ellas, padecen más de la mitad de los ciudadanos comunitarios. Y ello si bien es cierto que la Directiva contempla a la mujer más que en sí misma y por contraste con el hombre, en cuanto esposa o miembro subordinado dentro de una estructura familiar, no hay que olvidar que es precisamente desde ese ámbito donde ha surgido un alto porcentaje de las discriminaciones padecidas por la mujer.” *La Seguridad Social Española y la Adhesión a las Comunidades Europeas*. Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social, 1981.

¹¹¹ Esta permisividad lleva a abrir brechas entre las legislaciones internas, permitiendo, por tanto, la coexistencia de regímenes como el español y el británico, en el que no se prevén pensiones de viudedad en favor de los viudos varones, y en el que se establecen diferencias en cuanto a la edad de acceso a la gratuidad de las prestaciones de asistencia sanitaria pública (a pesar de ello, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en sentencia del 19 de octubre de 1995, asunto *Richardson*, reconoce el derecho al varón a gozar de la gratuidad de los gastos médicos en condiciones semejantes a las de la mujer).

¹¹²No hay que olvidar que se trata de una política legislativa común a otros ordenamientos y establecida ya en épocas anteriores. Las pensiones de viudedad han sido tradicionalmente objeto de discriminación positiva en favor de la mujer en todos los regímenes públicos de Seguridad Social. Ello sucede incluso en la actualidad. El ejemplo más notorio lo constituye el Reino Unido, cuyo régimen de protección por viudedad, establecido en el año 1988, reconoce un sistema de pensiones y subsidios de viudedad, entre cuyos beneficiarios no figura en ninguna ocasión el viudo.

*Seguridad Social*¹¹³, 86/313, de 11 de diciembre de 1986, 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. Asimismo, debe tenerse en cuenta la creación del *Comité Consultivo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, por Decisión de la Comisión 82/43/CEE, de 9 de diciembre de 1981¹¹⁴.

En los noventa la preocupación por hacer efectiva la igualdad de sexos se intensifica, estableciéndose mecanismos directamente compulsivos en aspectos fundamentales de las condiciones de trabajo. Estas medidas se impulsan a través del *Tercer programa de acción a medio plazo en favor de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (1991-1995)* de la Comisión¹¹⁵.

Es el Tratado de la Unión Europea¹¹⁶, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, el primer texto vinculante que proclama la legitimidad y validez de la acción afirmativa. En efecto, su artículo 6 (del Protocolo de política social) defiende la conveniencia de impulsar *acciones afirmativas a favor de la mujer* en el terreno laboral para su igualación con el hombre se realice de la forma más rápida y eficaz¹¹⁷.

¹¹³ DOCE núm. L 225, de 12 de agosto de 1986. La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de mayo de 1990, asunto C-262/88 *Barber* (Rec. 1990 I, p. 1889), aclarada por la de 14 de diciembre de 1993 (asunto C-110/91 *Moroni*, Rec. 1993 I, pág. 6591), declaró que, a efectos de la aplicación de igualdad de remuneraciones por razón de sexo del art. 119 del Tratado, las *mejoras de empresas* debían considerarse salariales y por tanto sometidas a dicho principio. Dicha declaración tiene efectos, en virtud del Protocolo sobre el art. 119, firmado en Maastricht, a partir del 17 de mayo de 1990, de modo que las prestaciones generadas con anterioridad y no reclamadas quedan excluidas de la reforma. Esta regla fue confirmada por el TJCE en sentencias posteriores: sentencias de 6 de octubre de 1993, asunto C-109/91 *Ten Oever* - Rec. 1993 I, p. 4879-, de 14 de diciembre de 1993, asunto C-110/91 *Moroni* -Rec. 1993 I, p. 6591- y 22 de diciembre de 1993, asunto C-152/91 *Neath* -Rec. 1993 I, p. 6953- y de 28 de septiembre de 1994, asunto C-200/91 *Coloroll* -Rec. 1994 I, p. 4389-. Ahora bien, las Sentencias de 28 de septiembre de 1994, asuntos C-57/93 *Vroege* y C-128/93 *Fisher* (Rec. 1994 I, p. 4541 y 4583), declaran la no aplicabilidad del principio a los planes de pensiones de empresa ("las prestaciones suplementarias que se derivan de las aportaciones efectuadas con carácter meramente voluntario por los trabajadores por cuenta ajena), limitando, por tanto, la de la Sentencia *Barber*.

¹¹⁴ DOCE núm. L 20/35, de 28 de enero de 1982.

¹¹⁵ D.O. núm. C 142, de 31 de mayo de 1991.

¹¹⁶ DOCE núm. C 142, de 31 de mayo de 1991. No obstante, ya la Directiva 76/207/CEE permitía acciones semejantes, como interpretó repetidamente el TJCE. Así, y en lo que se refiere a condiciones de trabajo, Sentencia de 6 de octubre de 1983, Caso 163/1982, *Ulrich Hoffman c. Barmer Ersatzkasse Wuppertal*, sobre permiso por maternidad, que el Tribunal considera legítimamente no extensible al varón. Así lo consideró también el Consejo, dictando la Recomendación de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer, que, denunciando la ineficiencia de las medidas simplemente igualatorias, insta a la puesta en marcha de políticas activas que neutralizaran los efectos de "actitudes, de comportamientos, y de estructuras de la sociedad", sirvió para impulsar la adopción, el 19 de diciembre de 1985, de un segundo Programa de Acción en materia de igualdad de oportunidades 1986-1990.

¹¹⁷ Sin embargo, el carácter restrictivo de la STJCE de 17 de octubre de 1995, Caso *Kalanke*, impone una limitación al establecimiento de medidas de acción afirmativa y supone, por tanto, una

El Programa contiene un conjunto de medidas *igualatorias* dirigidas a la ajustada aplicación de la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de mayo de 1990, asunto C-262/88 *Barber*¹¹⁸, por la que (estableciendo que las *mejoras de empresas* debían considerarse salariales, a efectos de la aplicación de igualdad de remuneraciones por razón de sexo del art. 119 del Tratado, y por consiguiente sometidas a dicho principio), se declaraba la invalidez parcial de ciertas disposiciones contenidas en la Directiva 86/378/CEE¹¹⁹.

En este camino se sitúa la Propuesta, del Consejo, de reforma de la Directiva 86/378/C.E.E.¹²⁰, en cuyo art. 1.3 propone sustituir la redacción, entre otros, del art. 6 de la Directiva referida, acomodándolo sin restricciones al principio de igualdad de sexos. De ahí que se proponga el siguiente texto del art. 6.1 e):

“Deberán considerarse entre las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato las que se basen en el sexo, directa o indirectamente, en particular las que se refieren al estado civil o familiar, para establecer condiciones de concesión de prestaciones o reservar éstas a los trabajadores de uno de los sexos.”

Asimismo, se propone al Consejo (el 24 de mayo de 1988) una Directiva por la que tenga lugar el reconocimiento de la inversión de carga de la prueba.

Ambas propuestas han sido finalmente aceptadas a través de sendas Directivas, la 96/97, de 20 de diciembre (sobre aplicación del principio de igualdad en materia de Seguridad Social), y la 90/97 (sobre inversión de la carga de la prueba en los procesos sobre discriminación), respectivamente.

La Directiva relativa a la igualdad en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad social resuelve definitivamente la polémica en torno a las pensiones de empresa o mejoras de prestaciones, incorporando la doctrina del TJCE surgida a raíz del caso *Barber* y la teoría de la "nivelación por arriba".

Es asimismo obligada la cita de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, *sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia*¹²¹, destaca en su Preámbulo “que la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora

regresión en la doctrina igualatoria del TJCE, que puede obligar a los Estados miembros a cuestionar la potenciación de medidas de este tipo. (Vid. comentario a la misma en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 153, pág. 181).

¹¹⁸ Rec. 1990 I, p. 1889.

¹¹⁹ Doctrina aclarada por la Sentencia de 14 de diciembre de 1993 (asunto C-110/91 *Moroni* (Rec. 1993 I, pág. 6591), y confirmada por el TJCE en resoluciones posteriores: Sentencias de 6 de octubre de 1993, asunto C-109/91 *Ten Oever* -Rec. 1993 I, p. 4879-, de 14 de diciembre de 1993, asunto C-110/91 *Moroni* -Rec. 1993 I, p. 6591- y 22 de diciembre de 1993, asunto C-152/91 *Neath* -Rec. 1993 I, p. 6953- y de 28 de septiembre de 1994, asunto C-200/91 *Coloroll* -Rec. 1994 I, p. 4389).

¹²⁰ D.O.C.E. de 23 de agosto de 1995.

¹²¹ DOCE L 248, de 28 de noviembre de 1992.

embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres”.

A ella siguen los Dictámenes del Comité Económico y Social *sobre una Europa de los Ciudadanos*¹²² y sobre el Libro Blanco “Política Social Europea. Un paso adelante para la Unión” (94/C 397/14, de 23 de noviembre; especialmente, partes 2.1.4. y 2.1.6.).

En la misma línea se hallan también las Resoluciones del Parlamento Europeo, de marzo de 1995, *sobre igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres*, especialmente en materia laboral y en las políticas de seguridad social, y de 15 de junio de 1995, *sobre participación paritaria en los procesos de toma de decisiones políticas, económicas y sociales*, en la que se insta a adoptar medidas que posibiliten la armonización del trabajo con la familia.

La segunda directiva de esta época que contiene medidas directamente antidiscriminatorias, es la Directiva 96/34/CEE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, *sobre el permiso parental*¹²³, inscrita en el *IV Programa de Acción Comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000)*, aprobado por el Consejo de Ministros de Asuntos Sociales de la Comunidad, de 5 de diciembre de 1995. Se trata de un instrumento por el que se exhorta a los Estados miembros a la regulación de un permiso que permita al trabajador -sin distinción de sexo- suspender su actividad laboral durante un tiempo determinado (fijado por aquéllos sobre la base de un mínimo y un máximo) para dedicarse al cuidado de sus hijos, derecho que se garantiza con medidas especiales frente al despido del trabajador excedente.

No debe finalizarse esta aproximación a la acción normativa comunitaria en pos de la igualdad social de la mujer sin hacer referencia a la reciente aprobación de la Directiva 80 de 1997 sobre inversión de la carga de la prueba, que tiene la virtualidad de acuñar el concepto legal de “discriminación indirecta”. A través de ella, se da también base legal a un consolidado criterio jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en favor de la presunción de la discriminación sufrida por razón de sexo, a partir de la existencia de indicios de una conducta empresarial de tal índole, así como de la prueba estadística (que funcionará también como presunción de que existe una intencionalidad discriminatoria).

¹²² D.O. núm. C 313, de 30 de noviembre de 1992.

¹²³ DOCE L 145/4, de 19 de junio de 1996.

B. Derecho español

a) La tutela de la igualdad por razón de sexo

El legislador español ha consagrado desde el año 1978 en el art. 14 de la Constitución española la igualdad jurídica de los sexos, que "halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 CE, y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina; situación que... se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo" (STC 166/1988, de 26 de septiembre, F.J. 2º, segundo párrafo).

Desde tan crucial momento, se detecta en una primera fase una mayor inquietud por efectuar una pura y simple igualación formal, sobre la base de la aplicación literal del art. 14 de la Constitución española¹²⁴, que ha recibido severas críticas por cierto sector de la doctrina, por inoportuna en un contexto en el que la realidad imponía no una medida insuficiente como la igualación formal, sino otro tipo de acciones que produjeran una efectiva traslación de la igualdad al terreno de la práctica¹²⁵.

En esta esfera se sitúan las primeras resoluciones del Tribunal Constitucional (así, las SSTC 22/1981, de 2 de julio; 7/1982, de 26 de febrero; 99/1983, de 16 de noviembre, o 87/1984, de 27 de julio, entre otras)¹²⁶. De entre ellas merece la pena destacarse a las que giran en torno al tema del "varón discriminado", en torno a la discriminación de los viudos¹²⁷ (SSTC 103 y 104, de 23 de noviembre de 1983¹²⁸).

¹²⁴ Por supuesto que, en un régimen como el pre-constitucional, no se detectan otros intentos igualatorios anteriores, pese a la *Ley de igualdad de derechos de la mujer* de 1961: sólo hay que recordar que las medidas de signo proteccionista, se dirigían a compensar la supuesta inferioridad física de la mujer a través de normas prohibitivas (trabajo nocturno, trabajo en el interior de las minas...). Baste citar, por otra parte, la existencia de la figura excedencia forzosa por *matrimonio*.

¹²⁵ Actitud que B. GONZALO GONZÁLEZ ("La Seguridad Social de las mujeres en España... op.cit."), denomina "irrefrenable obsesión principalista".

¹²⁶ Sobre el tema, vid. BORRAJO DACRUZ, E.: "No discriminación por razón de sexo y sus efectos y garantías en el Derecho español del Trabajo", *Documentación Laboral*, 1983, núm. 7; ALONSO OLEA, M.: "Sobre la 'acción afirmativa' en cuanto a las condiciones de trabajo de la mujer", *REDT*, 1987, núm. 30; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo", *Relaciones Laborales*, núm. 3-4, 1993. Puede hallarse un tratamiento de la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F.: "La discriminación en la jurisprudencia constitucional", *Relaciones Laborales*, núm. 3-4, 1993.

¹²⁷ Sobre este tema ya se hizo un estudio en GARCÍA VIÑA, J. y RIVAS VALLEJO, Mª P.: *Las prestaciones de supervivencia en el sistema de la Seguridad social*. Barcelona, Cedecs, 1996, ps. 75 a 86.

¹²⁸ En ellas afirma el Tribunal Constitucional que las medidas positivas en favor de la mujer en materia de prestaciones de la Seguridad Social (concretamente en pensiones de viudedad) pudieron "tener su justificación, entre otras causas, en la pretensión de encauzar la actividad de

Éste también parece ser, a juicio de algunos autores¹²⁹, el principio inspirador de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, de 8 de marzo de 1980, en el que se recoge y consagra el principio de igualdad en dos preceptos diferentes (el 4.2 c y el 17), así como de la posterior Ley 30/1984, de 2 de agosto, *de medidas para la reforma de la función pública* (art. 32.1).

Esta postura fue posteriormente corregida por vía indirecta, sobre la base de dar prevalencia al segundo inciso del art. 14 CE: el *principio de no discriminación*, y al art. 9.2, que proclama la igualdad real y la obligación de los Poderes Públicos de procurar los medios para conquistarla, entendiendo el Tribunal Constitucional que el trato igual a situaciones desiguales es fuente de claras discriminaciones legales (así lo había apuntado en la STC 3/1983, de 25 de enero).

Este nuevo deber que se hace recaer sobre los Poderes Públicos implica la necesidad de valorar el alcance social de la desigualdad¹³⁰ y de acompañar a la igualación formal las medidas oportunas para impedir el establecimiento o mantenimiento de desigualdades injustificadas y arbitrarias en la práctica (STC 216/1991, de 14 de noviembre¹³¹).

Tal exigencia impondrá, según las circunstancias, la parificación y en otras la desigualación para igualar¹³², sin olvidar los riesgos de ciertas medidas protectoras, que, siendo aparentemente favorecedoras, acaban, como nos recuerda el Tribunal Constitucional, volviéndose en contra de su fin y redundan en perjuicio de quien se pretendía favorecer (STC 229/1992)¹³³. Habida cuenta de que, como con acierto señala la STC 109/1993, de 25 de marzo (F.J. 5º)¹³⁴, el riesgo de este tipo de medidas "en el

la mujer hacia el hogar, hoy es preciso reconocer que la legislación en la materia está postulando nuevas orientaciones..."

¹²⁹ En el sentir de LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ ("Las recientes reformas de la legislación social sobre la mujer en el trabajo y sobre la prestación de desempleo". *Revista de Treball*, núm. 10, 1989, pág. 30), "el planteamiento del Estatuto de los Trabajadores del año 1980 estaba inspirado más bien por una adaptación formal a la Constitución de la normativa laboral y de abordar ya la crisis económica, fomentando la contratación, que de profundizar en la igualdad real de oportunidades ante el mercado de trabajo, confirmando así tácitamente el papel de la mano de obra femenina como ejército de reserva".

¹³⁰ Señala MARTÍNEZ ROCAMORA una "socialización" de la cuestión, que se sustrae de la pura esfera privada para entrar en valoraciones sobre la trascendencia social de cada medida en la que exista una clara *desigualación* para juzgar si está o no justificada (*Decisiones empresariales y principio de igualdad*. Barcelona, Cedecs, 1998, p. 267).

¹³¹ BOE de 17 de diciembre de 1991.

¹³² BALLESTER PASTOR: "La Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 17 de octubre de 1995: entre la acción afirmativa y el varón discriminado." *Tribuna Social*, núm. 59, 1995, pág. 20.

¹³³ Según la STC 229/1992, de 14 de diciembre, F.J. 3º, "para que esa diferencia biológica pueda justificar la disparidad de trato es necesario calibrar adecuadamente las razones de la tutela, teniendo en cuenta muy en particular si la protección puede ser actual o potencialmente lesiva también de los derechos y de los intereses de la mujer", eliminando los "límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo" (F.J. 4º).

¹³⁴ BOE de 27 de abril de 1993.

ámbito laboral es el de que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares". Por tales razones el Voto Particular que formulan el Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra¹³⁵ a la última de las sentencias citadas concluye afirmando que, en verdad, la concesión de ventajas de signo positivo (discriminación positiva) constituye un modo de discriminación de la propia mujer, ya que, de esta manera, se está aportando un factor más de "alejamiento de la mujer del mercado de trabajo, sin que contribuya a su emancipación de las tareas domésticas"¹³⁶.

En esta segunda etapa se sitúan las Sentencias del TC 128/1987, de 16 de julio (sobre complemento de guardería), que inicia la tendencia apuntada y que alude expresamente a la innegable "situación desventajosa de la mujer respecto del hombre, pues no puede negarse la mayor dificultad que tiene "la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él"; 166/1988, de 26 de septiembre, sobre resolución del contrato, de trabajadora embarazada, en periodo de prueba, 19/1989, de 31 de enero, F.J. 5º (sobre coeficientes reductores en la jubilación anticipada), o la 28/1992, de 9 de marzo (sobre plus de transporte nocturno)¹³⁷. Toda esta doctrina, no exenta de contradicciones, al combinarse con resoluciones que todavía mantienen la tesis de "la igualdad por arriba" que se desprende de la tesis del "varón discriminado" (en tal sentido, SSTC 207/1987, de 22 de diciembre, y 68/1991, de 8 de abril), va a obligar, a su vez, a una armonización entre las facultades de organización empresarial y los principios constitucionales¹³⁸.

En cualquier caso, todas las que enjuician supuestos de medidas proteccionistas a la mujer, que le otorgan privilegios relacionados con las responsabilidades familiares y, por tanto, "compensatorios" (v.g., reconocimiento del derecho que ampara el art. 37.4 ET sólo en favor de la mujer, SSTC 187/1993, de 14 de junio, y 109/1993, de 25 de marzo¹³⁹), o con su pretendida debilidad (complemento especial de nocturnidad por la mayor "peligrosidad" del trabajo nocturno, complemento por guardería, aplicación de

¹³⁵ Al que se adhieren los Sres. García-Mon y González Regueral, De la Vega Benayas, y Díaz Eimil. Las razones que esgrimen en el Voto Particular son las mismas que debieron llevar, según afirma el propio texto del citado Voto, al legislador a la reforma operada por la Ley 3/1989 respecto del derecho al permiso por lactancia.

¹³⁶ En el mismo sentido, STC 3/1993, de 14 de enero (BOE de 12 de febrero de 1993), por el que se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el art. 162.2 del Texto Refundido de la LGSS de 1974.

¹³⁷ En opinión de MARTÍNEZ ROCAMORA (op.cit., p. 265), "aunque no se ha señalado doctrinalmente, es importante advertir que esta evolución no fue lineal y, además, como se comprobaba de inmediato, el TC no ha abandonado nunca la perspectiva igualitaria ni ha acabado de admitir totalmente el segundo paso indicado".

¹³⁸ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "Libertad empresarial de organización y exigencias del principio de igualdad", en AA.VV., dir. BORRAJO DACRUZ, E.: *La reforma del mercado de trabajo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1993, ps. 997 y ss.

¹³⁹ BOE de 27 de abril y 19 de julio de 1993, respectivamente. En ambas resoluciones (remitiéndose la segunda de ellas a la doctrina sentada en la primera) se deniega el amparo a un trabajador que pretendió hacer uso del derecho al permiso por lactancia, reconocido por el art. 37.4 ET sólo en favor de la mujer antes de que fuera reformado el precepto por la Ley 3/1989.

edades inferiores en la jubilación anticipada pactada..., doctrina contenida entre otras en las SSTC 81/1982, de 21 de diciembre, 38/1986, de 21 de marzo; 207/1987, de 22 de diciembre, o 16/1995, de 24 de enero), se pronuncian¹⁴⁰ en favor del mantenimiento de tales beneficios en aras de la igualdad material.

En el terreno legislativo, el mérito corresponde a la Ley 3/1989, de 3 de marzo, *por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo*. Inscrita en el *Plan de Igualdad de Oportunidades 1988-1990* del Instituto de la Mujer, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de septiembre de 1987¹⁴¹.

El objeto pretendido era, fundamentalmente, facilitar la armonización del trabajo con el ejercicio de la maternidad y la paternidad (superando la idea de que las medidas tuitivas hacia el cuidado de los hijos deben preverse sólo en favor de la mujer y configurando la maternidad como *función social*¹⁴²). No obstante, no tiene como finalidad primordial, según se desprende de su Exposición de Motivos, la igualación de los sexos en materia de condiciones de trabajo. Así lo demuestra el hecho de que, salvo la excedencia por cuidado de hijos, cuya protección se refuerza a través del aseguramiento del puesto de trabajo durante el primer año del periodo, la única novedad que contiene la norma en lo que se refiere a la protección de la maternidad es la acomodación de la regulación del periodo de descanso al Convenio 103 de la OIT, *sobre Protección de la Maternidad*.

Sin embargo, pese a la grandilocuente redacción de la Ley *-por la que se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo-* el favorecimiento de la igualdad de oportunidades sólo se impulsa a través del reconocimiento del derecho a la protección contra el acoso sexual (que se realiza alterando el redactado del art. 4.2 e del ET)¹⁴³.

La Ley 26/1990, de 20 de diciembre, *de Prestaciones no contributivas*, supone un paso adelante en la materia, al eliminar ciertas desigualdades contenidas en la normativa reguladora de las prestaciones por muerte y supervivencia e introducir la

¹⁴⁰ Salvo en el último de los supuestos citados, el de la reducción de la edad de jubilación para el personal femenino, por tratarse de "una medida que ha perdido su razón de ser" (STC 16/1995, de 24 de enero, BOE de 28 de febrero).

¹⁴¹ Puede hallarse un comentario a su contenido en PÉREZ DEL RÍO, T.: "Principio de no discriminación y acción positiva: comentario a la parte III del Plan de Igualdad de oportunidades para la mujer 1988-1990", *Documentación Laboral*, núm. 25, 1989.

¹⁴² Tal y como se había previsto, por ejemplo, en la OM de 12 de febrero de 1974, sobre subvenciones a la creación de guarderías infantiles laborales, en la que se señalaba como destinataria de tal política pública a la mujer trabajadora por cuenta ajena con hijos menores de seis años (art. 1).

¹⁴³ Según LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ (op.cit.), la Ley 3/1989 "no parece querer alterar este estado de cosas" (el vigente hasta el momento), orientándose "más bien a perfeccionar la regulación de la igualdad formal del Estatuto de 1980 referida sobre todo a la mujer que ya ocupa un puesto de trabajo".

prestación no económica por hijo a cargo, por la que se garantiza, al menos durante parte del periodo de excedencia por cuidado de hijos (el primer año) la conservación del vínculo jurídico con el sistema de la Seguridad Social, impidiendo la ruptura con el sistema que pueda derivar del apartamiento temporal y que pueda acarrear la pérdida del derecho a futuras prestaciones.

La mejora promocional de la situación de maternidad se culmina finalmente por la Ley 42/1994, *de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, por la que se suprimen ciertos requisitos discriminatorios de acceso a la prestación económica por maternidad y se mejora la cuantía de ésta¹⁴⁴. Sin embargo, la Ley 11/1994, por la que se lleva a cabo una amplia reforma de ET, deja pasar la ocasión que "la Reforma Laboral" le brindaba para abordar una completa actualización de todas aquellas normas de la Ley del ET que todavía mantienen planteamientos no ajustados plenamente a los designios del art. 9.2 CE. El ejemplo más palmario lo constituye el *permiso parental*, que hubo de ser modificado de manera aislada, poco tiempo después de acometerse la llamada "reforma del mercado de trabajo", sin que el Dictamen del Consejo Económico y Social detecte tan evidente ausencia más que en el Voto Particular del Consejero D. Luis Burgos, del Grupo Primero, quien denuncia la clara insuficiencia de las modificaciones en cuestión de igualdad por razón de sexo¹⁴⁵.

Seguidamente, la Ley 4/1995, de 23 de marzo, *de regulación del permiso parental y por maternidad*, supone el hasta hoy último intento parcial en la *igualación laboral de los sexos*, que coloca como *desideratum* último de las normas en ella contenidas. Para ello intenta crear el contexto idóneo para la inserción laboral de la mujer, removiendo el principal obstáculo que tradicionalmente la ha apartado del mercado de trabajo: las responsabilidades familiares, desde la perspectiva de la neutralidad, con insistencia reclamada desde cierto sector de la doctrina científica¹⁴⁶.

Efectivamente, la Exposición de Motivos de la Ley comienza aludiendo a la "*discriminación por razón de género*" que se sigue produciendo, aunque de forma *indirecta*, en el ámbito del acceso al mercado laboral "en la selección de personal", y llamando la atención sobre el hecho de que, a pesar de la adaptación de los "códigos legales" al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, la realidad continúa siendo desfavorable al *acceso y permanencia* de la mujer en el mercado de trabajo, motivado por la división del trabajo entre sexos existente en nuestra

¹⁴⁴ No debe olvidarse tampoco la mejora introducida por la Ley 4/1995, *sobre el permiso parental*, en lo que atañe a la carrera de seguro del trabajador que se acoge a una excedencia por cuidado de hijos, al considerar tal situación como asimilada al alta durante el periodo total de tres años.

¹⁴⁵ Entiende, en efecto, el Consejero que *ni recoge las principales críticas de la doctrina ni resuelve los problemas prácticos que viene planteando la aplicación del art. 119 del Tratado de Roma y las Directivas 117/1975 y 115/1976*.

¹⁴⁶ En tal sentido, RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "Igualdad entre los sexos y discriminación de la mujer", *Relaciones Laborales*. Núm. 2, 1992; y BALLESTER PASTOR, M^a A.: *Diferencia y discriminación...*, op.cit., p. 128.

sociedad. La reciente implantación de esta regulación en el Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido de 24 de marzo de 1995) impide, por el momento, evaluar su impacto real.

Hechas las anteriores apreciaciones en torno a los intentos legislativos por aproximar la igualdad efectiva a la formal, no hay que olvidar el mantenimiento por parte del legislador de ciertas diferencias entre los sexos, socialmente aceptadas, tales como la exención del servicio militar (Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre: el art. 11, sobre “causas de exención del servicio militar, dispone en su número 2 que “las mujeres están exentas del servicio militar”, y que en todo caso podrán ser llamadas a cumplir determinados servicios en las Fuerzas Armadas, de conformidad con la legislación reguladora de la movilización nacional”)¹⁴⁷. En esta concreta parcela, como ha puesto de manifiesto Odón-Francisco MARZAL¹⁴⁸, “algunos autores han visto que el desarrollo de la normación ordinaria establece una distinción por razón de sexo, con evidente discriminación actual del varón, solución que podría y debería de alguna forma modificarse, en aras de la igualdad de trato perdida.” Parece estar contemplándose por cierta doctrina como una suerte de discriminación positiva, por -paradójica- contraposición a la obligación, impuesta por la legislación pre-constitucional (y referencia explícita incluso en norma posterior, el art. 10.4 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, *de Relaciones Laborales*) de cumplir un servicio social (que, según tal doctrina, se acomodaría mejor al principio de igualdad).

b) La discriminación positiva y la acción afirmativa.

Como se ha afirmado incansablemente por el Tribunal Constitucional, la desigualdad jurídica de la mujer, históricamente situada en una posición de inferioridad frente al hombre, exige la adopción de medidas “desigualatorias” para lograr la igualdad sustancial y efectiva, que le sitúen transitoriamente en una posición más ventajosa en determinadas condiciones de trabajo.

¹⁴⁷ Un supuesto similar fue juzgado en la STC 216/1991, de 14 de noviembre (BOE de 17 de diciembre de 1991), siendo Ponente el Sr. De la Vega Benayas. En ella se enjuicia la posible vulneración del principio de igualdad que deriva del hecho de que no exista ley reguladora de la participación de la mujer en la defensa nacional (remitiéndose por la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar dicho extremo a desarrollo reglamentario) no significa denegarle el acceso a la Academia General del Aire. Con mayor razón, si cabe, por la demora a la que quedó sometido el referido desarrollo normativo, por parte del Real Decreto-ley 1/1988. En el F.J. 5º, el TC llega a la conclusión de que, si el mandato se impone directamente por la Constitución, la “falta de celo y presteza del legislación” en corregir la desigualdad no puede dejar de permitir calificar de inconstitucionales los actos que la mantengan. En consecuencia, el TC concede el amparo, declarando la nulidad de la resolución por la que se denegaba a la recurrente el acceso a la Academia General del Aire.

¹⁴⁸ “La suspensión de la relación laboral por causa del servicio militar y por ejercicio de cargo público o de representación sindical”, *Cuadernos del Poder Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 236.

Por otra parte, dicha igualación material exige, además, la adopción de otro tipo de medidas, las de *acción afirmativa*, que desplazan el centro de interés no a la pura desigualación con respecto a idénticas condiciones de trabajo o al reconocimiento de determinados derechos, contractuales o de Seguridad Social, sino a la creación de instrumentos específicos de fomento, que tienden al establecimiento de ventajas sociales adicionales. Se trata de beneficios exentos de connotaciones peyorativas que puedan significar crear *status* jurídicos diferentes (v.g., incentivos a la contratación de mujeres), o que se orientan a deshacer el binomio género-actividad en el ejercicio de determinadas actividades (v.g., regulación neutra de los derechos laborales ligados al cuidado de los hijos). Ello debe incluir, asimismo, la supresión de todos aquellos beneficios basados únicamente en una histórica visión ideológica de la mujer, que, por tanto, son de índole puramente proteccionista (SSTC 28/1992, de 9 de marzo, sobre complemento de transporte nocturno¹⁴⁹, y 229/1992, de 14 de diciembre, sobre prohibición del trabajo en minas, en la que se obliga a calibrar entre la protección basada en el orden biológico natural y el carácter actual o potencialmente lesivo de la medida para los derechos e intereses de la mujer).

En la práctica, ambos tipos de medidas no se presentan separadamente, sino entremezcladas, de forma que a menudo tienden a confundirse. Sin embargo, sí puede afirmarse que en el Derecho español parecen haberse configurado como estadios diferentes y sucesivos en la evolución del tratamiento de la igualdad "laboral" de la mujer, de modo que una primera etapa, de discriminación positiva, parece haber dejado paso a otra de acción afirmativa, inspirada por las nuevas corrientes "igualitaristas" que llegan desde el Derecho comunitario.

En cualquier caso, ambas acciones se presentan como el método más efectivo en la consecución de la igualdad de los sexos, siendo constatable que la proclamación de la igualdad formal resulta, por sí misma, insuficiente a tales fines. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, en sentencias como la 166/1988, de 26 de septiembre¹⁵⁰, que proclama "la legitimidad constitucional, desde las exigencias del principio de igualdad, de una normativa o de decisiones y actos de dichos Poderes Públicos, que, contemplando condicionamientos diferenciales, como puede ser en ciertos supuestos el sexo o el embarazo, regule o reconozca requisitos, efectos o consecuencias jurídicas diversas o específicas favorecedoras, en su caso, de una equiparación material en el puesto de trabajo", 19/1989, 145/1991 o 216/1991, de 14 de noviembre¹⁵¹.

¹⁴⁹ BOE de 10 de abril de 1992. La sentencia, cuyo Ponente es el Sr. De los Mozos y de los Mozos, deniega el amparo al recurrente, entendiendo que no existe vulneración del principio de igualdad.

¹⁵⁰ Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas. BOE de 14 de octubre de 1988.

¹⁵¹ Según el F.J. 5º de la última de las sentencias citadas, "no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes (*los poderes públicos*) emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial".

En tal sentido se manifestaba también el Profesor ALONSO GARCÍA en el año 1962, vaticinando un desalentador futuro en la plasmación práctica de la realidad formal:

"de nada sirve que el ordenamiento jurídico haya llevado a cabo un formal reconocimiento, en las relaciones jurídico-laborales, de la posición igual del hombre y de la mujer, si la sociedad, por su parte, no ratifica ese reconocimiento. Mucho nos tememos que la sociedad española no constituye ese filtro ideal de ideas y expresiones constitutivas de avances con verdadero sentido de autenticidad y no con simple apariencia de tales, enmarañados bajo declaraciones de trascendencia verbal simplemente. El tiempo ha de decirlo y bien quisiéramos equivocarnos en nuestra pesimista apreciación. El tiempo, también, se encargará de ir allanando dificultades y removiendo obstáculos..."¹⁵²

Y el tiempo, afortunadamente, habría corregido tan pesimista apreciación, pero, desgraciadamente, también la ha confirmado parcialmente, pues muchas son todavía las cosas por hacer.

En el Derecho español puede hablarse de medidas de *discriminación positiva*, incluso anteriores a la normativa y jurisprudencia comunitarias, si bien no siempre han tenido el mismo signo igualatorio, pudiendo detectarse, por el contrario, intenciones muy diferentes a la igualación de los sexos. Así sucedía con respecto a las pensiones de viudedad, cuya inconstitucionalidad fue puesta en tela de juicio a raíz de la consagración del principio de igualdad en el art. 14 de la Constitución española y sometida a la decisión del Tribunal Constitucional.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional números 103 y 104 de 1983, anulan el número 2 del art. 160 de la LGSS. de 1974, en el que se establecían regímenes diferentes de acceso a la pensión de viudedad¹⁵³, poniendo fin a la diferencia de trato entre sexos¹⁵⁴ o la discriminación positiva en favor de la mujer, en materia de

¹⁵² ALONSO GARCÍA, M.: *Prólogo* a la obra citada de Martín BOU VIDAL., op.cit.

¹⁵³ La Ley de Seguridad Social de 1966 exigía a la viuda el cumplimiento de ciertos requisitos, cuya concurrencia se consideraba indicativa de un estado de necesidad protegible: superar la edad de 40 años, padecer una incapacidad para el trabajo o tener hijos a cargo. El art. 4 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de Prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, establece que serán beneficiarias de la pensión "las viudas que reúnan las condiciones exigidas para ser beneficiarias... cualquiera que sean su edad y capacidad para el trabajo y aunque no tengan a su cargo hijos habidos del causante con derecho a pensión de orfandad".

¹⁵⁴ Con el voto particular en contra de varios Magistrados (los Sres. Jerónimo Arozamena Sierra, y Francisco Pere Verdaguer), que basan su discrepancia en dos razones técnicas: la repercusión que la decisión del Tribunal podía tener sobre el débil sistema financiero de la Seguridad Social (el reconocimiento del derecho al viudo supuso un incremento del número de pensionistas en 51.000 aprox., según afirma GONZALO GONZÁLEZ, loc.cit.) y la omisión de un dato: el de la necesidad, y, por otra parte, que "las técnicas de inconstitucionalidad... no son el instrumento para tratar de acomodar a los principios constitucionales el sistema de la seguridad social", sino que ello es tarea del legislador. Por su parte, el Magistrado don Francisco Rubio Llorente funda su disconformidad con el fallo del Tribunal -que manifiesta en su voto particular a la sentencia- tiene un cariz más sociológico: la diferencia de trato no carece de justificación razonable, pues no debe olvidarse la "diferencia hasta ahora existente entre hombres y mujeres". Vid. la obra que dedica dicho Magistrado al análisis del principio de igualdad: *El principio de igualdad en la Constitución*

pensiones de viudedad¹⁵⁵, más acusada desde la reforma operada por la *Ley 24/1972, de 21 de junio, de Perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social* y finalmente contenida en el Texto Refundido de 1974 (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo), en los arts. 160 y ss¹⁵⁶.

Pero no es de esta suerte de acción "positiva" (entendida como "supertutela" compensatoria de una desigualdad práctica que acaba funcionando en favor de su mantenimiento) a la que se quiere hacer referencia, sino de aquella otra configurada como mecanismo de promoción profesional de la mujer, a través de medidas que garanticen su colocación o la compatibilidad con las responsabilidades familiares, allanando el terreno para que la mujer no encuentre trabas adicionales a las que ya de por sí dificultan el difícil acceso al mercado de trabajo.

Entre ellas hay que contar no sólo con las de directo signo incentivador (bonificaciones a la contratación, iniciadas por el art. 17.3 ET, especialmente desde su reforma por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, cuotas forzosas, inexistentes en nuestro

*Española. Madrid, M^o de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, 1991, vol. I, págs. 704 y ss. Asimismo, el estudio realizado por M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M. FERNÁNDEZ LÓPEZ: Igualdad y discriminación. Tecnos, 1986. También: M^a A. BALLESTER PASTOR: "La Sentencia del TSJ de Luxemburgo de 17 de octubre de 1995: entre la acción afirmativa y el varón discriminado", en *Tribuna Social*, núm. 59, 1995.*

¹⁵⁵ Idéntica reforma hubo de sufrir la protección por las mismas causas hacia otros familiares (regulada en el Reglamento General de Mutualidades Laborales, de 16 de junio de 1954, y, posteriormente, art. 5 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social). Concretamente, las prestaciones por muerte y supervivencia en favor de hijos y hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación o invalidez, hasta la entrada en vigor de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de Prestaciones no contributivas, concedidas sólo en favor de mujeres, en respuesta a la llamada del Fuero del Trabajo a "mantener a la mujer apartada del taller y de la fábrica" (STC 3/1993, de 14 de enero. Sobre esta sentencia, véase los comentarios de BORRAJO DACRUZ, A.L., Tomo III, 1993 y GARCÍA NINET, *Tribuna Social*, número 26, 1993.

¹⁵⁶ Dicha reforma había eliminado los requisitos de acceso a la pensión en lo que al sexo femenino se refería, pero mantenía requisitos adicionales para el varón. En realidad, para ser fieles a la verdadera naturaleza del precepto -el art. 160, donde se contemplaban los requisitos de acceso a la pensión-, debe señalarse que la diferencia estribaba en el tratamiento de la situación protegida y compensada por la prestación: la *situación de necesidad* en la que queda el viudo tras el fallecimiento de su cónyuge, que se refleja en la presunción contenida en el artículo de referencia. Y es que mientras en un caso -el de la viuda- dicha circunstancia se presumía, no sucedía lo mismo respecto del viudo, que debía demostrar que la necesidad existe, a través de la acreditación de dos extremos: que había estado económicamente a cargo de la esposa fallecida o bien que padecía, en el momento del fallecimiento, una incapacidad absoluta para el trabajo, cuando, como argumenta el Tribunal (F.J. Segundo), "el vacío económico que produce la mujer trabajadora es idéntico al que en iguales casos causa el marido". F. LÓPEZ-TARRUELLA y C. VIQUEIRA PÉREZ ("La necesaria reforma de la pensión de viudedad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional", R.L., 1990-II, pág. 454 y ss.) señalan que dicha dependencia no sólo se presumía, "sino que se ha encontrado su razón de ser en el simple hecho de ser mujer casada", lo cual no es sino manifestación de una opción ideológica de la familia, del matrimonio y de la mujer que ya no encajan con nuestra sociedad actual.

Derecho¹⁵⁷...), sino también con las que puedan neutralizar la discriminación indirecta que puedan generar aquellas disposiciones por las que se regulan institutos o sectores preferentemente feminizados. En este ámbito puede hablarse de la nueva regulación del trabajo a tiempo parcial (especialmente de la llamada "modalidad residual"), establecida por el Real Decreto 489/1998, de 27 de marzo (por el que se desarrolla la Ley 63/1997, de 28 de diciembre), durante largo tiempo relegada a un trato peyorativo, que apartaba al amplio colectivo de madres de familia que compatibilizaban sus responsabilidades con un trabajo a tiempo parcial de algunas prestaciones de la Seguridad Social, tales como la de incapacidad temporal, y que sometía a un duro régimen de acceso a las demás, penalizando en cierto modo este tipo de trabajo. Es éste un curioso ejemplo de conversión de un mecanismo *neutro* de discriminación indirecta en otro de acción afirmativa.

Entre las acciones afirmativas directamente conectadas con la maternidad pueden citarse la nueva regulación, impuesta por la Ley 4/1995, *sobre el permiso parental*, de la excedencia por cuidado de hijos (con mejora de efectos tanto en el orden contractual como en el ámbito de la Seguridad social), así como el sistema de incentivos a la contratación de personal interino que le acompaña; o la recién descrita reforma del trabajo a tiempo parcial, con mejora de su cobertura social sin distinción en función del mayor o menor número de horas trabajadas. Son medidas también inscritas en esta idea global de la "acción afirmativa", en general dirigidas a la inserción laboral de la mujer, prescindiendo de sus circunstancias familiares, las de índole procesal, tales como la inversión de la carga de la prueba en torno a la demostración de que existió discriminación, recogida en el art. 96 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, el fomento de la formación profesional de la mujer (Planes nacionales de formación ocupacional y profesional), o el establecimiento del concepto legal de "discriminación indirecta", por el momento limitado al ámbito forense, hasta tanto no tenga lugar la transposición de la Directiva 80/97, que la acoge en su art. 2.2¹⁵⁸.

No hay que olvidar, por último, y sin ánimo de ser exhaustivos, las medidas incentivadoras de la contratación de mujeres en forma de subvenciones que se han ido sucediendo desde la primera norma de fomento, precisamente en favor de las mujeres con responsabilidades familiares, contenida en el RD 723/1980, de 11 de abril (a la que siguieron la OM de 2 de febrero de 1986 y el RD 1/1992, de 3 de abril), algunas de ellas de reciente cuño (cfr., Ley 63/1997), ya examinadas con anterioridad¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Entiende GARCÍA FERNÁNDEZ ("Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa", op.cit., p. 52.) que no cabe su admisión a la vista del art. 4.2 c) ET ni tampoco desde el punto de vista constitucional.

¹⁵⁸ PÉREZ DEL RÍO, T.: Ponencia citada.

¹⁵⁹ Para un tratamiento más exhaustivo sobre el catálogo de medidas de acción positiva en el Derecho español, vid. BALLESTER PASTOR, *Diferencia y discriminación normativa...*, op.cit., ps. 132 y ss., y "Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo", op.cit., ps. 49 y ss.

1.4. La protección a la familia en la historia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1.4.1. Introducción

La entrada del siglo veinte supone el abandono de la idea individualista de que el hombre debe velar por sí mismo y la teoría liberal de que, sea o no el hombre responsable de sus actos, no debe soportar injerencias del Estado en su libre devenir. Se consolida por fin la idea de la protección social, basada en el principio de solidaridad, a cuyo amparo se lanzan diversas iniciativas públicas.

Entre ellas se sitúan las dirigidas a la protección a la familia y a la infancia. En este camino puede hallarse la Ley de 12 de agosto de 1904, por la que se crean *Juntas de protección a la infancia*. Junto a ésta, surgen y cobran relieve toda una serie de medidas tutelares, algunas de ellas de claro contenido claramente ideológico, dentro y fuera del Derecho del Trabajo. Por lo que al interés de este trabajo respecta, resulta de todo punto interesante efectuar un breve recorrido por la historia del Derecho del Trabajo para señalar en el mismo las grandes líneas legislativas en torno a la protección de la familia, en tanto éstas han sido impulsadas precisamente desde el ámbito de la regulación jurídica de la relación de trabajo.

Como podrá observarse, y de ahí la importancia de este planteamiento inicial, con frecuencia trabajo de la mujer y familia han sido considerados desde una perspectiva unitaria, como partes de una misma circunstancia, y como tales han recibido un tratamiento indistinto en el Derecho del Trabajo histórico. De nuevo debe reiterarse que la observación de la más reciente historia del Derecho español (así como del Derecho comparado) contribuye a desvelar muchas de las claves y controversias que rodean a la vigente regulación de la maternidad y da sentido y razón de sus fundamentos jurídico-sociales. En cualquier caso, no debe olvidarse que todo estudio de cualquier fenómeno exige unas ciertas dosis de distancia para una mejor comprensión del mismo, y no hay duda que aquélla puede venir proporcionada tanto por la perspectiva histórica como por el análisis comparado. A tal fin se dirigen las siguientes páginas, en las que, por razones sistemáticas, se ha optado por un tratamiento independiente de la tutela desde el ámbito estricto de la relación laboral respecto del sistema público de previsión social.

1.4.2. Derecho del Trabajo

En el marco de la política familiar, la historia del Derecho del Trabajo dentro y fuera de nuestras fronteras está jalonada de iniciativas legislativas en favor de la familia, de una u otra índole, en unos casos para la mejora del bienestar del menor y en otros para el favorecimiento de lo que puede denominarse “la unidad familiar”, hoy inspiradas en los arts. 32, 35 y fundamentalmente 39 de la Constitución de 1978, pero en otras épocas fundamentadas en valores sociales y políticos muy diversos.

Para la consecución de tales fines históricamente se ha recurrido a medidas favorecedoras de la mejora de su bienestar económico (v.g., la consideración de la existencia de cargas familiares en el cálculo de las indemnizaciones por despido, en la LCT) y en otras ocasiones a instrumentos disuasorios del empleo de la mujer, tendentes a garantizar su permanencia y atención del hogar familiar (y consiguiente mantenimiento de la *unidad de la familia*).

Medidas que no han sido exclusivas de una época y un país, sino comunes, con mayores o menores diferencias, a todos los ordenamientos jurídicos, y, en mayor o menor intensidad, a todas las épocas históricas, si bien se trata de una tendencia social y legislativa en gran parte abandonada en el momento actual. De tal modo que hoy cabe decir que las medidas protectoras se han reorientado hacia la tutela del menor y hacia la plena igualdad de los sexos en el terreno laboral, pasando de una primera época en la que el trabajo remunerado de la mujer era excepcional¹⁶⁰, concentrándose entre las mujeres solteras y más jóvenes, a otra en la que el legislador se dirige, en un momento álgido de la economía, caracterizada por el pleno empleo, a facilitar la “armonización” de las tareas domésticas y la atención a la familia con el trabajo de la mujer (importante reserva de mano de obra a la que acudir en caso de crisis de demanda de trabajo, rasgo que define la economía de los años sesenta¹⁶¹), y, por

¹⁶⁰ En el ámbito del trabajo no remunerado, lo que se ha dado en llamar “trabajo familiar no remunerado”, el papel de la mujer ha sido, por el contrario, mucho más relevante. La idea a destacar es, pues, que la mujer no es que tradicionalmente no haya trabajado: es que ha desempeñado trabajos no remunerados. De lo que se trata es de, partiendo de la plena capacidad femenina para el trabajo, canalizar ese esfuerzo laboral hacia el campo del trabajo asalariado, o, lo que es lo mismo, hacia el ámbito de la tutela legal, bajo el cual ampararse. En la actualidad, la mujer sigue ocupando un puesto destacado en el reparto del trabajo, medido en términos globales: un reciente estudio realizado por el Centro de Investigación y Estudios Sociológicos, dado a conocer en el mes de marzo de 1997, demuestra que el 67% del trabajo que se hace en España se lleva a cabo por mujeres. Por contra, la cifra de mujeres ocupadas es muy inferior a la de los varones.

¹⁶¹ La boyante situación económica durante esta época diluye el fomento de la ocupación femenina en el más amplio objetivo de facilitar el empleo en general. Ello propició en todo el mundo la adopción de Programas Especiales de Empleo de la Mujer, en busca de una mayor participación de la mujer con responsabilidades familiares en el mercado de trabajo, con resultados positivos. Así, a mediados de los años sesenta, el Gobierno Noruego vaticinaba: “se prevé que el porcentaje de mujeres con responsabilidades familiares y provistas de empleo, casadas o no, continuará aumentando”. El panorama internacional no estaba exento de ciertas excepciones a la tendencia observada, y así cabe citar el caso de Irlanda o el de la República Federal de Alemania, cuyos respectivos Ministros de Trabajo se pronunciaban, en respuesta a la encuesta realizada en 1965 por el *Comité de la Mano de Obra y Asuntos Sociales* de la OCDE (sobre el cual se elaboró el informe publicado bajo el título *La mujer entre el hogar y el trabajo* por Viola KLEIN, Ed. Sagitario, 1967), en contra del fomento del empleo femenino. En cuanto al primero de ellos, se manifestaba en los siguientes términos: “...el Gobierno estima que uno de los primeros fines de la política económica y social es procurar que las mujeres con responsabilidades familiares no se vean obligadas a tomar un empleo, en detrimento de los deberes y obligaciones que asumen en su hogar”. El Ministro de Trabajo y de Asuntos Sociales afirmaba: “estimo que cuando se trata de promover el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares no sólo deben considerarse las necesidades de la economía nacional y de la economía privada, sino también los aspectos

último, en el momento presente, a garantizar el reparto de las cargas familiares entre el hombre y la mujer y su compatibilidad con el trabajo, en un momento histórico en el que la situación socio-laboral de la mujer se ha impregnado del estado de crisis que impera en la economía mundial y que expulsa del mercado de trabajo al último en incorporarse a él: la mujer, especialmente la mujer madre de familia, integrada al mismo especialmente a partir de los primeros años sesenta.

Es un hecho incontrovertido que la posición de la mujer en el mercado de trabajo, siendo de por sí débil, se halla en relación directa con la evolución de la economía, provocando ello que la primera en experimentar las situaciones de crisis, actuando como comodín en la política legislativa reguladora del mercado de trabajo, sea la mujer. Ello explica la postura del Gobierno suizo ante el alud de inmigrantes extranjeros llegados en los primeros sesenta y que ponían en peligro su “individualidad como nación”, según afirmaba en 1962 la Oficina Federal de la Industria, de las Artes y Oficios y del Trabajo, razones que motivaron directamente el cambio de la política social en el siguiente sentido, para lo cual serán utilizadas las palabras vertidas en la encuesta realizada por la OIT en 1964¹⁶²: “el Gobierno considera que la participación en las actividades económicas de las mujeres cuyos hijos no exigen ya cuidados constantes es, no solamente un derecho, sino en ciertas circunstancias un deber social” (es decir, la relación de la mujer con el trabajo remunerado se mide siempre por patrones de deberes morales). De ahí que el decaimiento del empleo en los años posteriores altere la posición de la mujer en el mercado de trabajo y, en consecuencia, reoriente la política de empleo sobre la base del principio de igualdad de derechos, que reclama la puesta en práctica de mecanismos igualatorios que impidan su exclusión del mercado de trabajo, partiendo del hecho de que una situación de crisis de oferta de empleo tiene como primer efecto la expulsión de aquél de la mujer.

Esta especial debilidad es la que justifica la adopción de medidas particularmente contundentes, por parte de las autoridades legislativas de todos los países, con el objeto de allanar en lo posible el camino de la mujer que desea integrarse en el mundo laboral, en ciertos sectores todavía esencialmente masculinos, y, particularmente, la mujer que no quiere renunciar a su condición de trabajadora por el hecho de convertirse en madre.

sociales del problema. Cuando las madres tienen hijos en edad escolar o menores aún, los deberes familiares deben ser antepuestos a las exigencias de la profesión lucrativa siempre que fuere posible. Por ello dudáramos en promover medidas encaminadas a desarrollar el empleo entre las madres de familia. Desde luego, esto no condena los intentos de crear condiciones favorables cuando estas madres no pueden escapar a la doble carga.(...) En la medida que se desee evitar las consecuencias socialmente negativas del trabajo para las madres, se deberá recurrir a estos medios más idóneos para responder a las necesidades de mano de obra, antes que fomentar el trabajo de las mujeres con hijos” y considera preferible, en momentos de crisis de mano de obra, la “importación de mano de obra” o el incremento de la productividad que facilitar el trabajo de la mujer con responsabilidades familiares.

¹⁶² *El Trabajo de las mujeres en un mundo en evolución*. Informe VI, 1964, pág. 18.

La protección a la familia se manifiesta también en la flexibilización del duro acceso al mercado de trabajo al que se somete a la mujer en esta época, permitiendo a aquella que ostente la condición de cabeza de familia el ingreso en el mismo con el objeto de favorecer el sostenimiento económico de ésta.

En lo que a España respecta, la actividad pública más intensa se desarrolla a partir del año 1939, bajo el incipiente nuevo régimen político. Impregnando la idea de Estado la vida civil en todos sus aspectos, con más razón debía suceder respecto de la familia, a la que se declara pilar básico del Estado en la Declaración XII del *Fuero del Trabajo*, aprobado por Decreto de 9 de marzo de 1938:

“(El Estado) reconoce a la familia como célula primaria natural y fundamental de la sociedad y al mismo tiempo como institución moral y dotada de derecho inalienable y superior a toda ley positiva.”

Así, en palabras de FERNÁNDEZ HERAS, “todos los españoles participarán en las funciones del Estado, a través de su función familiar, municipal y sindical”¹⁶³.

Con estas premisas, no era de extrañar que se incidiese especialmente en el trabajo de la mujer, en cuanto de ésta dependía el “bienestar individual y social” de la familia, siendo ella el pilar básico en el que debía construirse la familia. Así lo declaraba el *Fuero del Trabajo* (Declaración II): “(El Estado) libertará a la mujer casada del taller y de la fábrica”¹⁶⁴, para que pudiera entregarse sin reservas al cuidado de la familia (en compensación a lo cual debía establecerse un régimen que proveyese la sustitución de los ingresos salariales que, como consecuencia de la retirada del mundo laboral, debía sufrir la mujer al casarse y, por extensión, la familia).

Y al filo de la instauración del nuevo régimen político, la Orden de 17 de noviembre de 1939, *sobre inscripción de mujeres en las Oficinas de Colocación*, permite la inscripción como demandante de empleo en los Servicios de Colocación a la mujer “obrero” que ostente la condición de cabeza de familia, siempre que acredite lo que puede calificarse de “situación de necesidad” De modo que la normativa de acceso al empleo utiliza categorías propias del Derecho de la Seguridad Social o, para ser más fieles a la época histórica en la que se sitúan estas medidas, del *Derecho de los seguros sociales*. Los elementos que configuran dicha situación son, alternativamente: a) la carencia de otros ingresos que los procedentes del trabajo, b) la existencia de hijos que no puedan o no aporten ingresos superiores “al jornal medio de un obrero cualificado”, c) la separación conyugal o la invalidez del marido, cuando simultáneamente exista una total carencia de ingresos, y d) la soltería cuando ésta

¹⁶³ FERNÁNDEZ HERAS, Amado: *Tratado Práctico de Legislación Social*. Tip la Editorial, Zaragoza, 1947.

¹⁶⁴ “Único modo de que pueda atender a lo que debe constituir para ella finalidad primordial, el cuidado del hogar y la educación de sus hijos” (MILEGO DÍAZ, J. y FERNÁNDEZ HERAS, A.: *Compendio de Derecho Industrial y del Trabajo*. Madrid, 1947, pág. 143).

conviva con una situación de carencia de ingresos familiares o posea la mujer título académico o profesional¹⁶⁵.

La preferencia hacia la contratación de la mujer casada queda matizada por la limitación de su capacidad para contratar¹⁶⁶, impuesta por los arts. 11 y 132 de la *Ley de Contrato de Trabajo* (Decreto de 26 de enero de 1944¹⁶⁷), heredera del art. 4 del Código de Trabajo (aprobado por Decreto-Ley de 23 de agosto de 1926)¹⁶⁸, que exigen autorización marital (salvo separación de hecho o de derecho)¹⁶⁹, pudiendo ser ésta condicionada, limitada o revocada por el marido¹⁷⁰, ex art. 12. Tal "preferencia" se manifiesta también a la hora de la posterior contratación de la mujer que cumple las condiciones antedichas, por cuanto se establece un orden de prelación en el acceso a las vacantes, en caso de igual aptitud o competencia a: a) la mujer que ostente la condición de cabeza de familia cuando su esposo o hijos, quienes aportaran rentas del trabajo, hubieran fallecido como consecuencia de la Guerra Civil en el frente nacional; b) la enfermera con seis meses al menos de servicio en equipos quirúrgicos móviles, hospitales de campaña o infecciosos y las que hubieran prestado servicios en lavaderos y enfermerías del frente en la Guerra Civil, siempre que el tiempo mínimo de servicios, acreditado por certificado de la Inspección General de Servicios Femeninos de Falange Española Tradicionalista de las J.O.N.S., fuera de seis meses.

La permanencia de la mujer casada en el mercado de trabajo también queda sujeta a un régimen de fomento del abandono del trabajo, que, a partir de la Ley 56/1961 y posterior Decreto de 1 de febrero de 1962, para su aplicación al ámbito de las relaciones laborales (desarrollados por Decreto 2310/1970, de 20 de agosto), pasa por la concesión de una triple opción a la trabajadora en caso de contraer matrimonio en el curso de la relación laboral (art. 3), permitiéndole continuar en la empresa, rescindir su contrato de trabajo (el matrimonio se configura así como causa de extinción del contrato¹⁷¹) con derecho a indemnización (la señalada en la

¹⁶⁵ Tales situaciones son susceptibles de ampliación por los Servicios de Colocación o por la Delegación de Trabajo correspondiente (en recurso).

¹⁶⁶ Tanto como trabajadora como para "ejercer un comercio o industria que requiera aprendices" (art. 132 LCT).

¹⁶⁷ B.O. de 24 de febrero.

¹⁶⁸ El texto de dicho precepto es reproducido, prácticamente de forma literal, en la LCT.

¹⁶⁹ Disposición que no será reformada hasta la Ley 56/1961, de 22 de julio, *sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer* (B.O.E. de 24 de julio de 1961), por la que se reconoce plena capacidad para contratar a la mujer, desarrollada por Decreto de 285/1962, de 1 de febrero (B.O. de 16 de febrero). La misma limitación se establece en el art. 58 LCT respecto del pago del salario, cuya validez está condicionada al asentimiento de su marido, que puede oponerse -si así lo formula ante la Magistratura de Trabajo que corresponda- a que se le haga efectivo.

¹⁷⁰ Quien también puede oponerse a que el salario sea abonado directamente a la mujer.

¹⁷¹ ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo...*, op.cit., p. 242.

reglamentación correspondiente¹⁷²) o situarse en excedencia voluntaria por espacio de uno a tres años¹⁷³.

En sentido positivo, se prevén beneficios en favor de los trabajadores que son cabeza de familia. Tal es el caso de lo que podría calificarse de "prestación en favor de la familia"¹⁷⁴, aunque sea contemplado como un beneficio en favor de "trabajadores sin ocupación"¹⁷⁵, regulado inicialmente en el Decreto de 1 de mayo de 1937, sobre exención del pago de alquileres, agua y luz eléctrica a obreros en pago, desarrollado por las Órdenes de 8¹⁷⁶ y 28 de mayo de 1937, y modificado por la Orden de 21 de junio de 1938 y por la de 17 de octubre de 1940, por la que se amplían los beneficios previstos en la de 1 de mayo de 1937. Se trata de un derecho reconocido en favor de trabajadores en paro que sean arrendatarios de una vivienda, consistiendo el beneficio en la exención, por parte de la correspondiente Cámara Oficial de la Propiedad Urbana, del pago del alquiler de la misma, así como de los débitos por suministro de agua y luz eléctrica¹⁷⁷.

A las anteriores se adicionan las medidas protectoras de las familias numerosas, a partir del Real Decreto-Ley de 21 de junio de 1926 y hasta la Ley 25/1971, de 19 de junio, y su Reglamento aprobado por Decreto 3140/1971, de 23 de diciembre, que alcanzan no sólo a la concesión de un derecho de preferencia en el mantenimiento del puesto de trabajo en caso de despido, cese, reducciones de jornada y traslado forzoso, sino también a la preferencia de participación en operaciones migratorias o en la

¹⁷² Así se establecía en el Decreto 258/1962, de 1 de febrero, cuya regulación es aclarada por el Decreto 2310/1970, en el que se establece que, en defecto de norma profesional, la cuantía de la indemnización será la de un mes de salario por cada año de servicios, con un límite de seis (concretamente, el mes de salario se mide aplicando la base de cotización a la Seguridad social que corresponda a la categoría profesional de la trabajadora).

¹⁷³ Considera ALONSO OLEA (*Derecho del Trabajo...*, op.cit., p. 243) que el disfrute de esta excedencia limita la posibilidad de ejercer una excedencia por alumbramiento tras el reingreso hasta cinco años, y que el inicio de una relación laboral con otro empresario extingue el derecho al reingreso, en aplicación de lo que llama regla general, según la cual la excedencia no se concede para trabajar para otro empresario.

¹⁷⁴ También lo son las cartillas de abastecimientos y las cartillas infantiles, o las preferencias en la adjudicación de viviendas protegidas.

¹⁷⁵ Las Órdenes de 23 de mayo de 1941, *sobre exención de alquileres a los beneficiarios no cabezas de familia y a los parados de la industria conservera de pescado*, amplían el ámbito subjetivo de esta medida, al preverse también en favor de trabajadores que no ostenten la condición de cabeza de familia o que, hallándose en tal situación, no estén en cambio en situación de desempleo pero sí en una peculiar situación que se deriva de la índole especial del trabajo en la industria conservera de pescados, sujeta a fluctuaciones irregulares o de temporada.

¹⁷⁶ Modificada por la de 27 de noviembre de 1939.

¹⁷⁷ Lo cual se hará constar en la "Tarjeta oficial de exención". El referido beneficio se somete a la previa acreditación de una serie de circunstancias: a) que la media de las rentas familiares no supere una cantidad igual al "jornal medio de un bracero de la localidad", b) que la cuantía del alquiler no exceda la suma de 150 pts. mensuales, y c) que el trabajador objeto de tal exención figure inscrito en la Oficina de colocación sin haber rechazado trabajo alguno y resida habitualmente en el lugar de su empadronamiento en el último censo.

concesión de ayudas de desempleo, así como en la ya referida prioridad de contratación, a partir de las listas de las Oficinas de Empleo, e incluso en la ampliación del plazo de desalojo de vivienda ocupada por motivos laborales¹⁷⁸.

El régimen de protección de la familia y el nacimiento de hijos desde el ámbito de la relación laboral se completa con una medida carente de las connotaciones discriminatorias y finalidad desincentivadora del trabajo de la mujer que preside el resto de las examinadas, diseñadas para el fomento del abandono del trabajo por parte de la mujer casada (al margen de aquellas otras de carácter neutro, como la exención de determinadas deudas por suministros públicos). Se trata de la tutela de la *maternidad*, que se erige como figura central sobre la que gira el resto de las medidas de amparo de la familia. Su importancia la hace merecedora del presente trabajo y, por consiguiente, de un examen más depurado en un epígrafe independiente. Sin perjuicio de ello, debe llamarse la atención sobre las distintas medidas previstas por la LCT para favorecer la compatibilidad entre el cuidado de los hijos y el trabajo de la mujer: se trata de los permisos por lactancia o para atender al cuidado de los hijos enfermos, previstos en el art. 67 y ampliados por las Reglamentaciones de Trabajo en lo que atañe a su duración temporal¹⁷⁹.

1.4.3. Derecho de la Seguridad Social

1.4.3.1. Líneas generales

Desde el ámbito de las prestaciones de la Seguridad social, el Estado atiende a la necesidad económica extraordinaria que para el ciudadano -por tanto, fundamentalmente el trabajador- genera la existencia de una familia a su cargo, por cuanto, como afirma GARCÍA NINET, "existe una presunción absoluta, casi *iuris et de iure*, de que el trabajador cabeza de familia que tiene a su cargo esposa y/o hijos sufre un desequilibrio económico, dada la insuficiencia de rentas salariales, para hacer frente a las necesidades de alimentación, vestido, vivienda, salud, educación, etc."¹⁸⁰

Señalan DE LA VILLA y DESDENTADO BONETE¹⁸¹ como primer precedente normativo de la protección a la familia en España el Real Decreto-Ley de 21 de junio de 1926, sobre

¹⁷⁸ Sobre el alcance de todas estas medidas, tanto de signo laboral como en orden a la protección desde otros ámbitos (educación, transportes, vivienda...), vid. MARTÍN RAMOS, J.: "Prestaciones de protección social a la familia en la Seguridad Social". *Revista de Seguridad Social*, núm. 17, 1983, ps. 145 y ss.

¹⁷⁹ El elemento temporal es el que funda asimismo la distinción, sobre la base de las mismas causas "de índole familiar", entre las simples licencias o permisos y las excedencias voluntarias fundadas en exigencias familiares, reconocidas en ciertas Reglamentaciones de Trabajo.

¹⁸⁰ GARCÍA NINET, J.I.: "La protección familiar en el ámbito de la Seguridad Social", *Revista de Seguridad Social*, núm. 9, 1981, p. 93.

¹⁸¹ DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de Seguridad Social*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979.

atención a las familias numerosas, al que siguieron la Ley de 1 de agosto de 1941, sobre protección asistencial a este tipo de familias, la Ley de 13 de diciembre de 1943, la Ley de Seguridad Social de 1966 y la Ley de 19 de junio de 1971 y su correspondiente Reglamento de 23 de diciembre de 1971, sin olvidar el Real Decreto 147/1980, de 25 de enero, por el que se establece la "prestación económica para subnormales".

En lo que se refiere a la protección de la familia por medio del mecanismo de la prestación económica, el precedente normativo lo constituye el "subsidio a las familias numerosas", creado en el año 1926 (Real Decreto-Ley de 21 de junio de 1926¹⁸²), para extender su ámbito de aplicación y el contenido de su tutela -en forma de beneficios sociales, no de prestaciones en metálico- por la Ley de 1 de agosto de 1941, que será sustituida por la de 13 de diciembre de 1943 (desarrollada por Reglamento de 31 de marzo de 1944).

La normativa referida considera familia numerosa a la compuesta por los progenitores y al menos cuatro hijos menores de 18 años o mayores incapacitados para el trabajo¹⁸³, extremo que debe ser certificado anualmente por el Ministerio de Trabajo (Sección de Familias Numerosas). Dicho título habilita para obtener una serie de beneficios de toda índole, tales como fiscales, educativos, reducción de precios de transporte, asistencia sanitaria y preferencia a la hora de acceder a viviendas protegidas o "casa baratas" o para provisión de destinos o colocaciones.

Es el Estado autoritario el que despliega una verdadera batería de medidas "pro-familia". El inusitado interés del "nuevo Estado" por la protección de la natalidad y del valor "familia" explica que la política social en su favor se diseñe y ponga en práctica en plena guerra civil. Es, por tanto, una de las primeras medidas adoptadas bajo el que todavía no es el "nuevo régimen".

Dicho fenómeno responde a la orientación político-social del nuevo Estado nacional-sindicalista. Afirman DE LA VILLA y DESDENTADO BONETE¹⁸⁴ que "los diversos factores coyunturales e ideológicos que concurren en la formación del Estado nacional-sindicalista aceleran y explican la súbita creación de un régimen de subsidios familiares en plena guerra civil. El nuevo régimen iniciará una política de restauración familiar en sus aspectos más tradicionales", inspirada por el objetivo natalista del fascismo español, e impulsado por los efectos propios de una guerra civil.

De ello debía desprenderse necesariamente una legislación protectora de la familia. En el seno del Derecho social, y sin separarnos del *Fuero del Trabajo*, se daba origen al afianzamiento y reforzamiento de los subsidios familiares, entendiendo por

¹⁸² Gaceta del 22 de junio.

¹⁸³ A partir de aquí se distingue entre dos categorías: familia numerosa de primera y familia numerosa de segunda (la que se compone de más de siete hijos).

¹⁸⁴ DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de Seguridad Social*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979, p. 621.

tales todas aquellas prestaciones de naturaleza pública nacidas de un seguro social obligatorio, impuesto por el *Fuero del Trabajo* en su Declaración XII.2 (“se establecerá el subsidio familiar por medio de organismos adecuados”). Es así como se establecen en el campo de la previsión social los llamados subsidios familiares, sobre la base del principio de previsión pública del trabajador en el infortunio (Declaración X).

En respuesta al mandato del *Fuero del Trabajo* nacen los subsidios familiares, amplia categoría en la que quedan englobadas un (cada vez más) complejo (a medida que se avanza en el tiempo) entramado de prestaciones (ya conocidas, con variada terminología en el Derecho comparado¹⁸⁵) a través de las que se protege a la familia¹⁸⁶. Son los *Subsidios Familiares, strictu sensu*, el *Plus de Cargas Familiares*¹⁸⁷, los Subsidios de viudedad, orfandad y escolaridad, los Subsidios y *Premios a la natalidad* y los *Préstamos a la nupcialidad*¹⁸⁸. Junto a estas medidas, de carácter asegurativo, también durante esta etapa se dictan otras tendentes a favorecer a la familia desde el propio ámbito laboral, centradas en el momento del acceso al empleo, por cuanto el Decreto de 3 de mayo de 1940 concede preferencia en el ingreso al trabajo a los “beneficiarios de familias numerosas”, así reconocidas conforme al Real Decreto-Ley de 21 de junio de 1926 y posteriores.

Inicia dicha política de protección a la familia la Ley de 18 de julio de 1938 y su Reglamento de desarrollo de 20 de octubre, normas imbuidas de la doctrina social católica contenida en el *Fuero del Trabajo* y el *Fuero de los Españoles*. Como marco de cobertura destaca el art.28 del *Fuero de los Españoles*, en el que se reconoce el derecho a la protección del trabajador frente al infortunio:

“El Estado español garantiza a los trabajadores la seguridad de amparo en el infortunio y les reconoce el derecho a la asistencia en los casos de vejez, muerte, enfermedad, maternidad, accidentes del trabajo, invalidez, paro forzoso y demás riesgos que pueden ser objeto de seguro social”.

El “subsidio familiar”¹⁸⁹ que reguló la Ley de 18 de julio de 1938 se dirigía a la cobertura económica complementaria (del salario) de los trabajadores con hijos¹⁹⁰

¹⁸⁵ Se emplea indistintamente la denominación de “allocations”, “family allowances” o “assegni familiari”.

¹⁸⁶ Como afirma PÉREZ BOTIJA (*Derecho del Trabajo*, op.cit., p. 548, nota 33), “el subsidio, según la jurisprudencia gubernativa, no mira la protección sólo del obrero. Va a proteger a la familia cuyo titular trabaja por cuenta ajena.”

¹⁸⁷ PÉREZ BOTIJA (*Derecho del Trabajo*, op.cit., p. 218) nos recuerda que no hay que confundir el plus familiar con el subsidio familiar, diferentes por su origen empresarial o público, respectivamente.

¹⁸⁸ Real Decreto-Ley de 21 de junio de 1926, y Reglamento de 30 de diciembre de 1926. Asimismo, Real Decreto-Ley de 4 de abril de 1927.

¹⁸⁹ Sobre el mismo, vid. PÉREZ BOTIJA en la obra citada, ps. 545 y ss.

¹⁹⁰ A los hijos se equiparan otros familiares, a los que la ley se refiere como “asimilados”, aunque, como señala ALONSO OLEA (“Las relaciones familiares ante las normas de Seguridad Social.” *Estudios dedicados al profesor García Oviedo*. Tomo II, p. 147) sin precisar cuándo se daba ni en que consistía esta asimilación, aunque el Reglamento de desarrollo (Reglamento de 20 de octubre de

menores (más de uno) de 14 años a su cargo, añadiéndose a él un subsidio de escolaridad (con independencia de los que procedían por viudedad u orfandad).

Dicho subsidio, cuyas ínfimas cuantías desnaturalizaron su esencia, fue sustituido por el “Plus de cargas familiares”, más tarde “plus familiar” (Orden de 27 de julio de 1945 y 23 de marzo de 1946), calculado sobre los salarios globales de los trabajadores de cada empresa (constituía un porcentaje de entre el 20 y el 25%), de lo que resultaba un fondo a repartir entre todos aquellos según cargas familiares, medidas en puntos. La cuantía del “plus” quedó congelada a partir del Decreto de 21 de marzo de 1958, por el que se autorizaba a las empresas a no aplicar los incrementos salariales al Fondo del Plus y definitivamente a comienzos de 1966.

A su vez, el referido subsidio fue sustituido por la “asignación por hijos” en la Ley de Seguridad Social, de 1966 y por la “prestación por hijo a cargo” a partir de la Ley de Prestaciones no Contributivas de 1990, hoy regulada en los arts. 180 y ss. de la LGSS¹⁹¹.

1.4.3.2. El régimen de prestaciones a la familia y su evolución.

El primer indicio de protección social a la familia gira en torno a la teoría del *salario social* o *salario familiar*¹⁹², inspirada en la doctrina social católica¹⁹³, situándose

1938, art. 11) se viene a aclarar que tienen la condición de asimilados los nietos y hermanos del asegurado a cargo de éste, por muerte o incapacidad para el trabajo de sus padres.

¹⁹¹ Vid. al respecto el número monográfico de la RSS, núm. 9, 1981, dedicado a la protección de la familia por el Sistema de la Seguridad Social, en el que se recoge la IV Ponencia al I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ÁLVAREZ DE MIRANDA Y TORRES, J.M.: “La protección familiar en el Derecho de la Seguridad Social”) y la bibliografía allí citada.

¹⁹² FALLON define en el año 1932 el salario familiar como aquel “que se compone de dos partes: el salario propiamente dicho, y el derecho a los seguros sociales... el trabajador tiene derecho a un salario por el trabajo que suministra; el hombre tiene derecho a un seguro social por el riesgo que corre; el padre de familia tiene derecho a un subsidio familiar por los hijos que sostiene” (FALLON, V.: *Economía social*, Barcelona, 1932, ps. 270-271, citado por AZPIAZU, que invoca razones de justicia social, en “El salario familiar y las cajas de compensación”, en *Razón y Fe*, 1933, Tomo 103, p. 341). Sobre el mismo tema, ARGÜELLO, A.L.: *El salario familiar y las Cajas de Compensación*. Santander, 1932.

¹⁹³ Encíclicas *Rerum Novarum* de 1891, *Casti Connubi* de 1930 y *Cuadragesimo Anno* de 1931, de Pío XI. La idea se apunta en la *Rerum Novarum*, pero no se afirma con contundencia hasta la *Cuadragesimo Anno*, en la que se dice que “ha de ponerse, pues, todo esfuerzo en que los padres de familia reciban una remuneración suficientemente amplia para que puedan atender convenientemente a las necesidades domésticas ordinarias.” (AZPIAZU, J.: *Direcciones pontificias*. Madrid, Ed. FAX, p. 157, citado de nuevo en AZPIAZU, J.: “El salario familiar y las cajas de compensación”, en *Razón y Fe*, 1933, Tomo 103, ps. 339-340). Se cita como uno de los primeros ensayos de esta fórmula (la cita aparece en todas las crónicas de la época) el modelo de León Harmel, empresario de Val-des-Bois, que estructuró los salarios de sus empleados según las cargas familiares de éstos. En cuanto a las Cajas de Compensación, instrumento similar al del salario social, pero con una base organizativa mayor, las primeras experiencias se centran en Grénoble, de la mano del propietario de la empresa “Joya”, M. Emile Romanet, en 1916. Se basa en la constitución de un Fondo en cada empresa el que se integra una prima fija calculada sobre el salario de cada empleado en proporción al número de hijos de éste, siendo su organización asociada -agrupación de empresarios- y la contribución de cada empresario proporcional a la

su punto de mira no en las instituciones públicas de previsión, sino en la propia fuente de sustento del trabajador (el salario), que debía ser en sí mismo suficiente, según dicha doctrina.

Este sistema es finalmente sustituido por el de los subsidios o prestaciones familiares, escapando de la esfera puramente empresarial (y de la desvirtuación que para sus fines significó dejarlo al albur de la pura inserción del trabajador en una organización empresarial), para ser asumidos por el Estado y adquirir, en consecuencia, carácter obligatorio. En el caso español, este fundamental paso tiene lugar a partir de 1938. De esta manera se pone fin a las desafortunadas consecuencias provocadas por el modelo del salario social, de nefastas consecuencias especialmente en el ámbito de la contratación, al fomentar precisamente el rechazo de los "aspirantes" con mayores cargas familiares, por el mayor coste económico que suponía para el empleador haber de acomodar el salario a aquéllas, problema no resuelto por el más racional sistema de las Cajas de Compensación¹⁹⁴.

PÉREZ BOTIJA¹⁹⁵ destaca el resurgimiento de tales teorías en la década de los 50, al tiempo que señala los peligros de tales métodos, razón desencadenante del establecimiento de cajas de compensación, del que nacería más tarde el plus familiar. Sobre este sistema privado se superpone un sistema público de subsidios familiares, basados en la idea que diseñara Sir William BEVERIDGE en su Plan de Seguridad social (Informes "Social Insurance and Allied Services", 1942, y "Full Employment in a Free Society", 1945).

El primer seguro social en favor de la familia en el Derecho español nace en 1938. Se trata del SUBSIDIO FAMILIAR, implantado con carácter obligatorio por la Ley de 18 de julio de 1938 (desarrollada por Reglamento de 20 de octubre del mismo año) y extendido por la Ley de 23 de septiembre de 1939 a viudas y huérfanos de determinadas categorías de trabajadores¹⁹⁶ y por Decreto de 29 de diciembre de 1948 a

importancia de su actividad, de modo que el salario final recibido por el trabajador es financiado por todos los asociados (AZPIAZU, J.: "El salario familiar y las cajas de compensación", op.cit., p. 500). Obsérvese el paralelismo de este sistema, difundido en toda Europa en las décadas 20 y 30 del presente siglo) con el posterior plus de cargas familiares instaurado en España a través del plus familiar. El Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956 y el Decreto de 21 de septiembre de 1960 zanjaron la polémica sobre el posible carácter salarial de este plus, excluyendo tal hipótesis .

¹⁹⁴ Ni siquiera investir las de obligatoriedad evitaría tales consecuencias, si la financiación no era trasladada al Estado, en régimen de cofinanciación Estado-afiliados/beneficiarios, es decir, mediante la conversión en "subsidios familiares". Con la finalidad de eludir el efecto pernicioso de tal sistema, el Derecho francés impuso, en 1932, la obligatoriedad de la afiliación patronal a las Cajas de Compensación (LAROQUE, P.: "Familia y Seguridad Social", Revista de Trabajo, 1948, p. 296).

¹⁹⁵ *Derecho del Trabajo...*, op.cit., p. 544.

¹⁹⁶ Los requisitos son: haber figurado inscrito el "jefe de familia" en el Régimen obligatorio de subsidios familiares, no tener los beneficiarios derecho a subsidio ni pensión de viudedad u orfandad y hallarse en situación de necesidad.

los funcionarios públicos, personal directivo y trabajadores agrícolas eventuales (art. 1.C), colectivos excluidos del *Plus de Cargas Familiares* por la Orden de 29 de marzo de 1946 (arts. 3 y 4).

Su finalidad es proporcionar al trabajador una ayuda económica para el sostenimiento de las cargas familiares, concibiéndose como complemento salarial (de naturaleza pública) o "sobresueldo" (PÉREZ BOTIJA¹⁹⁷), en el bien entendido de que no forman parte del salario (art. 15 del Reglamento de 20 de octubre de 1938).

El reconocimiento del subsidio se condiciona a la existencia a cargo de al menos dos familiares menores de catorce años o mayores inválidos para todo trabajo¹⁹⁸.

La cuantía del subsidio¹⁹⁹, que tiene el carácter de mínimo legal, siendo susceptible de ampliación por las empresas, depende del número de hijos, financiándose por medio de la cuota patronal (el 5% del salario) y del trabajador (1%) y aportación estatal. Se gestiona por la Caja Nacional de Subsidios Nacionales, pero su abono se realiza de forma directa por el Instituto Nacional de Previsión o delegada por las empresas (en régimen de colaboración voluntaria u obligatoria).

Otra prestación de tipo económico nacida en las mismas fechas es el PLUS DE CARGAS FAMILIARES (que cambia su denominación años después por la de PLUS FAMILIAR, en virtud de la Orden de 16 de octubre de 1952²⁰⁰), descrito por la doctrina de la época²⁰¹ como "institución cuya primordial finalidad es la implantación del salario familiar, propugnado por la doctrina social católica". En realidad se trataba de un complemento del subsidio familiar, por razón de lo reducido de sus cuantías, o, lo que es lo mismo, un complemento del salario, a cargo del empresario, aunque sin carácter salarial, por expresa disposición del Decreto de 21 de septiembre de 1945, de Ordenación del Salario. No obstante, su aproximación al "salario social" le reportó los mismos problemas que a éste, repercutiendo negativamente en la contratación de los trabajadores con mayor número de hijos, y a la larga, en una congelación de su cuantía (Orden de 21 de abril de 1959 y Decreto 55/1963, de 17 de enero).

Su instauración no tiene carácter general: previsto inicialmente para un ámbito determinado (por la Reglamentación de la Banca privada, de 26 de abril de 1942²⁰²), se va extendiendo posteriormente por ramas de actividad a través del sistema de las Reglamentaciones de trabajo, hasta generalizarse tres años más tarde, en virtud de la

¹⁹⁷ Op.cit., p. 548.

¹⁹⁸ Desde una edad anterior a los catorce años.

¹⁹⁹ Congelada a partir de 1945, fue actualizada por Decreto de 2 de septiembre de 1955, que aumentó también su número.

²⁰⁰ B.O.E. del 18. Sobre el mismo, PÉREZ BOTIJA, E.: "Fundamento jurídico sociológico del Plus familiar", RISS, 1955, núm. 51.

²⁰¹ MILEGO DÍAZ y FERNÁNDEZ HERAS : Op.cit., pág. 177.

²⁰² Se trata, pues, de una Reglamentación dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la ley reguladora de éstas: la Ley de 16 de octubre de 1942.

Orden de 15 de junio de 1945²⁰³ (y de 29 de julio del mismo año), por la que se extiende a los sectores de la industria y el comercio cuyas Reglamentaciones no lo hubieran previsto hasta el momento. De esta manera se solapan ambas reglamentaciones -sectorial y general-, lo cual da lugar a su unificación por la Orden de 29 de marzo de 1946²⁰⁴, que constituirá a partir de este momento su normativa reguladora respecto de todos los trabajadores por cuenta ajena.

La prestación, gestionada por una Junta o Comisión de distribución o mediante una Caja de Compensación Local (art. 29 de Orden de 29 de marzo de 1946), se calcula por relación a la nómina global de cada empresa, de la que un porcentaje variable, según la actividad de la misma, con un mínimo del 10%, sirve para determinar la aportación de la empresa (que será equivalente a esa cuantía). Constituyendo un fondo común a todos los trabajadores, se distribuirá entre ellos en parte desiguales utilizando el sistema de puntos.

Dicho sistema atribuye un cierto número de puntos por cada familiar a cargo del trabajador²⁰⁵ (cónyuge e hijos menores de veintitrés años o mayores incapacitados). A su vez cada uno de los puntos tiene un valor económico atribuido que se calcula trimestralmente dividiendo la cantidad resultante de aplicar el porcentaje a la nómina por el total de puntos correspondiente al personal de la empresa (por tanto, el valor del punto dependerá del mayor o menor número de hijos que cada trabajador tenga). La cuantía de la prestación se obtiene multiplicando el número de puntos por su valor.

En consecuencia, este sistema creaba problemas de movilidad profesional (y el empleo de los trabajadores “más prolíficos”) y de solidaridad, ya que generaba importantes desigualdades entre sus beneficiarios, según la actividad de la empresa y su escala salarial (al hacerse depender directamente la cuantía del subsidio de la masa salarial de cada empresa)²⁰⁶ y, en consecuencia, el rechazo del resto de la plantilla al ingreso de nuevos trabajadores con amplio número de hijos.

Este problema quiso ser atajado por la Ley 1/1962, de 14 de abril²⁰⁷, *de Ayuda Familiar*, por la que se creaba un nuevo régimen de SUBSIDIOS FAMILIARES, producto de la refundición del subsidio y del plus familiar. Sin embargo, su vigencia, en principio prevista para el 1 de enero del siguiente año, fue suspendida por Decreto-Ley de 17 de

²⁰³ B.O.E. del 30 de junio.

²⁰⁴ B.O.E. del 30 de marzo.

²⁰⁵ Casado sin hijos: cinco puntos; viudo sin hijos: tres puntos; casado o viudo con un hijo o asimilado: seis; dos hijos: siete; tres hijos: ocho... diez hijos: treinta puntos, y cinco más por cada uno que exceda de diez. En el caso de que el beneficiario sea soltero y tenga a su cargo a un ascendiente o a un hermano, los puntos reconocidos son tres, a los que se sumará uno más por cada familiar de más que sostenga.

²⁰⁶ DE LA VILLA y DESDENTADO (op.cit., pp. 623 y ss) mencionan otros efectos negativos del Plus de Cargas Familiares, como el efecto bloqueador de los incrementos salariales o la extinción del derecho al cesar en el empleo.

²⁰⁷ B.O.E. del 16 de abril.

enero de 1963²⁰⁸, en previsión del establecimiento de un nuevo sistema de protección social: el sistema de la Seguridad Social (la Ley de Bases fue aprobada el 28 de diciembre del citado año). Por otra parte, su dependencia directa del salario incrementó ostentosamente el Fondo a él destinado cuando los salarios experimentaron un importante crecimiento entre 1954 y 1956. La favorable coyuntura económica del Fondo propició la elevación de la cuantía de la prestación e incluso la extensión del campo de sujetos causantes de la misma, alcanzando también a los ascendientes. Todo ello motivó que se limitasen legalmente los conceptos que debían incluirse en la base salarial sobre la que se calculaba la cuantía del Fondo (1958) y que finalmente se congelara el valor del punto en cada empresa.

El subsidio y el plus familiares se complementaban por parte del régimen complementario del Mutualismo Laboral, con los SUBSIDIOS DE NUPCIALIDAD y de NATALIDAD. Se trataba de prestaciones de pago único, cuyas cuantías fijas (calculadas sobre el salario), dependían de la Mutualidad en cuestión en la que se encuadrara el beneficiario, fijándose unos topes mínimo y máximo.

En cuanto a los colectivos no encuadrados en el Mutualismo Laboral, el mecanismo era similar: subsidios por nupcialidad y por natalidad.

También con carácter complementario se creó otro tipo de prestación de idéntica naturaleza, gestionadas por entidades de diversa índole, como Mutualidades y Montepíos (v.g., el del Servicio Doméstico²⁰⁹).

A estas medidas se añaden otras como los PRÉSTAMOS A LA NUPCIALIDAD y PREMIOS A LA NATALIDAD (creados ambos por Decreto de 22 de febrero de 1941²¹⁰), a través de los que se fomenta el abandono del trabajo por parte de la mujer en un caso y el nacimiento de hijos en ambos supuestos. Se afirma que el objetivo legislativo es común a ambas medidas porque tanto en un caso como en otro, de forma indirecta o directa, se premia la construcción de los cimientos en los que se asentará lo que el régimen político de la época espera sea una familia numerosa, en el caso de los Préstamos preferenciales a la Nupcialidad, y directamente, por medio de una prestación de naturaleza económica, a aquellas que hayan resultado especialmente prolíficas.

Todo ello se instrumenta en un régimen de acceso al beneficio del préstamo que pasa por exigir a los contrayentes -en todo caso solteros²¹¹ y asegurados al *régimen de subsidios familiares*- que no superen una edad idónea para la fecundación (treinta años

²⁰⁸ B.O.E. del 19 de enero.

²⁰⁹ Reconocía la dote por matrimonio o religión, a favor de trabajadores menores de cuarenta años (en el caso del varón) o 35 (en el de la mujer) y Ayudas Familiares por hijos a cargo menores de dieciocho años o incapacitados para el trabajo.

²¹⁰ E incrementadas sus cuantías por sucesivos Decretos, hasta el Decreto 3283/1973, de 21 de diciembre (BOE del 4 de enero de 1974), en el que incluso se aumenta el número de premios.

²¹¹ Ambos contrayentes deben ser solteros y percibir unos ingresos inferiores a un determinado umbral de renta (10.000 pts. anuales).

el varón y 25 la mujer) y en un beneficio especial de amortización del mismo, consistente en la condonación de parte de la deuda²¹² por cada hijo nacido de dicho matrimonio y el total del remanente por el cuarto de ellos²¹³, según dispone el Reglamento aprobado por Decreto de 22 de febrero de 1939.

Por su parte, los Premios a la Natalidad²¹⁴ consisten en un premio en metálico (se trataría, pues, de un premio *por hijos nacidos*) para los matrimonios que mayor número de hijos hayan tenido en un determinado espacio temporal y otro en especie para aquellos que cuenten con mayor número de hijos vivos (premio *por hijos habidos*). Su reparto o concesión se realiza utilizando dos parámetros geográficos: la provincia y el territorio nacional, existiendo, pues, tantos premios como provincias y además un premio nacional en metálico, junto al que coexiste un premio en especie, también de carácter anual y en número de diez, consistente en la concesión de una vivienda con dependencias agrícolas o industriales y destinada a las familias con mayor número de hijos.

El elemento teleológico difiere cuando se hace referencia a otra prestación: el SUBSIDIO DE ESCOLARIDAD (también integrado entre las prestaciones públicas de previsión social), ya que en este caso la finalidad perseguida es la ayuda directa al sostenimiento de los hijos menores y su educación. La prestación, creada por la Ley de 23 de septiembre de 1939²¹⁵ (y posteriormente regulada por Decreto de 23 de julio de 1953), consiste en la gratuidad de la matrícula escolar y el pago de una ayuda complementaria para huérfanos menores de dieciocho años que cursen estudios en centros oficiales de enseñanza media o formación profesional²¹⁶.

Por último, no deben olvidarse las prestaciones económicas “indirectas”, pero reconocidas a los propios familiares a los que se protege: es decir, las que derivan de la muerte del cabeza de familia: las PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA, creadas por la misma ley que el Subsidio de Escolaridad. Su objeto primigenio es el de “extender los beneficios del régimen de subsidios familiares a viudas y huérfanos de trabajadores”²¹⁷, siendo sus destinatarios las viudas no trabajadoras de asegurados al régimen de subsidios familiares sin otros ingresos, y los huérfanos absolutos (de padre y madre) menores de catorce años o inválidos para todo trabajo sin derecho a pensión de orfandad.

Complementando el sistema de protección a la familia, la normativa de la Seguridad Social contempla a ésta como mecanismo modulador del régimen jurídico de

²¹² Que, en supuestos normales, debería amortizarse a razón del 1% del total con periodicidad mensual.

²¹³ El porcentaje es el 25% por cada hijo, siempre que continúen vivos los otros.

²¹⁴ Desarrollados por la Orden de 20 de febrero de 1949.

²¹⁵ Dicha ley fue desarrollada por Orden de 7 de diciembre del mismo año.

²¹⁶ La cuantía no será superior a 250 pts. anuales.

²¹⁷ MILEGO DÍAZ y FERNÁNDEZ HERAS, op.cit., p. 180.

ciertas prestaciones. Es el caso del Reglamento de Accidentes del Trabajo, aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956, según el cual (art. 47):

“A los trabajadores que a consecuencia de accidente les sea reconocida una incapacidad permanente absoluta se les constituirá por la Entidad en que estén asegurados, y en la Caja Nacional, además de la renta señalada en las disposiciones vigentes, otra temporal de compensación de cargas familiares por el importe de la totalidad del subsidio familiar que tuvieran asignado en el momento del siniestro y por el periodo de tiempo que falte en aquella fecha hasta que el menor de sus hijos pueda cumplir catorce años. Esta renta se percibirá con independencia de cualquier alteración familiar.

En caso de declaración de incapacidad permanente total, la renta temporal que deberá constituirse será del 55 por 100 del subsidio familiar percibido por el trabajador y calculada en la forma prevista en el párrafo anterior...”²¹⁸

Este régimen de subsidios en favor de la familia es sustituido²¹⁹, a partir de la instauración del nuevo Sistema de la Seguridad Social por la *Ley de Bases de la Seguridad Social*, en la que se mantiene la misma línea de actuación en materia de protección a la familia. La nueva Ley crea la AYUDA FAMILIAR, regulada en el art. 167 del Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 y en el Reglamento General aprobado por Decreto de 23 de diciembre del mismo año.

En realidad, se trata de una refundición o síntesis del subsidio familiar y del plus de cargas familiares, y así lo reconoce expresamente la Exposición de Motivos de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social²²⁰: “en el régimen de protección a la familia se consagra una importante manifestación de la tendencia a la unidad y simplicidad del sistema al decidir la *integración progresiva en un solo régimen* de los del Subsidio y Plus Familiar hoy vigentes, sin alterar la cuantía...”, postura que se confirma en la Base Undécima de dicha ley (números 44 a 49) y posteriormente la Disposición Adicional segunda del texto articulado de la Ley, aprobada por Decreto 907/1966²²¹.

El nuevo régimen de *protección a la familia* (así reza la rúbrica del Capítulo I del Título II de la ley), regulado en el Decreto 2945/1966, de 24 de noviembre, *por el que se fija la cuantía de las prestaciones del Régimen de Protección a la Familia en el Régimen General de la Seguridad social*²²², y en la Orden de 28 de diciembre de 1966,

²¹⁸ Por su parte, a efectos de determinar las cuantías de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, el art. 58 de dicho Reglamento excluye de la base reguladora (negándole, por tanto, carácter salarial) a todas las prestaciones de índole “familiar”: subsidio familiar, plus familiar y dote por matrimonio.

²¹⁹ Si bien la D.T. 4ª de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 mantuvo transitoriamente y con carácter facultativo para sus beneficiarios, el viejo régimen de subsidios y plus familiar, aunque congelando sus cuantías.

²²⁰ BOE de 30 de diciembre.

²²¹ Sobre este nuevo régimen, vid. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “La protección a la familia en el nuevo régimen de la Seguridad Social”, RISS, núm. 5, 1967, ps. 1265 y ss.

²²² B.O.E. de 28 de noviembre.

sobre *Prestaciones de Protección a la Familia en el Régimen General de la Seguridad Social*²²³, se compone de dos tipos de prestaciones: las de pago periódico (mensual) y las de pago único, que serán reconocidas tanto a los afiliados y en alta en el sistema como a los pensionistas y los huérfanos absolutos menores de dieciséis años o incapacitados para el trabajo (las de pago único).

Como las anteriores, su finalidad es ayudar al sostenimiento económico de la familia, entendiéndose por tal a la *esposa*²²⁴ y los hijos menores de dieciséis años (18 años, a partir de la Ley 30/1968, de 20 de junio²²⁵) a cargo del beneficiario.

Por su parte, las *prestaciones de pago único*, que, como las de pago periódico, se abonan en pago delegado por el empresario (art. 9.1 Orden de 28 de diciembre de 1966), están ligadas a acontecimientos relacionados con la idea de familia: el matrimonio²²⁶ y el nacimiento de un hijo²²⁷, fijándose su cuantía en el Decreto 2945/1966, de 24 de noviembre²²⁸.

Dichas prestaciones fueron objeto de sucesivos "retoques" y ampliaciones cuantitativas y cualitativas, desde la legislación protectora de las familias numerosas: Decreto 55/1971, de 9 de enero, Ley 25/1971, de 19 de junio (sobre protección a las familias numerosas, en vigor hasta fechas recientes) y su Reglamento aprobado por Decreto 3140/1971, de 23 de diciembre, Decreto 509/1971, de 22 de marzo, Decreto 3283/1973, de 21 de diciembre²²⁹, o incluso la Ley 26/1985, de 31 de julio, *sobre Racionalización de la estructura y acción protectora de la Seguridad social*, por el que tuvo lugar la supresión de la asignación por esposa y los premios a la natalidad (art. 5). Esta última norma marca un hito en la historia de estas prestaciones, al poner fin a la consideración legal de la mujer como carga familiar.

²²³ B.O.E. del 30 de diciembre.

²²⁴ El esposo es acreedor de tutela sólo si está incapacitado para el trabajo. El huérfano absoluto tiene también derecho a la prestación que estuviera percibiendo el padre o la madre en el momento del fallecimiento.

²²⁵ BOE de 21 de junio.

²²⁶ Requisitos exigidos: acreditar un periodo de carencia mínimo de 300 días dentro de los tres últimos años, inmediatamente anteriores a la celebración del matrimonio (o a los noventa días anteriores, en el caso de la mujer que abandona su trabajo anticipadamente con objeto de preparar la boda), pudiéndose acumular dos premios, procedentes de cada uno de los contrayentes (arts. 10 a 12 Orden de 28 de diciembre de 1966).

²²⁷ Aunque se trate de criatura sin viabilidad legal, siempre que hubiera existido un embarazo de 180 días como mínimo. Los requisitos para su concesión son comunes al premio por matrimonio, si bien en este caso no cabe la acumulación por parte de ambos progenitores, sino que sólo será reconocido el derecho a un premio por cada hijo.

²²⁸ Sobre su régimen jurídico, vid. GARCÍA NINET: "La protección familiar...", op.cit., ps. 102 y ss.

²²⁹ Respectivamente en BOE de 16 de enero y de 24 de junio de 1971, de 26 de marzo de 1973 y de 4 de enero de 1974.

1.5. La protección a la familia en el vigente Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Desde el ámbito del Derecho del Trabajo, la atención del legislador no se dirige ya a la protección de la idea de "familia", sino al más moderno concepto de "responsabilidades familiares". Y, desde esta perspectiva, son variadas las medidas que, nacidas a iniciativa del legislador español o inspiradas por el Derecho comunitario europeo, impregnan la relación de trabajo y se dirigen a garantizar que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan compatibilizar las mismas con el desarrollo de una profesión o trabajo remunerado. Los mecanismos dispuestos a tal fin en su mayor parte están basados en la constatación fáctica de que, en las relaciones familiares de nuestra época, el rol del cuidado y crianza de los hijos continúa siendo asumido por la mujer. En consecuencia, están presididos por una doble intención o fin teleológico: no sólo el de garantizar la compatibilidad aludida, sino el más indirecto de impedir que las responsabilidades familiares sean un obstáculo a la integración de la mujer en el mercado de trabajo (por tanto, a obtener una igualdad entre los sexos en el ámbito laboral).

Es aquí donde se hace especial hincapié en allanar el camino a la mujer y especialmente a la mujer con responsabilidades familiares. El acento ha de ponerse no en la inserción laboral de la mujer casada y con responsabilidades familiares, sino en la propia distribución de tales responsabilidades, y de facilitar, por consiguiente, la inserción del trabajador con responsabilidades familiares, con independencia de su sexo. Se trata de una medida neutra que puede funcionar en beneficio directo de la mujer, al ser ésta la que en la práctica asume tales funciones en la gran mayoría de los casos. De este modo no se desiguala desde la base, discriminando a un sexo respecto del otro. Si lo que distingue a uno de otro y motiva la adopción de determinadas medidas de fomento son las responsabilidades familiares, deben ser éstas las que se coloquen en el centro de gravedad de la política legislativa en materia de empleo y, en consecuencia, girar en torno a él y no al sexo del trabajador.

Dejando a un lado la filosofía que inspira la inserción de determinadas figuras jurídicas en el contrato de trabajo²³⁰, lo cierto es que en su regulación pueden hallarse las siguientes, que constituyen una constante en el Derecho comparado:

- a) Relacionadas con la flexibilización de la jornada laboral²³¹:

²³⁰ Hay que tener en cuenta el propósito de "defensa de la familia" que inspira determinadas figuras no precisamente dirigidas a la compatibilizar el trabajo y las responsabilidades familiares, tales como el "reagrupamiento familiar" o "derecho de consorte" (SALA FRANCO, T. (dir.): *Derecho del Trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 606) que acompaña al cónyuge del trabajador objeto de un traslado al amparo del art. 40 ET, derecho que se reconocía la Ley de Relaciones Laborales como "derecho preferente" y que en el vigente art. 40.3 ET se regula como derecho a seguir en el traslado al cónyuge si aquél fuera objeto de dicha medida, siempre y cuando ambos presten servicios para la misma empresa y hubiera puesto de trabajo en el lugar de destino.

1. Permiso por nacimiento de hijo (art. 37.3 ET)²³².
 2. Permiso por razón de lactancia de un menor de nueve meses (art. 37.4 ET).
 3. Permiso prenatal, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto (art. 37.3 f) ET).
 4. Reducción y flexibilización de jornada por cuidado de hijo menor de seis años (art. 37.5 ET).
 5. Adaptaciones de la jornada por razón de riesgos para la salud del feto o el lactante (art. 26 Ley de Prevención de Riesgos Laborales).
- b) Descanso por maternidad o paternidad por parto o por adopción (art. 45 ET).
- c) Excedencia por cuidado de hijos (art. 46.3 ET).

La protección a la familia por parte del sistema español de la Seguridad Social²³³, si bien no es tan amplia como en otros sistemas de protección social del mundo europeo²³⁴, destaca en intensidad sobre la brindada por otros sectores de nuestro

²³¹ Sobre tales figuras ya se elaboró una Memoria de Grado, bajo el título *Nacimiento y tutela del menor y su incidencia sobre el contrato de trabajo*. Barcelona, octubre 1996.

²³² La negociación colectiva regula una figura contemplada en otros ordenamientos europeos: la licencia para atender a hijos enfermos, que, en el marco de la regulación del Estatuto de los Trabajadores, se situaría junto al permiso por nacimiento de hijo, regulado en el art. 37.3 de dicho texto. Sobre el tema, JIMÉNEZ-ASENJO GÓMEZ, E.: "Las interrupciones no periódicas por nacimiento de hijo, enfermedad grave o fallecimiento de familiares". *Tribuna Social*, núm. 65, 1996, ps. 38 y ss.

²³³ Vid. al respecto, VV.AA.: *La asistencia sanitaria y protección familiar en el Derecho de la Seguridad Social*. MTSS, Málaga, 1980; y VV.AA.: "La protección familiar en el derecho de la Seguridad Social". *Revista de Seguridad Social*, núm. 9, 1981.

²³⁴ Hay que destacar la ausencia de prestaciones como la de *nacimiento*, existentes en casi todos los Estados de la Unión Europea (salvo Grecia, Italia y Países Bajos), por la que se compensan a través de una cantidad fija los gastos provocados por el nacimiento de hijos en algún supuesto extraordinario incluso hasta edades avanzadas del niño (siete años en Dinamarca); la destinada a *familias monoparentales* (en Alemania, Dinamarca, Francia, Grecia, Irlanda y Reino Unido) o las ayudas familiares "para la vuelta al colegio" (Francia y Luxemburgo) y prestaciones por educación (Alemania, Francia -"subsidió parental de educación"- y Luxemburgo), en ambos casos con el objeto de financiar los gastos escolares, si bien en el segundo caso la prestación se destina a cubrir el periodo de tiempo en el que los padres suspenden la relación laboral -lo cual constituye una especie de prórroga del periodo de descanso por maternidad/paternidad o, en el caso de Francia, una *excedencia remunerada por cuidado de hijos*- para dedicarse al cuidado y educación directa de sus hijos. No en vano el gasto público dedicado por estos países a la protección de la maternidad y de la familia es sensiblemente mayor que el efectuado en España: mientras que en España en 1993 se destinaron 1749 millones de ecus a tal finalidad, en Alemania se habían dedicado 38.716,6, en Francia 29.592,6, y en el Reino Unido 24.615,8. Por último, hay que mencionar la cobertura que reciben también los supuestos de *lactancia* (Portugal, hasta la edad de 10 meses del recién nacido) e incluso de *embarazo*, a partir del cuarto mes de embarazo y hasta el tercero de vida del niño, dentro de las *prestaciones por nacimiento*, es decir, con independencia de las concedidas por maternidad. Fuente: EUROSTAT y *Commission* (en LÓPEZ LÓPEZ, M^a T.: "La protección social a la familia en España y en los demás Estados miembros de la Unión Europea", *Informe de la Fundación BBV*, 1996).

Ordenamiento²³⁵, desplegándose en muchas de las prestaciones públicas que el mismo otorga, sobre la base, así señalada por la doctrina (ALONSO OLEA, BORRAJO DACRUZ) de que la familia es la institución sobre la que gira en gran parte la política de la Seguridad Social²³⁶. Así, la prestación por desempleo (en la que se atiende a las cargas familiares del desempleado, tanto en el nivel contributivo como en el asistencial), asistencia sanitaria (por la que se cubre tanto al titular de la cartilla sanitaria, como a sus familiares, llamados beneficiarios), prestaciones por muerte y supervivencia (en las que los titulares directos del derecho son los familiares, no el trabajador afiliado al sistema), determinadas prestaciones de asistencia social (así, los salarios o rentas mínimas de inserción concedidas por las Comunidades Autónomas en el marco de los distintos *Programas de Garantía de Ingresos Mínimos*) o en materia de cuantías mínimas de las pensiones (en este caso, en función de la existencia o no de cónyuge a cargo).

Pero, además de servir como elemento graduador de la intensidad de la protección de las prestaciones en general (en lo que se refiere principalmente a la cuantía de las respectivas prestaciones), la familia y, más concretamente, el nacimiento y cuidado de hijos, constituye en sí mismo un bien jurídico digno de protección propia y particularizada, que se alcanza en nuestro sistema a través de dos prestaciones: la prestación por maternidad y las prestaciones por hijo a cargo (prestación económica y consideración del primer año del periodo de excedencia por cuidado de hijos como de cotización efectiva).

Suprimidos los subsidios familiares, el plus de cargas familiares y todos los beneficios económicos del sistema de Seguros de la etapa pre-sistema de Seguridad Social (iniciado en 1967) y de los resquicios que dicho régimen de subsidios arrastró durante los años posteriores, son finalmente sustituidos por el nuevo régimen creado por la Ley 26/1985, de 31 de julio, cuyo art. 5 regula una asignación por hijos a cargo, de contenido parcialmente asistencial, al prever asimismo un complemento de la prestación por razón de insuficiencia de rentas. Dicha ley supuso la reordenación de las prestaciones familiares, manteniendo sólo las asignaciones periódicas por hijos a cargo, y suprimiendo las demás (asignaciones por matrimonio, por nacimiento de hijo y

²³⁵ Toda la legislación de Derecho público está impregnada del mismo carácter tuitivo respecto de la familia: v.g., Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Ley 25/1971, sobre protección a las familias numerosas, modificada por la Ley 42/1994, Planes de la vivienda... Como destaca A. CARBONERO GAMUNDÍ, en un estudio sociológico sobre la relación trabajo-familia, "la intervención del Estado en los objetivos estratégicos de la familia se lleva a cabo a través de su política social, pero también a través de su política fiscal y económica en general. (...) Desde esta perspectiva, el análisis de la incidencia familiar de la intervención del estado del Bienestar se convierte en central". " (*Estrategias laborales de las familias en España*, CES, Colección Estudios, 1997, ps. 85-86).

²³⁶ En el mismo sentido, Pierre LAROQUE ("Familia y Seguridad Social", *Revista de Trabajo*, 1948, ps. 290 y ss.), arguyendo que si la finalidad de la Seguridad social es proporcionar rentas de sustitución del trabajo, tal renta "tiene que adaptarse a las necesidades del interesado, y estas necesidades pueden apreciarse solamente en relación con su situación familiar".

asignación periódica por esposa a cargo). De esta manera se las despoja de connotaciones teleológicas ajenas a la mera contribución al sostenimiento de las cargas familiares. La propia denominación de tales prestaciones, "por hijo a cargo", da idea de la nueva concepción de la familia en el Estado español, pues se ha sustituido el concepto familia por el de hijo, porque es éste el objeto o destinatario de la preocupación social y legislativa, él en sí mismo considerado, y no el valor "familia".

La Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de Prestaciones no contributivas²³⁷, recoge y consagra este nuevo régimen, bajo la nueva denominación de "prestaciones por hijo a cargo"²³⁸, introduciendo dos importantes novedades.

En primer lugar, su *asistencialización*, entendida tanto desde el punto de vista del campo de sujetos protegidos (ampliándose a los ciudadanos sin recursos) como desde la perspectiva cualitativa, al supeditarse (salvo en el caso excepcional de los hijos minusválidos) a la condición de que exista una insuficiencia de rentas (lo cual provoca, a su vez, una reducción en el ámbito de los sujetos *materialmente* protegidos).

Las prestaciones por hijo a cargo se presentan como la única ayuda económica directa proporcionada por el Estado con el fin de sostener a los hijos habidos dentro o fuera de la institución matrimonial o de la unión de hecho, pero se señala como titulares de las mismas tanto a los sujetos integrados en el sistema de la Seguridad Social como al conjunto de la población *inactiva*, que se va a incorporar al recién creado "nivel no contributivo" de la Seguridad Social. En este orden de cosas, puede identificarse otra importante novedad, como es la de que se pase de un sistema en el que las prestaciones son reconocidas a todos los afiliados a otro en el que el derecho siempre está condicionado por el nivel de rentas de la unidad familiar.

En segundo lugar, el establecimiento de la "prestación no económica" por hijo a cargo, consistente en considerar como periodo cotizado a la Seguridad social el de suspensión del contrato con motivo del cuidado de los hijos (ejercitada bajo la figura de la excedencia por cuidado de hijos que regula el art. 46.3 ET). Con ella se pretende compensar este tiempo de ausencia del trabajo, por la vía de la supresión de los efectos negativos de la falta de cotización en la carrera de seguro del trabajador, evitando así la desvinculación con el sistema de la Seguridad social.

²³⁷ Sobre el nuevo régimen de "prestaciones familiares" que instaura la Ley 26/1990, vid. CAMPS RUIZ, L.M.: "Nueva regulación de las prestaciones familiares por hijo a CARGO", TS, 1991, NÚM. 10; GÁRATE CASTRO, J.: "Comentarios al régimen vigente de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo". *Documentación Laboral*, núm. 34, 1991; PÉREZ ALONSO, M.^a y MORRO LÓPEZ, J.: "La protección familiar en el ámbito de la Seguridad Social: las prestaciones económicas por hijos a cargo". *Revista de Treball*, núm. 15, 1991; y LÓPEZ LÓPEZ, M^a T.: "La protección social a la familia en España y en los demás Estados miembros de la Unión Europea", "Prestaciones por hijos a cargo". Documento de la *Fundación BBV*, marzo 1996.

²³⁸ Se introduce también otro importante cambio terminológico, sustituyendo el concepto de "subnormales" (recogido en el Real Decreto 147/1980, de 25 de enero) por el de "minusválidos".

Las nuevas prestaciones por hijo a cargo se articulan en dos niveles de protección, de signo contributivo uno y asistencial el otro, si bien puede decirse que la asistencialidad es la nota definitoria de ambos niveles de protección²³⁹, por supeditarse el reconocimiento de aquélla a la existencia de una situación de necesidad que se mide aplicando un rasero económico o umbral de rentas, común a ambos niveles.

Ahora bien, la llamada “modalidad *contributiva*” de las prestaciones por hijo a cargo comprende, frente a la “no contributiva”, el derecho a tres tipos diferenciados de prestaciones (gestionadas en todos los casos por el INSS). De ahí que se conciba como una pluralidad de prestaciones, que se refleja en su propia denominación:

1. Una *asignación económica* por cada hijo menor de 18 años o afectado por una minusvalía en grado igual o superior al 65% (prestación dineraria, cuya cuantía total depende del número de hijos a cargo del trabajador).
2. La consideración como periodo de cotización efectiva del primer año con reserva de puesto de trabajo del periodo de excedencia por cuidado de hijos.
3. Y, además, el mantenimiento del derecho a la prestación de asistencia sanitaria durante el mismo periodo.

La regulación de tales prestaciones se contiene en el capítulo IX del Título II de la LGSS y reglamento de desarrollo -RD 356/1991, de 15 de marzo-.

La prestación económica por hijo a cargo se configura como institución continuadora de las viejas prestaciones familiares. Por el contrario, aquellas otras prestaciones que tienen por misión cubrir periodos de vacío de cotización por ausencia de prestación laboral -sólo en el nivel contributivo de la protección- tienen una finalidad diferente, no dirigiéndose directamente a contribuir al sostenimiento económico de dichas cargas familiares, como los históricos subsidios por cargas familiares o la propia prestación económica por hijos a cargo. Por más que aquella otra se conciba como modalidad complementaria de ésta (si bien para el supuesto en el que la relación laboral esté suspendida) y se le denomine “prestación no económica” por hijos a cargo, regulándose conjuntamente como prestaciones otorgables en situaciones diferentes: durante la ejecución del contrato una y en la suspensión del mismo -debida a excedencia por cuidado de hijos- la otra²⁴⁰.

Según el régimen que se desprende de los arts. 180 y ss. LGSS y del RD 356/1991, de 15 de marzo-, la asignación económica por hijo a cargo tiene como beneficiarios a los trabajadores afiliados y en alta, siempre que cumplan el presupuesto de hecho, es

²³⁹ En el mismo sentido, PÉREZ ALONSO, M.^a A. y MORRO LÓPEZ, J.: “La protección familiar...”, op.cit., p. 83.

²⁴⁰ En consonancia con ello, su tratamiento se remite al Título III de este trabajo, como prestación nacida de la suspensión del contrato de trabajo.

decir, tener hijos (cualquiera que sea su filiación²⁴¹), o bien en régimen de tutela o acogimiento de hecho²⁴², menores de 18 años o mayores minusválidos, con una minusvalía igual o superior al 65%²⁴³, con la condición de que éstos estén a cargo²⁴⁴. Asimismo, son beneficiarios los huérfanos de padre y madre menores de 18 años o minusválidos en grado igual o superior al 65% (sean o no pensionistas de orfandad) y los abandonados por sus padres, aunque se hallen en régimen de acogimiento familiar, con las mismas exigencias anteriores. En este caso, se reuniría la condición de sujeto causante y beneficiario de la prestación en la misma persona.

El régimen de tales prestaciones se construye a partir de las siguientes notas básicas:

1. Tratándose de menores no minusválidos (salvo cuando el menor de 18 años esté afectado por una minusvalía del 65%), se exige, para el reconocimiento de la prestación, no superar un límite de rentas anuales, procedentes de cualquier fuente de ingresos²⁴⁵, superiores a los límites específicos previstos en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado (cuantía que se incrementará en un 15% por cada hijo a cargo, a partir del segundo)²⁴⁶. El control de la situación de

²⁴¹ En consonancia con el art. 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el art. 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 o la Carta de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1956.

²⁴² Al respecto señala la STJCE (Sala Quinta), de 10 de octubre de 1996, Asuntos *Hoever* y *Zachow* contra Land Nordrhein-Westfalen (C-245/1994 y C-312/1994, acumulados, RTJCE 1996, 179) en su párrafo 37 que, siendo la finalidad de tal prestación compensar las cargas familiares, carece de importancia a cuál de los padres se decida atribuir la prestación.

²⁴³ En cuanto a la determinación del grado de minusvalía, corresponde a los Equipos de Valoración y Orientación, dependientes del IMSERSO o, en su caso, a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, a las que se les hayan transferido dichas funciones y servicios. Para determinar el grado de minusvalía se utilizan unos baremos anexos en la O.M. de 8 de marzo de 1984.

²⁴⁴ Se entiende que no lo esté si trabaja por cuenta propia o ajena o percibe una pensión contributiva o no contributiva, de un régimen público de protección social, hecha salvedad de la de orfandad. La exclusión alcanza a las prestaciones asistenciales que regula la Ley 45/1960 y los subsidios de garantía de ingresos mínimos y de ayuda por tercera persona de la Ley 13/1982 (art. 8.3 RD 356/1991). Puesto que los arts. 2 del RD 356/1991, de 15 de marzo, y 187.3 LGSS sólo predicen la incompatibilidad de la prestación con el trabajo o con las pensiones por invalidez o jubilación, la STSJ de Cataluña, de 31 de julio de 1997 (AS 1997, 3146) concluye que sí es compatible la prestación con el subsidio de desempleo que regula el art. 215.1.1 d) LGSS, *aun cuando éste provenga de una situación incompatible con su percibo*, como es el trabajo por cuenta ajena.

²⁴⁵ Tanto las del trabajo como las del capital y de prestaciones públicas, con exclusión de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo

²⁴⁶ Dicha cuantía, para cuyo cálculo se sumarán los ingresos del padre y de la madre si conviven juntos (art. 184.2), se actualizará anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, en el mismo porcentaje en que se actualicen las pensiones contributivas (D.A. 8ª LGSS).

necesidad obliga a efectuar a la entidad gestora un seguimiento periódico de la subsistencia de la misma²⁴⁷.

2. En todos los supuestos, existiendo separación judicial o divorcio, el beneficiario será el cónyuge que tenga a cargo a los hijos. Cuando exista convivencia familiar, si tanto en el padre como en la madre concurren las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la asignación económica por hijo a cargo, el derecho a percibirla solamente podrá ser reconocido en favor de uno de ellos, determinado de común acuerdo (art. 4 del RD 356/1991, de 15 de marzo)²⁴⁸.
3. En cuanto al concepto de hijo a cargo, lo son los que convivan con el beneficiario y a sus expensas. Se admiten en tal sentido las separaciones transitorias motivadas por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico o rehabilitación.
4. La cuantía de la asignación económica depende de la edad del causante y de su grado de minusvalía (art. 185). Debe distinguirse entre los menores y los mayores minusválidos. Tratándose de menores no minusválidos, cuando los ingresos del beneficiario sean superiores al límite legal, la cuantía de la prestación en este supuesto se determinará por las reglas del art. 6 del Reglamento²⁴⁹. Respecto de los minusválidos (menores o mayores), la cuantía de la prestación dependerá del grado de minusvalía (menores minusválidos con minusvalía igual o superior al 33%, mayores de edad con minusvalía igual o superior al 65%, y mayores de edad con minusvalía igual o superior al 75% y, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otras personas para realizar los actos más esenciales de la vida (tales como vestirse, desplazarse, comer...)).
5. Régimen del derecho: la prestación económica es incompatible con cualquier otra prestación análoga: de tal manera, cuando concurren varias prestaciones derivadas de un mismo sujeto, no se reconocerá el derecho a la asignación económica; asimismo, en supuestos de pluriempleo o pluriactividad, sólo puede generarse un derecho. Por último, es incompatible con las pensiones de invalidez o jubilación contributiva o no contributiva del hijo minusválido: en tal caso, deberá optarse por una de ellas.

²⁴⁷ El beneficiario está obligado a comunicar las variaciones que se produzcan en su situación familiar cuando alteren el régimen del derecho.

²⁴⁸ No existiendo acuerdo, se estará a las reglas del Código civil sobre patria potestad y guarda, decretándose por el INSS la suspensión del abono de la prestación en tanto no recaiga resolución judicial.

²⁴⁹ Se multiplicará el importe anual de la asignación por el número de hijos a cargo, y el producto resultante se sumará al límite de ingresos. La cuantía del subsidio será la que resulte de la diferencia entre esta cifra y los ingresos computables. Dicha cuantía será repartida entre todos los hijos menores a cargo. Sin embargo, añade el número 2 del mismo artículo que no se reconocerá asignación alguna cuando dicha cuantía sea inferior a tres mil pts. anuales por cada hijo a cargo.

2. La maternidad ante la ley laboral.

2.1. Introducción

En páginas anteriores ya se ha puesto de manifiesto la interrelación entre el trabajo de la mujer y la maternidad y responsabilidades familiares. Es éste el momento de examinar, olvidando la influencia que ejercen ambas circunstancias, englobables bajo un genérico -y neutro- concepto de "maternidad", sobre el desarrollo profesional de la mujer e incidiendo únicamente en la tutela de la maternidad desde el Derecho del Trabajo y de la Seguridad social. En otras palabras, es hora de abordar las medidas tuitivas que desde este ámbito el legislador ha reconocido al trabajador en garantía de su derecho a la procreación, en relación con el proceso biológico de la gestación, el parto y el puerperio, y con la fase posterior a éste, en el que, nacido el hijo (o, en su caso, adoptado o acogido, pues la ley también da cobijo a lo que puede llamarse *proceso jurídico* de la maternidad), precisa de cuidado directo y personal.

Desde que la ley social reconociera por primera vez a la trabajadora derechos específicamente relacionados con la maternidad (hecho que se produjo en la Alemania del año 1878, extendiéndose su influencia al resto del continente europeo bajo los auspicios de la Conferencia de Berlín de 1890²⁵⁰), como se ha puesto de relieve por parte de la doctrina, el ordenamiento español ha ampliado notablemente el ámbito de la protección de la crianza del hijo a costa del de la estricta maternidad, en aras del principio de igualdad²⁵¹. De tal forma, que hoy se traslada su centro de gravedad desde la igualdad por razón de sexo a la igualdad por razón de la existencia de responsabilidades familiares. Por otra parte, el principio de igualdad ha tenido resonancia también en otro trascendental elemento a considerar en la regulación de la maternidad: la filiación, determinando la igualdad de los hijos con independencia del origen de aquélla y, en consecuencia, haciéndoles extensibles a los de origen adoptivo los mismos derechos que la legislación social ha ido reconociendo a la maternidad natural.

La tutela a la maternidad se manifiesta en el Derecho vigente en tres órdenes de normas: las que regulan el desarrollo de la relación de trabajo, las que afectan al área de la salud de la gestante o lactante, y aquellas otras que establecen normas sobre cómo debe incidir el hecho de la maternidad en la relación jurídica de Seguridad social. En todos ellos se constata que la realidad social ha ido condicionado, desde múltiples ángulos, el tratamiento jurídico de la maternidad.

Ha de tenerse presente que el Derecho del Trabajo resulta deudor en este terreno de las normas del Derecho común que regulan las instituciones familiares. Ello

²⁵⁰ LÓPEZ VALENCIA, F.: "La protección a la mujer trabajadora en Alemania". Revista de Trabajo, 1943. Núm. 37.

²⁵¹ BALLESTER PASTOR, *Diferencia y discriminación normativa...*, op.cit., p. 195.

provoca que en ciertos aspectos fundamentales, el ordenamiento jurídico-laboral vaya a remolque del Derecho civil, del que da inmediato traslado, en cuestiones tales como el tratamiento jurídico de la filiación, dentro de la que habría que destacar especialmente el impacto de la evolución de las figuras de la adopción y el acogimiento familiar en la regulación de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad.

Respecto de la repercusión de la evolución de la protección del menor en la interrupción de la relación laboral (en la que no debe olvidarse la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero²⁵², de *Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*), como se tendrá ocasión de exponer en el lugar oportuno (título II, capítulo III), el Derecho del Trabajo ha optado por su asimilación a la maternidad natural a efectos de otorgarle similar tutela en el ámbito contractual, no exenta de vicisitudes hasta su total equiparación por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social de 30 de diciembre de 1996, por la que se amplía la duración del descanso por adopción de menores de nueve meses y se equipara de este modo a la maternidad natural.

Ambas manifestaciones del principio de igualdad en las relaciones familiares -y no discriminación por razón de sexo o de filiación- han provocado diversas ampliaciones de los derechos reconocidos por el Derecho del Trabajo para tutelar la maternidad:

1. En el campo de sujetos *titulares* del derecho -y, en consecuencia, de su régimen de disfrute-, especialmente en cuanto a descansos por maternidad. La evolución del tratamiento de la institución estudiada justifica la extensión del derecho también al padre (si bien con mayores restricciones), por aplicación del principio de igualdad y de reparto de las cargas familiares.
2. La ampliación de la *duración* de los descansos por maternidad²⁵³ y su desdoblamiento en dos regímenes diferenciados: el de la maternidad natural y el de la adopción y el acogimiento.
3. La ampliación del *concepto* de maternidad, comprendiendo también la no natural.

Tales razones, a las que se une el creciente interés por la protección del menor (auténtico destinatario de los derechos reconocidos por la legislación laboral), han fortalecido, asimismo, el régimen de la excedencia o separación temporal del trabajador de su puesto de trabajo para atender al cuidado de su hijo en la primera etapa de su vida. Se ha pasado de configurarla como voluntaria (en el Decreto de 20 de agosto de 1970, la LRL 1976 y el ET 1980) a ser, desde 1989, una figura con entidad

²⁵² BOE de 17 de enero.

²⁵³ Desde su primitivo reconocimiento en la *Ley de mujeres y niños de 13 de marzo de 1900*, y posteriores ampliaciones por el *Real Decreto de 8 de enero de 1907*, el *Decreto-Ley de 21 de agosto de 1923*, la *Ley del contrato de trabajo de 1944* (que no lo amplía) y la Ley 16/1976, de 8 de abril, de *Relaciones Laborales*.

propia y régimen jurídico mixto (participando de los efectos, más garantistas, de la excedencia llamada *forzosa* durante una parte -un año- del periodo total de la misma, y de los de la *voluntaria*, más debilitada durante el periodo final), favoreciendo así las excedencias de un año de duración. Finalmente, la Ley 4/1995, sobre el *permiso parental*, extiende las garantías de la excedencia forzosa, o, lo que es lo mismo, la reserva del puesto de trabajo, a todo el periodo de excedencia.

2.2. La relación de trabajo.

Todos los ordenamientos comienzan prestando atención a la maternidad como causa de interrupción *obligatoria* del trabajo de la mujer. La obligatoriedad afecta tanto a la trabajadora como al empresario, que, en ocasiones, incluso puede resultar sancionado penalmente si contraviene la prohibición general (independiente de las prohibiciones de realizar ciertos trabajos peligrosos o desaconsejables) de emplear a la mujer parturienta o en avanzado estado de embarazo. Así puede constatarse en Francia: Ley de 2 de septiembre de 1941, que prevé penas de multa y prisión de uno a seis meses, o en Bélgica: art. 28 bis b) de la Ley de 1.900 y art. 20 de la Ley 1919, o Luxemburgo: Ley de 5 de marzo de 1.918 y posterior art. 17 b) del Decreto 1932. Se concibe, pues, en éste y en otros países, que a pesar de ello no prevén sanciones penales, como prohibición para el empresario de emplear, es decir, de dar empleo, a la trabajadora embarazada.

A la vez, y desde el punto de vista de los derechos de la trabajadora, se establece un segundo tipo de disposiciones, en las que se reconoce a la misma el derecho a abandonar el trabajo durante el periodo que rodea al parto.

Esta dualidad motivaba que el derecho de la embarazada o parturienta no tuviera siempre carácter obligatorio explícito, a pesar de que así se dedujera de las normas de signo prohibitivo que regían sobre el empresario, como prohibiciones de empleo (por ejemplo, en el art. 29 del Code du travail francés, según la redacción dada por la Ordenanza de 2 de noviembre de 1945, se disponía que "la mujer tiene derecho a ausentarse de su trabajo". En el Derecho español, sólo se observa desde el punto de vista de los derechos de la trabajadora, si bien se concibe con carácter obligatorio para ambos.

En España, la primera ley que contiene prevenciones especiales con respecto a la trabajadora en caso de maternidad es la Ley de 13 de marzo de 1900, relativa al trabajo de mujeres y niños²⁵⁴, cuyo art. 3 reconoce el derecho al descanso puerperal y a los permisos por lactancia. Modificada en 1907 y 1927, en relación con la protección

²⁵⁴ Gaceta de Madrid, de 14 de marzo. Dicha ley fue seguida de un Reglamento para la aplicación al Ramo de Guerra de la Ley de Mujeres y Niños, aprobado por Real Decreto de 26 de marzo de 1902, y éste de la Ley de 27 de febrero de 1912 (derogadas por la LCT 1944).

de la madre trabajadora, no es derogada hasta ser sustituida por la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944.

Dicha ley es una de las primeras disposiciones que en Europa dan cobertura legal a la maternidad con respecto al contrato de trabajo, pero llega con retraso respecto de otros Derechos europeos. Es el caso de Suiza, donde una Ley de 1877 (Loi fédérale concernant le travail dans les fabriques du 23 de mars de 1877) reconocía en su art. 45 el derecho a la reserva de plaza durante un periodo de ocho semanas con motivo del embarazo y el parto, no pudiendo ser inferior a seis semanas el descanso posterior al parto. En el mismo precepto se prohibía la realización de ciertos trabajos peligrosos durante el periodo de embarazo:

"le conseil fédéral désignera les branches d'industrie dans lesquelles les femmes enceintes en peuvent être admises à travailler. Les femmes en peuvent être employées à nettoyer les moteurs en mouvement, les appareils de transmission et les machines dangereuses".

El régimen tuitivo que se desprende de la LCT de 26 de enero de 1944 es mantenido durante más de tres décadas, pasando en su esencia a la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y de ésta al Estatuto de los Trabajadores. En este camino, sin embargo, va a sufrir una lenta evolución que, en sustancia, proviene de la acomodación del Derecho español a la legislación internacional (así, en cuanto a la duración de los descansos por maternidad) o los principios constitucionales y comunitarios (v.g., principio de igualdad).

Entre las señaladas modificaciones experimentadas por la regulación de la maternidad hay que destacar la doble perspectiva con la que es tratado su impacto en la relación laboral en un primer momento, así tanto en la LCT de 1931 como en la de 1944, al regularse tanto como causa de suspensión del contrato (arts. 166 y 167) como causa impeditiva de la resolución del mismo (art. 79.3 LCT: "no terminará el contrato de trabajo... por ausencia de la obrera, fundada en el descanso que, con motivo de alumbramiento, señala la legislación vigente"). Esta dicotomía no pasará a su sucesora, la Ley de Relaciones Laborales, que no habla ya de prohibición de extinción, ni tampoco al texto de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, por más que éste prohíba -hasta la Ley 11/1994- declare la nulidad del despido efectuado durante la suspensión del contrato.

Habida cuenta de que éste es el objeto del presente trabajo, no se harán mayores reflexiones en torno al mismo, que se diferirán al lugar oportuno (Título II).

No hay que olvidar tampoco que, si se recurre a un concepto amplio de "maternidad", entendida como sinónimo de procreación, ésta no sólo da lugar al reconocimiento de derechos como la suspensión del contrato de trabajo para dar cuenta del debido descanso tras el parto, sino a otros derechos que van más allá del periodo puerperal y que igualmente condicionan la "normalidad" del trabajo, tales como las pausas para atender a la lactancia del menor, o las posibles reducciones de la jornada ordinaria de trabajo para dedicar más tiempo al cuidado del hijo, así como la

prolongación de los efectos suspensivos del contrato con tales fines recurriendo a la figura de la excedencia. Todos estos derechos se regulan, como en la totalidad de ordenamientos jurídicos, en el Derecho español del Trabajo, siendo acogidos, bajo el manto jurídico de figuras diversas, por el Estatuto de los Trabajadores, a las que ya se ha tenido ocasión de aludir²⁵⁵.

2.3. La protección de la salud de la trabajadora embarazada y del feto.

La protección conjunta del embarazo y del parto no puede dejar de atender a la tutela de la salud de la trabajadora grávida y de su hijo, a cuyo fin se dirigen una múltiple gama de medidas legislativas, de variado origen, que han sido fruto de aportaciones tanto del más clásico Derecho protector de la maternidad (desde la Ley de 1900) como del más reciente Derecho comunitario (Directiva 92/85).

No hay duda de que la exposición a los riesgos del trabajo se multiplica y diversifica con ocasión del embarazo y la lactancia, exigiendo una estrecha vigilancia del entorno laboral y de su influencia en el proceso de gestación, pues la inobservancia de tales decisivos condicionamientos conduciría a los lamentables resultados constatados por el Instituto Nacional de Previsión en el año 1.928²⁵⁶, tanto por la peligrosidad, penosidad o toxicidad que pueda entrañar el trabajo como por el propio hecho de desempeñar *un trabajo* en el periodo próximo al parto:

"el hecho de trabajar penosamente hasta el momento del parto y de reanudar el trabajo antes de que haya vuelto a la normalidad su organismo transido agrava su situación y la hace fácil presa de la enfermedad y de la muerte (...) Un atisbo de lo que el trabajo próximo al parto es para esas madres podemos tenerlo con estos dos hechos. El año 1923 murieron en el parto o con ocasión de él 3.040 madres en España; 1.863 murieron de septicemia puerperal, es decir, de incultura y de abandono..."

Y, citando al Dr. Marañón²⁵⁷, se dice:

"él considera incompatibles el trabajo y la maternidad. Sólo una razón económica -dice-, que creo vergonzosa para nuestra civilización, puede prevalecer sobre las

²⁵⁵ Todas ellas ya fueron extensamente tratadas en la Memoria de Grado objeto de lectura pública en la Facultad de Derecho de Barcelona el día 29 de noviembre de 1996, cuyo título es *Nacimiento y tutela del menor y su incidencia sobre el contrato de trabajo*, Barcelona, octubre de 1996.

²⁵⁶ "El seguro de maternidad. Anteproyecto y justificación de sus bases". Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión. Madrid, 1928, ps. 12-13.

²⁵⁷ No obstante, hay que tener en cuenta las discutibles teorías sustentadas por el citado autor. Este conocido médico afirmaba, argumentando que su tesis tenía una clara base científica, que, si bien existían casos en los que la mujer podía desarrollar un trabajo en las mismas condiciones que el hombre, ello, además de ser excepcional, se debía a la preeminencia de rasgos masculinos en ella, adormecidos en las mujeres normales (MARAÑÓN, G.: *Tres ensayos sobre la vida sexual*, Madrid, 1951, citado por MORENO BORONDO, op.cit., p. 42).

razones naturales que aconsejan la supresión del trabajo sistemático de las madres"²⁵⁸.

El texto continúa citando a los diversos médicos participantes en la información abierta por el Instituto Nacional de Previsión con motivo de la creación del *Seguro de maternidad*. Entre ellos, el Dr. Villa:

"está plenamente demostrado que la influencia del trabajo industrial es perniciosa para el embarazo. Unas veces por la toxicidad de las materias que se manejan y otras por los esfuerzos, las sacudidas y las presiones ocasionadas por el ejercicio profesional, se producen abortos, partos prematuros y aumenta la mortalidad. Realmente, la preñez es incompatible durante varias semanas con un trabajo activo".

En resumidas cuentas, el estado biológico de gravidez exige extremar las habituales medidas de seguridad y salud en el trabajo, y a ello se ha dedicado buena parte de la actividad normativa de la OIT²⁵⁹, sin menospreciar la intervención del Derecho comunitario (Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, *sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia*)²⁶⁰.

Se trata, en definitiva, de establecer las bases adecuadas que permitan a la trabajadora seguir prestando servicios en su puesto de trabajo durante la situación de embarazo y lactancia, por lo tanto, de arbitrar las especiales medidas de protección a las que alude el art. 21.1 c) de la Ley 14/1986, General de Sanidad²⁶¹ y regula el art. 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

²⁵⁸ MARAÑÓN, G.: *Tres ensayos sobre la vida sexual*, p. 124.

²⁵⁹ Recomendación nº 4, de 1919 (prohibición de realizar trabajos en contacto con cinc y plomo), Recomendación nº 95, de 1952 (prohibición de trabajo nocturno y la realización de horas extraordinarias, los trabajos de carga que exijan esfuerzo físico excesivo o la utilización de ciertas máquinas, durante un periodo que se puede extenderse más allá de los tres meses posteriores al parto), Convenio nº 127, de 1967 (restricción en cuanto al transporte manual de carga), Recomendación nº 128, de 1967 (prohibición de realizar durante el embarazo y las diez semanas siguientes al parto transporte manual de carga si, según prescripción médica, es desaconsejable para la salud de la madre o del hijo), y Convenio nº 136, de 1971 (prohibición de trabajos en contacto con benceno).

²⁶⁰ El origen de la Directiva protectora de la maternidad ha de situarse en el art. 118 a) del Acta Única Europea, fruto del cual es la Resolución de 21 de diciembre de 1987 del Consejo de las Comunidades Europeas, donde queda dibujado el Programa de la Comisión sobre seguridad e higiene y salud en el lugar de trabajo, surgiendo de éste la Directiva-Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, sobre medidas para promover la mejora de la salud de los trabajadores en el trabajo, de la que constituye desarrollo (especialmente su art. 16.1, sobre protección especial de los "grupos especialmente sensibles") la 92/85. El contenido de dicha Directiva se había plasmado, asimismo, por lo que a la protección de la maternidad se refiere, ya con anterioridad: así, en los arts. 45.1 d) y 48.4 del ET -sobre suspensión del contrato de trabajo por maternidad y excedencia por cuidado de hijos-, y en los arts. 133 bis a quinquies de la LGSS -en materia de prestaciones de la Seguridad Social-.

²⁶¹ "...se vigilarán las condiciones de trabajo y ambientales que puedan resultar nocivas o insalubres durante los periodos de embarazo y lactancia de la mujer trabajadora, acomodando su actividad laboral, si fuese necesario a un trabajo compatible durante los periodos referidos."

Ello supone, pues, introducir una serie de modificaciones en las condiciones de trabajo que eviten la exposición a los riesgos²⁶² que puedan influir en el desarrollo del embrión, el feto o la lactancia del bebé, entre las que se encuentra la “adaptación del tiempo de trabajo”²⁶³ o la modificación de las tareas a desempeñar (movilidad funcional)²⁶⁴.

Puede hablarse, a partir de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de un *sistema* de protección a la maternidad, integrado por un conjunto de medidas que se sitúan en un escala compuesta por diversos niveles o grados de tutela, intensificándose el sentido protector del mecanismo jurídico arbitrado al efecto a medida que se asciende en el grado de *precisión preventiva* exigido al empresario por la combinación de dos factores: el estado biológico de la trabajadora y la actividad desempeñada por ésta dentro del centro o establecimiento de trabajo²⁶⁵.

²⁶² El art. 4. 2 de la Ley define el concepto de “riesgo laboral” como “la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo”, para cuya calificación desde el punto de vista de su gravedad “se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo”. Los Anexos de la Directiva 92/85/CEE recogen una enumeración de los riesgos (agentes, procedimientos y condiciones de trabajo) que pueden afectar a la trabajadora gestante o lactante. Dichos elementos han de considerarse instrumento orientador de la evaluación de riesgos que se lleve a cabo por la empresa. Idéntica finalidad tiene el Convenio de la OIT núm. 136, de 23 de junio de 1973 (art. 11.1).

²⁶³ Medida idéntica a la prevista por el art. 5.1 de la Directiva 92/85, así como la anterior 80/836/EURATOM, de 15 de julio de 1980, en cuanto a la exposición a radiaciones ionizantes (arts. 7.2 y 8.2 y 3) y 82/605/CEE, de 28 de julio de 1982, sobre protección en materia de riesgos derivados del plomo metálico y sus compuestos (art. 11.1). También en tal sentido apuntaba la Recomendación de la OIT núm. 95 de 1952, sobre protección de la maternidad, cuyo epígrafe V (en torno a la protección de la salud de la trabajadora embarazada), párrafo 5º instaba a la *distribución de las horas de trabajo* para facilitar el descanso “adecuado” de la trabajadora en periodo de embarazo.

²⁶⁴ La adaptación del trabajo al estado de gravidez está condicionado al previo conocimiento por parte del empresario de la existencia de tal situación. Por tanto, la puesta en marcha de los mecanismos de protección especiales en favor de la trabajadora se someten a una exigencia previa, que constituye una obligación, de índole preventiva, de la trabajadora hacia el empresario, y que le obliga en favor de la protección tanto de su propia salud como la del feto. Se trata de una obligación correlativa a los deberes empresariales, que se desprende de sus obligaciones de informar y cooperar con el empresario, según se dispone en el art. 29.2.4º de la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, que, aunque no se establezca expresamente respecto de la situación de embarazo en el art. 26 de la misma, se deduce del art. 4 de la Directiva 92/85, por cuanto se entiende que las obligaciones empresariales en materia preventiva deben también sostenerse sobre los deberes del trabajador de velar por su propia seguridad e informar a quien pueda evitarlos sobre los riesgos que pudieran detectar. La obligación informativa de la trabajadora debe situarse, en todo caso, en un momento posterior a la contratación, pues, a efectos de contratación, otra solución parece deducirse de la jurisprudencia comunitaria emanada a partir de la Sentencia de 8 de noviembre de 1990, asunto *Dekker* (C-177/88), según la cual la trabajadora tiene incluso derecho a mentir cuando el empresario le formule tal cuestión, que ni siquiera debiera plantearse (JACQMAIN, J.: “¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad?” *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1997, p. 96).

²⁶⁵ En cuanto al ámbito de aplicación de la ley, debe denunciarse la exclusión (realizada tanto por la ley, art. 3, como por la Directiva-Marco 89/391, de 12 de junio) de las trabajadoras al servicio del hogar familiar, ocupación laboral prioritariamente desempeñada por mujeres, a las que no les es

Los mencionados niveles de protección son, en síntesis, los siguientes:

1. La protección durante el embarazo²⁶⁶:

a) **adaptación del trabajo al estado de gravidez**

La adaptación de las condiciones de trabajo al estado de gravidez de la trabajadora permite al empresario adoptar un amplio abanico de medidas subsidiarias entre sí, ordenadas legalmente en un cierto orden de preferencia, sobre la base de un principio básico: el de opción empresarial, si bien el art. 37.3 g) del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el *Reglamento de los Servicios de Prevención*, contempla la posibilidad, regulada como facultad, del personal sanitario encargado de las funciones de vigilancia de la salud, para *proponer* las medidas preventivas adecuadas. En defecto de éstas (es decir, sólo cuando estas medidas resulten ineficaces o de imposible ejecución), podrá recurrirse, previa certificación médica en la que la realidad del riesgo resulte acreditada, a la vía alternativa y subsidiaria de la movilidad funcional *temporal*, prevista también en el número 2 del art. 26:

- La *modificación del tiempo de trabajo* puede comprender no sólo la alteración del sistema de trabajo a turnos, y, por aplicación de la Recomendación núm. 95 de la OIT, de 1952, la realización de trabajo nocturno y de horas extraordinarias (no mencionada ésta en el art. 26.4), sino también la reducción de la jornada para evitar excesiva exposición al riesgo.
- “Dichas medidas incluirán, *cuando resulte necesario*²⁶⁷, la *no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos*”, de carácter similar a la que contiene el

de aplicación ninguna de las medidas previstas en el art. 26. La tutela de este colectivo únicamente alcanza a una obligación genérica de velar porque el trabajo se realice “en las debidas condiciones de seguridad e higiene”. En lo que respecta a dichas condiciones de la trabajadora durante el embarazo y la lactancia, la obligación del titular del hogar sería disponer, a semejanza de lo previsto en los números 1 y 2 del art. 26 de la Ley 31/95, el cambio provisional de sistema de trabajo, con exención de las tareas más pesadas, que, según demuestran los estudios científicos, pueden causar graves trastornos al feto.

²⁶⁶ A estas medidas hay que sumar las de índole específica previstas en las normas de desarrollo de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que introducen algunas previsiones especiales en relación con la protección frente a agentes específicos o con aspectos parciales tales como las condiciones mínimas de seguridad de los locales de trabajo. Así, las prohibiciones de realizar determinados trabajos durante el tiempo de gestación y lactancia establecidas en las normas sobre enfermedades profesionales, o la especial atención a la maternidad tanto en la preceptiva evaluación de los riesgos de cada puesto de trabajo como en materia de vigilancia de la salud. En tal sentido, también, el art. 9 del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, que remite, en materia de condiciones mínimas que deberán cumplir los locales de descanso, al Anexo V, donde se dispone que las trabajadoras embarazadas y madres lactantes deberán tener la posibilidad de descansar tumbadas en condiciones adecuadas.

²⁶⁷ La Directiva (art. 7.1) es más contundente al respecto, y configura dicha medida (la *no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos*) como una de las posibles alternativas (no sólo “cuando resulte necesario”), a salvo de la posibilidad de los Estados miembros de exigir certificado médico que dé fe de la necesidad para la seguridad o salud de la trabajadora afectada, disponiendo que,

art. 36.4 ET para los trabajadores nocturnos que presenten alteraciones en su salud como consecuencia de la nocturnidad del trabajo. Por tanto, *si así resulta preciso*, se producirá una modificación también (o alternativamente) en el sistema de trabajo, no sólo en la duración de la jornada²⁶⁸.

- La *modificación o movilidad funcional*, acreditado el riesgo mediante certificado médico, y siendo imposible o ineficaz la adopción de las medidas anteriores, consistentes en la adaptación de condiciones o de tiempo de trabajo. El empresario habrá de proporcionar a la trabajadora un puesto de trabajo adecuado a su estado biológico, por tanto de manera provisional, que deberá acomodarse a los principios o límites de la movilidad funcional o, lo que es lo mismo, a la atribución de funciones propias del grupo profesional de la trabajadora afectada por la medida, y al cauce que la ley habilita para la introducción de tal modificación en el art. 39 ET, que regula el procedimiento legal para la imposición de una alteración de las condiciones de trabajo de tal envergadura al trabajador, aunque en este caso sea en su propio beneficio y no por razones estrictamente organizativas. Procedimiento al que la Ley 31/1995 adiciona algunas exigencias, como la consulta a los representantes de los trabajadores (regulada en el capítulo V, art. 33.1 b):

en tal caso, la trabajadora será asignada a un puesto de trabajo diurno y, cuando ello no sea posible o exigible, la concesión de una licencia o prórroga del permiso de maternidad.

La determinación de cuándo "resulta necesario" dependerá de la certificación médica de la que habla el número 4 del art. 26, así como del propio examen de riesgos a los que está expuesta la mujer y que se contenga en la evaluación inicial de riesgos laborales de cada puesto de trabajo y actividades, realizada por el empresario en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 16 de la ley y que debe ajustar a los parámetros del art. 18 y Capítulo V, que regula el derecho de participación de los trabajadores en dicha función, sea por sí mismos o representados por delegados de personal o Comité de Empresa y Delegados de Prevención (y Comités de Seguridad y Salud).

En cuanto al sujeto facultado para *decidir cuál es la medida que debe aplicarse*, de entre las que regula el art. 26, ya que el precepto dice que "el empresario adoptará", con lo cual parece estar excluyendo la intervención de cualquier otro sujeto, incluyendo a la trabajadora. En igual sentido, el art. 18.1 in fine establece que el empresario "deberá informar directamente a cada trabajador... de las medidas de protección y prevención aplicables a dichos riesgos". No obstante, acudiendo al número 2 del art. 18, puede concluirse que la decisión deberá ser adoptada de común acuerdo entre empresario y trabajadora o, más exactamente (lo cual supone un grado menor de decisión de la trabajadora), con la participación de ésta: "el empresario deberá consultar a los trabajadores, y permitir su participación, en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo". En cualquier caso, sea quien sea quien adopte la medida, la trabajadora queda obligada a aceptar su aplicación, en beneficio de su propia salud y de la del recién nacido (art. 15.4 Ley de Prevención, *a sensu contrario*).

²⁶⁸ Es decir, que cabe bien la disminución del tiempo de trabajo, bien el cambio de sistema de trabajo (abandonando temporalmente el trabajo a turnos) o de horario (realizando provisionalmente trabajo diurno), o, en tercer lugar, la utilización de ambas medidas de forma conjunta. Así cabe deducirse de la expresión "dichas medidas incluirán".

“el empresario deberá consultar, con la debida antelación, la adopción de las decisiones relativas a la organización y desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de los riesgos profesionales en la empresa...”²⁶⁹.

Cuando la utilización de este cauce no sirva para evitar el riesgo, por no existir puesto de trabajo o función compatible con la gravedad de la trabajadora, habrá de recurrirse al previsto en el art. 26.2.3º: deberá destinarse “a un puesto no correspondiente a su grupo o a categoría equivalente”, garantizándose en todo caso “el derecho al conjunto de las retribuciones de origen” (“movilidad extraordinaria”) o, de ser las funciones de categoría superior, las retribuciones correspondientes a ésta²⁷⁰.

- La *dispensa remunerada de trabajo* sólo está prevista en el art. 10 (en relación con el 5) de la Directiva, según el cual los Estados miembros deberán garantizar “el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada”, pero no en el art. 26 de la Ley 31/1995. Por ello cabe cuestionarse si no deberían interpretarse las medidas contempladas en el art. 26 a la luz de la Directiva de referencia. Y, además,

1º si al empresario le cabe la aplicación directa de la Directiva, eximiendo temporalmente de la prestación del trabajo a la trabajadora, *cuando no medie consentimiento de ésta* (pues ningún problema se planteará cuando exista el mutuo acuerdo, ya que no cabe duda de que estaremos ante una mejora empresarial de las condiciones de trabajo, concedida a título individual y por razones justificadas), y

2º si ello vulneraría el art. 4.2 a) ET o, por el contrario, estaría amparado por el art. 5 b) y c) ET y el 15.1 y) de la Ley 31/95. En todo caso, podría ser de aplicación el art. 30 ET, sobre imposibilidad de la prestación, en virtud del cual, cuando al empresario le resultara imposible la asignación de la trabajadora a puesto adecuado, ésta conservaría el derecho a su remuneración, aun cuando no

²⁶⁹ Ahora bien, el art. 33 alude a los planes de prevención o medidas de tipo colectivo pero no específicamente a una decisión que puede afectar personalmente a la trabajadora en cuanto a conveniencia de uno u otro horario de trabajo, tema en el que la consulta debe realizarse a ella personalmente (por entrar en el terreno de la “conveniencia-necesidad personal”).

²⁷⁰ PURCALLA BONILLA es crítico con el contenido del precepto, entendiendo que “la movilidad funcional extraordinaria, al superar los lindes del grupo profesional o de las categorías equivalentes, puede revestir no una, sino dos modalidades: vertical ascendente (funciones superiores) y vertical descendente (funciones inferiores). En el primer caso, la trabajadora tiene derecho a cobrar por las funciones superiores que efectivamente realiza (y no en base a su retribución de origen, pues ello supone tanto como fomentar el enriquecimiento injustificado del empresario y una vulneración de las reglas de movilidad funcional ex art. 39 TRLET), mientras que si nos movemos en el sentido de la movilidad funcional extraordinaria, vertical y descendente, cobra sentido el tenor legal de respeto a las retribuciones de origen, pues tal es el derecho que asiste, ex art. 39 TRLET, a la trabajadora” (PURCALLA BONILLA, M.A.: *Heterotutela y autotutela de la Seguridad e higiene en el trabajo. Un estudio sobre la deuda de seguridad del empresario. Tesis doctoral*. Tarragona, abril 1997 (ejemplar mecanografiado), p. 400 y ss.).

existiera prestación de servicios. Sin embargo, parece haberse optado en la práctica por la segunda de las opciones previstas en el art. 10 de la Directiva: el traslado a la Seguridad social del coste de la dispensa, a través de las prestaciones por incapacidad temporal (recurriendo, por tanto, a una interpretación forzada del concepto de "incapacidad").

b) el permiso prenatal

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de *Prevención de Riesgos Laborales*, en aplicación del art. 9 de la Directiva 92/85/CEE, introduce un nuevo permiso retribuido²⁷¹ en su D.A. 11^a, por la que se añade el apartado f) al art. 37.3 ET²⁷², y en el que se regula (art. 26.4 de la Ley) el "permiso prenatal", de contenido parcialmente preventivo, por cuanto, regulando dos tipos de permisos²⁷³ (el destinado a la realización de exámenes médicos de seguimiento y control del embarazo²⁷⁴ y el que tiene por objeto facilitar la participación de la trabajadora en los cursos, prácticas o enseñanzas sobre preparación para el parto)²⁷⁵, uno de ellos es claramente protector de la salud y el otro -el relativo a las técnicas de preparación para el parto- sólo de forma relativa o soslayada.

El derecho a ausentarse por tiempo indispensable con tales fines se extiende hasta el momento del parto, pudiendo solaparse durante el periodo final de la gestación dos derechos no acumulables: el derecho al permiso prenatal y el derecho a la suspensión del contrato por maternidad que reconoce el art. 45.1 d) ET y cuyo ejercicio anticipado al momento del parto acorta la duración máxima del contemplado por el art. 37.3 f) del mismo texto.

²⁷¹ M. MOLINA GARCÍA llama la atención sobre el posible perjuicio que la introducción de la medida pueda causar a las trabajadoras en edad de procrear para su acceso al empleo (MOLINA GARCÍA, M.: "La protección de la maternidad en la ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales", Comunicación a las XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Málaga, 14 y 15 de diciembre de 1995), mecanografiado, págs. 27-29).

²⁷² El reconocimiento de tal derecho supone, como señala M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ ("La Ley de Salud Laboral como nuevo marco legal de protección del embarazo y la maternidad". Comunicación presentada a las XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Málaga, 14 y 15 de diciembre de 1995), págs. 14-15), la supresión de raíz de la posibilidad por parte del empresario de extinguir la relación laboral por causa de las ausencias que con tal motivo realizara la trabajadora, bien bajo el título legal de un despido disciplinario por ausencias reiteradas e injustificadas al trabajo (art. 54.2 a) ET) o a través de la figura del despido objetivo, si las ausencias estaban justificadas (art. 52.1 d) ET), convirtiendo en nulo a todo despido fundado en tal causa²⁷².

²⁷³ El legislador español ha ido más allá de la regulación comunitaria, pues la Directiva 92/85 sólo contempla el permiso para exámenes prenatales, pero no el que tiene por objeto someterse a técnicas de preparación al parto.

²⁷⁴ Según GARRIGUES GIMÉNEZ (op.cit., pág 21), "se trata de un mecanismo claramente orientado a proporcionar un mayor grado de bienestar a la trabajadora".

²⁷⁵ Cualquier otra actividad al margen de las anteriores, aun relacionada con el estado de gravidez de la trabajadora, debe entenderse excluida del precepto y, en consecuencia, del derecho a la ausencia.

2. La protección de la mujer durante el periodo de lactancia.

Determina el art. 26.3 de la Ley 31/1995 que las medidas previstas para la eliminación o apartamiento de la trabajadora de los riesgos que pudieran malformar el feto sean también de aplicación durante el periodo de lactancia *natural* (por tanto, hasta que ésta termine, sin sometimiento a los límites que rigen para el disfrute del permiso por lactancia en el art. 37.4 ET²⁷⁶), pues el estrecho contacto personal que supone el amamantamiento expone al hijo a los mismos riesgos que experimente la madre. No obstante, el legislador entiende que el riesgo no es el mismo en esta fase que en la de gestación y somete la extensión de las medidas previstas para ésta a la previa constatación de la realidad o probabilidad del riesgo (sin entrar en el análisis de su magnitud sino sólo de su contingencia), atribuyendo la facultad para efectuar tal valoración al “médico que, en el régimen de Seguridad Social aplicable, asista facultativamente a la trabajadora”²⁷⁷ (certificado que *no* sustituye a la evaluación de riesgos). Luego para imponer cualquiera de las medidas que se regulan en el número 1 del art. 26 durante el periodo de lactancia se exige la misma “justificación” o acreditación de la posibilidad del perjuicio que para introducir una modificación funcional en el curso del proceso de gestación.

Siendo obligatoria la aportación del citado certificado médico para la aplicación de la batería de medidas reguladas, el cambio en el régimen de trabajo a turnos u horario se producirá a instancia de la trabajadora, quien decidirá si hace uso de tal habilitación o no, solicitando al empresario la ejecución de la medida pertinente, a pesar de que no esté expresamente prevista en el plan de prevención de la empresa elaborado a partir de la preceptiva evaluación de riesgos. El reverso de este sistema de impulso de la acción preventiva es que el empresario carece de legitimación para *imponer* la modificación que proceda a la trabajadora (cambio de sistema de trabajo a

²⁷⁶ En el mismo sentido, PARDELL VEÁ, A., MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A., quienes mantienen que ello supondría introducir una reducción temporal no recogida en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: “La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85 a la Ley 31/95 de prevención de riesgos laborales”. Comunicación presentada al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Valladolid los días 24 y 25 de mayo de 1996. Primera Ponencia: “La prevención de riesgos laborales: funciones, contenido y efectos”. Pág. 17 (mecanografiado). En contra, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. (*Comentarios a la Ley 31/95, de Prevención de Riesgos Laborales*. Ed. Trotta, Madrid, 1996, pág. 175), quienes identifican dicho periodo con el previsto por el número 4 del art. 37 ET.

²⁷⁷ Se cierra así el paso a la intervención de la sanidad privada. La Directiva no exige en su art. 7.1 que el certificado médico haya de ser expedido por facultativo de la Seguridad Social: “los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 1 no se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno durante el embarazo o durante un periodo consecutivo al parto, que será determinado por la autoridad nacional competente en materia de seguridad y salud, a reserva de la presentación, según las modalidades fijadas por los Estados miembros, de un certificado médico que dé fe de la necesidad para la seguridad o la salud de la trabajadora afectada.”

turnos, reducción de la jornada²⁷⁸ o, la medida que con mayor probabilidad pudiera interesarle ejecutar, la movilidad funcional)²⁷⁹.

2.4. La protección por parte del Sistema de la Seguridad social.

La protección a la familia desde el ámbito de la Seguridad Social es de sobras conocido, alcanzando a un amplio número de prestaciones, de manera directa o indirecta: desempleo (subsidio por cargas familiares, o cuantías mínimas y máximas en función de aquéllas), muerte y supervivencia (prestaciones cuyos titulares son precisamente los familiares supérstites)... pero las prestaciones dirigidas directamente a la protección de la maternidad son las prestaciones por maternidad y las prestaciones por hijo a cargo²⁸⁰.

Dejando aparte la protección a la familia, ya examinada, las prestaciones que cubren la pérdida de ingresos, como consecuencia de la suspensión del contrato de trabajo, son las llamadas "prestaciones por maternidad", consistentes en la atención sanitaria durante el (embarazo), parto y puerperio (prestación en especie), y el abono de un subsidio económico destinado a suplir las rentas salariales que dejan de obtenerse como consecuencia de la suspensión del contrato.

Desde el punto de vista de la suspensión del contrato, este régimen se completa con la asignación no económica por hijo a cargo (prestación en especie que se obtiene de aplicar una ficción legal: la consideración de que han existido cotizaciones y/o alta en el sistema de la Seguridad Social durante un plazo temporal determinado). Se trata de una prestación que el legislador ha diseñado para compensar el perjuicio que la extinción de la obligación de cotizar supone para el trabajador que ejercita su derecho a la excedencia por cuidado de hijos.

²⁷⁸ Esta medida evitaría prolongadas exposiciones de la madre a las sustancias clasificadas como nocivas, insalubres o peligrosas. En cuanto a su posible carácter retribuido, si la prevención se funda en motivos de salud laboral, aunque la ley nada diga al respecto, debe entenderse que la remuneración ha de mantenerse inalterada, configurándose, pues, como una nueva modalidad de reducción de jornada por lactancia equiparable a la del art. 37.4 ET.

²⁷⁹ La libertad de la trabajadora para elegir el periodo de la jornada en el que disfrutará del derecho al permiso por lactancia, sustituible por una reducción de jornada en media hora, se verá reducida por esta nueva alteración.

²⁸⁰ Ello es más patente en otros ordenamientos jurídicos, como el uruguayo, en los que ambas situaciones constituyen dos fenómenos integrantes de la protección por parte de la Seguridad Social a través de las asignaciones familiares, siendo reguladas en la misma ley (aunque no de forma indistinta).

CAPÍTULO II:

TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA MATERNIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo, situado en la misma perspectiva que el anterior, pretende servir de referencia al contexto jurídico-social desde el que se ha abordado tradicionalmente la tutela de la maternidad, con independencia de que la finalidad de la investigación que se presenta sea el estudio de una de las causas por las que se da por suspenso el contrato de trabajo (la maternidad).

Lo que a continuación se expone es una síntesis del tratamiento jurídico que la maternidad ha recibido más allá de nuestras fronteras, por parte de los organismos internacionales (OIT) o supranacionales (Unión Europea), así como desde el Derecho comparado, sin perjuicio de que esta visión global sea objeto de un desarrollo más exhaustivo y específico en el lugar correspondiente.

En esta aproximación al contexto internacional resulta de obligada referencia el examen de los mecanismos que en gran parte de los ordenamientos jurídicos comparados se arbitran en garantía de la *conservación del empleo* por parte de la trabajadora grávida, puérpera o lactante, por su conexión con el tema que da título a este trabajo.

I. EL PLANO INTERNACIONAL.

1. Los organismos internacionales. La O.I.T. y la maternidad.

Se entienden como medidas no discriminatorias aquellas que, estableciendo desigualdades respecto del trabajo de la mujer, consisten en la protección de la maternidad. Se separan, de este modo, los conceptos de discriminación y de protección a la maternidad, que no tienen por qué ser antitéticos. Sin embargo, el hecho de que la protección a la maternidad sea un factor en cierto modo distorsionante de la continuidad de la relación laboral, a pesar de que su origen natural sea de por sí elemento tan "distorsionador" como otras circunstancias que, por otras razones, motivan la interrupción de la actividad laboral (cumplimiento del servicio militar, ejercicio de cargo representativo...) y son socialmente admitidas como

circunstancias compatibles con el trabajo, provoca en ocasiones serios perjuicios en el ámbito laboral. Siendo un proceso biológico necesariamente asumido por la mujer, tales efectos negativos repercuten en definitiva en el desarrollo profesional de la mujer, al servir de hecho para crear trabas a la continuidad de su relación de trabajo o incluso para impedirle el acceso al empleo.

Precisamente para evitar este efecto perverso de la maternidad se establecen medidas que garanticen esa continuidad o que remuevan los obstáculos a la integración laboral de la "madre".

A ambos fines se han destinado diversas iniciativas legislativas provenientes de foros internacionales¹.

Son textos provenientes de la OIT y dirigidos a la protección de la maternidad², en el sentido anteriormente apuntado:

- **Convenio núm. 3 de 29 de octubre de 1919**, relativo al empleo de mujeres antes y después del parto, revisado por el **núm. 103**, adoptado en la Conferencia de Ginebra de **28 de junio de 1952**, *relativo a la protección de la maternidad*, y **Recomendación núm. 95**, del mismo título. En ellos se reconoce el derecho de la mujer a un descanso por maternidad (y derecho prenatal suplementario por causa de enfermedad), no remunerado, pero sí compensado con prestaciones en metálico, además de las prestaciones médicas, o, en su caso, "de no reunir las condiciones necesarias para percibir prestaciones", prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de la asistencia pública (el art. 4.5 no especifica de qué prestaciones se trata, por lo que hay deducir, de la práctica habitual en el Derecho comparado, que se está refiriendo a la asistencia médica). El art. 5 autoriza a la mujer lactante a la interrupción del trabajo con objeto de lactar a su hijo, sin pérdida del salario. Finalmente, el art. 6 declara la ilegalidad del despido durante la ausencia que regula el art. 3 (con motivo del parto), o de modo que el plazo de preaviso expire durante dicho periodo. No obstante, el propio convenio regula excepciones al régimen establecido, permitiendo que sean exceptuadas ciertas categorías de trabajadores (trabajos agrícolas, a domicilio, el trabajo doméstico o el prestado en empresas de transporte marítimo de mercancías o personas).

Hay que destacar especialmente que ni el convenio ni la recomendación protegen la maternidad adoptiva: únicamente hacen referencia a la natural, quizá porque se piensa en una regulación de conjunto, de todo el proceso de gestación, parto,

¹ Sobre este tema, vid. ALONSO LIGERO, M^a S.: "Directrices y normas internacionales sobre el trabajo de la mujer con responsabilidades familiares". VV.AA.: *El trabajo de la mujer con responsabilidades familiares*. Ministerio de Trabajo. Comisión Nacional del Trabajo Femenino, ps. 101 y ss.

² Sobre las normas internacionales relativas a la protección de la familia y de la maternidad, MUÑOZ CAMPOS, J.: "Reflexiones sobre la regulación por convenio colectivo de la excedencia para atender al cuidado del hijo". A.L., 1987-1, ps. 1 y ss.

puerperio y lactancia, que se configura como situación necesitada de una mayor protección.

- **Declaración de Filadelfia, de 1944**, estableciendo la obligación de la OIT de fomentar programas de protección de la infancia y de la maternidad.
- **Recomendación núm. 123, de 1965**, sobre el empleo de mujeres con responsabilidades familiares, cuyo espíritu es el de lograr la plena armonía entre el trabajo y las responsabilidades familiares, proscribiendo la discriminación. Además de las recomendaciones destinadas a tal finalidad (entre ellas, la creación de servicios de asistencia a la infancia), se insta al reconocimiento de un permiso adicional, posterior al permiso de maternidad, para evitar la reincorporación al trabajo antes de que exista una efectiva recuperación de la salud; así como a la flexibilidad de la jornada de trabajo.
- **Resolución de 1975, relativa a un Plan de acción para la igualdad de oportunidades y de trato de las trabajadoras**, cuyo art. 7 contiene una cláusula general de protección de la maternidad, por el que se recomienda establecer el derecho a una ausencia o licencia posterior al permiso por maternidad, durante un periodo de tiempo "razonable", con derecho a la conservación del puesto de trabajo (se alude, por tanto, a lo que en el Derecho español se conoce como "excedencia por cuidado de hijos"). El art. 8 alude también a medidas para flexibilizar el horario de trabajo.
- **Declaración de 1975, sobre igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras**. Entre otras cuestiones (como la creación de una infraestructura de servicios e instalaciones de asistencia y educación infantil), determina en su art. 8.1 que no se practicará discriminación alguna por razón de embarazo o parto, prohibiéndose, asimismo, el despido "por razón de su condición" durante todo el periodo de embarazo y de licencia de maternidad (tras la cual la reincorporación deberá tener lugar "sin pérdida de los derechos adquiridos").

El art. 8.3, en el que se regula específicamente la protección a la maternidad, remite al Convenio número 103 de 1952, pero se detiene en el tratamiento económico de la misma, reiterando que "los gastos deberán ser cubiertos por la Seguridad social u otros fondos públicos e incluso por el recurso a otros medios colectivos de financiación".

Por primera vez, se reconoce el derecho de los padres adoptivos a disfrutar de una licencia para el cuidado de los hijos, en las mismas condiciones de reingreso que las trabajadoras puérperas (art. 8.2).

- **Convenio de 1979, sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer**, cuyo art. 4.2, sobre protección de la maternidad, indica que tal tutela no se considera discriminatoria.

2. Normas europeas de origen convencional

En lo que respecta al ámbito del Derecho convencional europeo, deben mencionarse fundamentalmente dos textos:

La *Carta Social Europea*, Turín, 18 de octubre de 1961 (ratificada por España el 29 de abril de 1980), hace mención del derecho a una protección especial, regulada en su Parte II.8. En ella se reconoce el derecho al descanso remunerado en caso de maternidad, así como a un periodo de ausencia para el cuidado de hijos.

El *Código Europeo de Seguridad Social*, hecho en Estrasburgo el 16 de abril de 1.964 y ratificado por Instrumento de 12 de febrero de 1993, admite la suscripción parcial del mismo, estableciendo dos tipos de cláusulas: las obligatorias y las voluntarias. Entre las optativas se incluyen las relativas a la protección de la maternidad, así como las relacionadas con la tutela de la familia.

El Estado español suscribió casi treinta años después la parte reguladora de las prestaciones por maternidad. Sin embargo, no hizo lo mismo con las relativas a la protección a la familia (Parte VII: prestaciones familiares), hecho especialmente significativo para la identificación, y comparación, del sistema de prestaciones familiares español, frente al de otros sistemas europeos. El obstáculo a la ratificación de tan comprometedoras cláusulas se halla sin duda en que el art. 43 de la referida norma exige que la cuantía de tales prestaciones, por hijos a cargo, sea al menos equivalente al 1,5% del salario del beneficiario, es decir, de todo aquel trabajador que cumpla el periodo de calificación exigido (exigencia mínima, ya que sólo se requiere un mes de cotización o seis meses de residencia), lo cual dista de corresponderse con las prestaciones por hijos a cargo que regula la vigente Ley General de la Seguridad Social.

3. El Derecho Social Comunitario y la tutela de la maternidad.

En el Derecho social comunitario la normativa básica -y única- en relación con la tutela de la maternidad se asienta en dos Directivas: la *Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia*, y, en segundo lugar, la *Directiva 94/33/CEE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al permiso parental*³.

Si los anteriores conforman el Derecho comunitario regulador de la maternidad, no debe dejar de mencionarse otros textos legales en los que también se contienen alusiones al mismo tema. En tal sentido, las Directivas 91/383/CEE, o la

³ DO N° L 145/4, de 19 de junio de 1996.

Recomendación 92/241/CEE, del Consejo, de 31 de marzo de 1992, *sobre cuidado de los niños*⁴. Así como todas aquellas que, por incidir en la igualdad de los sexos, afectan en mayor o menor grado al tema estudiado: así, la 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo*⁵.

El art. 2.1 de la última de ellas hace especial hincapié en la discriminación basada en razones familiares, proclamando la “ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o *familiar*”, si bien admite en su número las excepciones que los Estados miembros crean oportunas y razonables, permite en el número 3 el mantenimiento de aquellas “disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad”⁶, y en su número 4 el establecimiento de medidas de acción positiva para favorecer la plena integración de la mujer, sobre la base de un principio: el tratamiento desigual a situaciones desiguales⁷. El aspecto de la maternidad a juicio del legislador europeo justifica tratamientos desiguales por razón de sexo, *siempre que la situación de maternidad sea actual y no contingente*⁸.

Asimismo, las Directivas 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, *relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad social*, o la 86/313, de 11 de diciembre de 1986, *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*, así como la 86/378, de 24 de julio de 1986, del Consejo, *sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social* ⁹.

La Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, *sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia*, tiene como finalidad la protección de la salud. En

⁴ OJ L 128/16. En ella se recomienda a los Estados miembros el establecimiento de ciertas medidas de flexibilidad en el trabajo que permitan conciliarlo con las responsabilidades familiares, entre otras, la regulación de permisos.

⁵ DOCE núm. L 39/40, de 14 de febrero de 1976. Constituye aplicación de la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, relativa a un Programa de Acción Social.

⁶ Lo que no caben son fórmulas genéricas, que rayarían en la discriminación: STJCE de 25 de octubre de 1988, Caso 312/86.

⁷ “La presente directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres.”

⁸ Sentencia de 25 de julio de 1991, Caso *Stoeckel*.

⁹ Todas ellas citadas en el capítulo anterior (capítulo I).

virtud de tal objetivo, la tutela que dispensa únicamente ampara a la maternidad natural, haciendo abstracción de la adoptiva, en la que la ausencia de un proceso de gestación hace innecesaria la adopción de medidas dirigidas a su protección en el ámbito de la salud.

La segunda de las observaciones de obligada referencia es la relacionada con el ámbito de aplicación de la Directiva, que se dedica a la protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia. Esta previsión, aparentemente neutra y coherente con su finalidad, la protección de la salud en tales circunstancias, razón por la cual queda excluido el hombre de la protección por maternidad, tiene mayor alcance que el de una simple omisión, por cuanto ésta es la única norma comunitaria donde se regula el descanso por maternidad, y en ella no se le reconoce derecho alguno al padre a suspender su contrato para hacerse cargo del recién nacido. La incoherencia de esta regulación, que contrasta con las anteriormente citadas Directivas sobre igualdad de los sexos, fue corregida por la posterior Directiva 96/34/CEE, sobre el permiso parental.

El origen de la Directiva protectora de la maternidad ha de situarse en el art. 118 A del Tratado constitutivo de la CEE, fruto del cual es la Resolución de 21 de diciembre de 1987 del Consejo de las Comunidades Europeas, donde queda dibujado el Programa de la Comisión sobre seguridad e higiene y salud en el lugar de trabajo. De éste surge la Directiva-Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, sobre medidas para promover la mejora de la salud de los trabajadores en el trabajo, de la que constituye desarrollo (especialmente su art. 16.1, sobre protección especial de los "grupos especialmente sensibles") la 92/85. El contenido de dicha Directiva se había plasmado, asimismo, por lo que a la protección de la maternidad se refiere, ya con anterioridad: así, en los arts. 45.1 d) y 48.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) -sobre suspensión del contrato de trabajo por maternidad y excedencia por cuidado de hijos-, y en los arts. 133 bis a quinquies de la LGSS -en materia de prestaciones de la Seguridad Social-.

En ella, se regulan diversas cuestiones de interés:

1. En el ámbito de la *protección de la salud* de la trabajadora grávida o lactante, se contemplan medidas específicas de protección contra los riesgos del trabajo, entre las que se encuentran las prohibiciones de exposición a ciertos riesgos (art. 6), la obligación de los Estados miembros de arbitrar medidas para autorizar a la trabajadora a abstenerse de realizar trabajo nocturno (art. 7), o la necesidad de realizar evaluaciones específicas de riesgos y efectuar las adaptaciones pertinentes de las condiciones de trabajo (art. 5). Por último, se insta a los Estados miembros al reconocimiento de un permiso remunerado para realizar exámenes prenatales durante el horario de trabajo (art. 9).
2. En cuanto al *permiso de maternidad*, el legislador europeo prefiere optar por el término "permiso", de mayor contenido jurídico, sustituyendo al de "descanso", más descriptivo, empleado por el Convenio número 103 de la OIT. Sin perjuicio de realizar su exégesis en el lugar correspondiente (véase infra, Título II, capítulo III),

ha de decirse que este precepto resulta, quizás en mayor grado que el resto, altamente impreciso en la regulación del descanso maternal. La presente afirmación se asienta en el hecho de que el art. 8 fija un periodo mínimo de catorce semanas ininterrumpidas y distribuibles antes y/o después del parto, remitiendo posteriormente a "las legislaciones y/o prácticas nacionales", a pesar de lo cual establece que aquél incluirá un "permiso de maternidad obligatorio" de como mínimo dos semanas, también distribuibles según idéntico criterio. La alusión al referido descanso obligatorio de dos semanas plantea algunas dudas al ponerse en relación con la legislación española, a las que tratará de darse solución oportunamente.

3. Los derechos que regulan en los arts. 5, 6 y 7 reciben su debido amparo económico por parte del art. 11, que impone a los Estados miembros el deber de garantizar "los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada". Obsérvese que a través de esta norma: 1º, se está estableciendo la obligación de respetar las condiciones de trabajo anteriores al momento de ejercerse el derecho, y 2º, se está permitiendo optar, en cuanto al régimen económico de las ausencias o interrupciones del trabajo por causa de salud, por el mantenimiento de la obligación salarial o bien por trasladar el coste al sistema público de Seguridad social.
4. En cuanto al *permiso de maternidad*, recibe el mismo tratamiento que el resto de los derechos por parte del art. 11. En consecuencia, también da lugar al "mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada" (entendiendo por tal la que resulte, por lo menos, equivalente a los ingresos percibidos por causa de enfermedad), cuyo régimen jurídico se remite a las legislaciones nacionales. A éstas compete, en consecuencia, optar entre el sistema remuneratorio (por tanto, con cargo al empresario) o el de previsión pública vía prestaciones de la Seguridad Social, con la única condición de que, de someterse el nacimiento del derecho a periodos de trabajo previos, éstos no sean superiores a doce meses. Lo cual significa que el Derecho comunitario da cobijo a ambos sistemas de protección económica de la maternidad, sin plantearse si la opción "privada" (la de mantener el derecho al salario durante la interrupción de la prestación de trabajo) y los consiguientes costes empresariales que ello acarrea pueda significar un grave obstáculo de acceso al empleo para la trabajadora embarazada (o, en general, para la mujer). El legislador comunitario, apartándose de la normativa proveniente de la OIT (Convenio núm. 103 y Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, art. 8.3), en la que se efectúa una opción clara por un sistema determinado (el público), más garantista del derecho de la mujer a la igualdad de oportunidades y acorde con la función social de la maternidad, ha evitado así mayor debate en torno a la cuestión suscitada. Posiblemente ello esté motivado por las serias dificultades que comportaría la unificación de los sistemas de Seguridad social de los Derechos nacionales, dejando libertad a los Estados miembros para establecer el sistema que

consideren más conveniente. Ésta es, por otra parte, la conocida solución común en todas las cuestiones relativas a la Seguridad social, relegadas a las cuestiones puramente administrativas, de coordinación de legislaciones y sistemas internos.

En segundo lugar, el art. 10, al establecer que habrán de garantizarse "los derechos inherentes al contrato de trabajo", además del que se especifica como derecho a conservación de las rentas salariales o a disfrutar de una prestación equivalente, está reconociendo el conocido catálogo de derechos inherentes a la suspensión del contrato de trabajo: la conservación de todas aquellas condiciones de trabajo adquiridas con anterioridad a la fecha de la suspensión, tales como la antigüedad o la categoría profesional. Sin embargo, la generalidad del precepto no permite llegar a ulteriores conclusiones, en torno a si tal derecho se configura como una "cláusula de inmovilidad" del contrato o, si, por el contrario, se limita a abstraer un principio general de la figura jurídica de la suspensión del contrato, interpretación ésta que resulta difícil de admitir, habida cuenta de que en este punto *no remite a las legislaciones internas*.

5. La Directiva 92/85/CEE, como el Convenio de la OIT número 103, contiene una *prohibición expresa de despido*, como garantía del ejercicio de los anteriores derechos. Tal cláusula funciona, en realidad, como se desprende del texto del art. 10, como garantía frente a la pérdida del empleo en caso de embarazo, ya que se insta a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para "prohibir el despido de las trabajadoras... durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad". No obstante, se admite el despido "en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales", aunque, a continuación, introduce una regla distorsionante, ya que añade que "y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo". Sin duda, la referencia se realiza a aquellos Estados que, como más adelante se verá, condicionan la validez del despido a la previa autorización administrativa. En cualquier caso, dicho precepto no encuentra en el Derecho español, al menos por el momento, mayor recepción que la interpretación constitucional, al amparo del principio de igualdad y no discriminación que consagra el art. 14 de la Constitución de 1978 y que, trasladado al art. 17.1 ET, determina, en el art. 55.5 de dicha norma, la nulidad del despido. Como el Convenio 103 OIT, las normas sobre protección contra el despido encuentran difícil encaje en el vigente Estatuto de los Trabajadores, tras la derogación de la vieja prohibición de extinción del contrato durante la suspensión de éste, arbitrada por la Ley de Contrato de Trabajo y vigente hasta su derogación por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, de reforma del ET.
6. Finalmente, el art. 12 insta a la creación de aquellos instrumentos jurídicos que puedan ponerse al alcance de las agraviadas por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la citada Directiva para hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional, conforme a las legislaciones internas. Hay que entender que la referencia se hace al incumplimiento por parte del empresario, al que obliguen las

normas internas en desarrollo de la Directiva, a pesar de que la redacción del precepto permita interpretar que, si las obligaciones que se derivan de la Directiva son exigibles a los Estados miembros (recuérdese la repetida fórmula "los Estados miembros *adoptarán las medidas...*"), frente a éstos habría de accionar la trabajadora.

En cuanto a la Directiva 96/34/CEE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, *sobre el permiso parental*, tiene como figura central la institución jurídica que en el Derecho español conocemos como "excedencia por cuidado de hijos". Tratándose de una Directiva y no de un Reglamento, habrá de esperarse a su transposición a la legislación de cada uno de ellos para su plena exigibilidad. En España¹⁰, no obstante, ello no resulta necesario, porque ese compromiso ya se había asumido y ejecutado mediante la Ley 4/1995, *reguladora del permiso parental* (siendo su denominación curiosamente idéntica a la de la Directiva, cuyo proyecto parece haberse tomado como referencia por nuestro legislador, si partimos de la base de que en nuestro Derecho la expresión utilizada -permiso- no encaja en el concepto de la figura que en ella se regula). Las disposiciones de aquélla fueron incorporadas al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril).

La adopción de la Directiva en el seno de la Unión Europea, en cualquier caso, no fue sido pacífica. En efecto, la propuesta de la Comisión Europea (Sobre la base del Acuerdo marco entre UNICE, CEEP y CES) de una directiva sobre la licencia parental ya había sido lanzada en el año 1983, siendo rechazada su aprobación por falta de unanimidad en el Consejo, circunstancia que volvió a repetirse en variadas ocasiones hasta 1993, en que sufrió el veto británico (basado en la idea de que la introducción de tal medida supondría un coste adicional para el empresario). Su aprobación fue finalmente unánime el 3 de junio de 1996¹¹, tras ser recuperado el proyecto gracias a la firma del Acuerdo de Política Social de Maastricht y al esfuerzo de la presidencia belga en 1993¹². Es, de cualquier modo, la primera de las normas comunitarias dirigida

¹⁰ Lo mismo sucede en Francia, donde incluso la situación encuentra cobertura proteccional en el sistema de la Seguridad Social, a través del subsidio parental de educación.

¹¹ Sobre los orígenes y proceso de aprobación de esta Directiva, vid. SCHMIDT, M.: "Parental Leave: contested procedure, creditable results". *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 13, nº 2, 1997, ps. 113 y ss. Asimismo, TORRENTE GARÍ, S.: "La normativa comunitaria y la igualdad de sexos: Las responsabilidades familiares". *Tribuna Social*, núm. 80/81, 1997, ps. 47 y ss.

¹² El nuevo proyecto presentado por la presidencia belga fue de nuevo vetado por el Reino Unido. Pero, tras ello, se volvió a abrir otro periodo de consultas, sobre la base del art. 3.2 del Acuerdo de Maastricht, el 22 de febrero de 1995, reorientando el proyecto hacia una nueva dimensión, teniendo en cuenta no sólo la compatibilización de las responsabilidades familiares con el trabajo, sino también el mejor reparto del trabajo, y la mejora de la formación; en definitiva se trataba de instrumentos beneficiosos para el mercado de trabajo. El proyecto fue objeto de consulta pública por parte de las organizaciones profesionales, con el resultado de una absoluta unanimidad en torno a la necesidad de impulsar una iniciativa que permitiera favorecer la igualdad laboral de los sexos. En una segunda fase de consultas, iniciada el 21 de junio de 1995,

a conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares, facilitando la igualdad de oportunidades entre los sexos.

En ella se regula la figura del “permiso parental”, creada con la finalidad de tutelar el derecho de toda persona y, en concreto, del trabajador, de atender directa y personalmente al cuidado de sus hijos, sin que ello le suponga la pérdida de su puesto de trabajo. Por tanto, la pretensión del legislador europeo es garantizar dos derechos: el de la estabilidad en el empleo y el de la atención a la familia. A esta norma debe reconocerse la virtud adicional de consagrar el reparto de las cargas familiares entre ambos progenitores, al extender la titularidad del derecho a los dos sexos.

II. ESTUDIO COMPARADO DE LAS LEGISLACIONES EUROPEAS EN RELACIÓN A LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD DESDE EL ÁMBITO LABORAL.

1. Las figuras jurídicas utilizadas para la tutela de la familia y de la maternidad.

La protección de la maternidad pasa por la tutela de dos bienes jurídicos: la mujer y el niño o, dicho de otro modo, la maternidad y su incidencia sobre la relación laboral, por un lado, y por el otro, el cuidado de los hijos. En ambos se inscribe la mujer trabajadora y sólo en uno el trabajador masculino en cuanto progenitor o sujeto de responsabilidades familiares.

Las medidas tuitivas hacia la familia y la armonización de la vida familiar y profesional están impregnadas por el deseo de favorecer la igualdad de la mujer en el mercado de trabajo.

Un ejemplo de ello nos lo proporciona la legislación sueca, cuya intención es lograr la plena igualdad entre los sexos a través de un apropiado reparto de las tareas domésticas y de las responsabilidades familiares. Para ello, se creó en 1974 un *seguro parental*, por el cual se garantiza el derecho a ausencia parental con ocasión del nacimiento o la adopción de un hijo, divisible en dos periodos de idéntica duración (225 días cada progenitor). A pesar de ello, veinte años después se sigue detectando una notable distancia entre los periodos de descanso disfrutados por cada sexo: en 1.995 sólo el 28,5% de los beneficiarios fueron hombres, con de una media de 39 días

fueron consultadas las organizaciones que finalmente firmaron el Acuerdo marco sobre el Permiso Parental el 14 de diciembre de 1995. Este acuerdo marco fue implementado, por decisión de los firmantes, por una Decisión del Consejo, a propuesta de la Comisión, según la cual el Consejo no era competente para modificar el acuerdo. En consecuencia, la Directiva se limita a aplicar las previsiones contenidas en el Acuerdo. Tal origen de la Directiva es el que ha provocado una serie de discusiones sobre la obligatoriedad del acuerdo, su ejecución por los Estados miembros e incluso sobre su validez y eficacia normativa, hasta el punto de impugnar -en virtud del art. 173.4 del Tratado de la Unión- la Union européenne de l'Artisanat et des Petites et Moyennes Entreprises (UEAPME) la validez de la Directiva, cuya nulidad está pendiente de resolverse por el Tribunal Europeo de primera instancia. .

de descanso subsidiado, frente a 144 días en los que se situaba la mujer, una cifra 4 puntos más baja que en el año anterior. Es más, en los últimos diez años la variación conseguida a través de tal medida ha sido de aproximadamente un 5%: es decir, de un 23% en 1986 se ha pasado al referido 28,5% en 1995¹³.

Otro tanto sucede en Alemania, donde el *permiso por maternidad*, introducido en 1979, fue sustituido en 1985, en la misma línea de los Derechos danés o sueco, por el más amplio *permiso parental*, susceptible de disfrute tanto por el padre como por la madre. Sin embargo, sólo el 3% de los beneficiarios de este derecho son hombres¹⁴.

En las próximas líneas se abordará el análisis de los instrumentos que la ley arbitra para la perfecta armonización entre la relación entre el trabajo y las responsabilidades familiares o, al menos, para que la asunción de éstas no produzca excesivos trastornos en la relación laboral, que servirá como síntesis de la exposición que se efectuará en los Títulos siguientes. Por ello se ha optado por examinar dos ejemplos paradigmáticos en el Derecho europeo, de los que se da cumplida referencia más adelante: Francia y Portugal, y que pueden servir como modelo de las líneas seguidas por todos los países europeos en cuanto constituyen lugar común a la mayor parte de ellos (ya que las mayores distancias se aprecian en el terreno de las prestaciones económicas con las que se cubren los gastos que genera el mantenimiento y crianza de hijos¹⁵)¹⁶.

- **Francia:**

En el Derecho francés, los derechos específicos por los que se tutela desde el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social la maternidad son básicamente los siguientes:

- *Permiso por maternidad*, regulado en los arts. L.122-26 a 122-26-3 del Code du travail.
- *Derecho preferente de reingreso* tras la extinción del contrato, instada libremente por la trabajadora por razón de la crianza de un hijo. Se configura como un derecho al libre desistimiento sin preaviso con motivo de la suspensión del contrato por nacimiento o adopción de un hijo o durante el periodo subsiguiente (los dos meses

¹³ Fuente: Social Insurance Guide 1.997, Försäkringskassförbundet (The Federation of Social Insurance Offices), Stockholm 1.996.

¹⁴ Fuente: WEISS, M.: *Labour Law and Industrial Relations in Germany*. Kluwer. Boston, 1995, p. 76.

¹⁵ En este sentido, es decir, desde el ámbito de la Seguridad social, los países más dedicados a la atención de la familia son Gran Bretaña, con un régimen heredero del Plan Beveridge, y por ello especialmente centrado en el concepto de necesidad, es decir, en el ámbito asistencial (v.g., ayuda para la lactancia del bebé, o prestaciones en favor de las familias monoparentales) y Bélgica, donde se prevé una compleja estructura de prestaciones (*allocations*) familiares.

¹⁶ A las medidas que a continuación se exponen deben sumarse aquellas con las que se garantiza la atención de los hijos durante la jornada de trabajo: v.g., guarderías, locales de juventud... instrumentos de política social especialmente difundidos en ciertos países, como Dinamarca.

posteriores) y a la posterior re-contratación (“réembauchage”), durante el año siguiente a la extinción del contrato. En verdad, la figura que se regula es una extinción contractual, con reconocimiento del beneficio especial a un derecho preferente de reingreso (art. L. 122-28)¹⁷, que habrá de ejercerse dentro del estricto periodo que marca el precepto: todo el año siguiente a la extinción del contrato.

- *Congé parental d’éducation*, regulado en los arts. L. 122-28 a 122-28-7 y Sección 4 (“Règles particulières à la protection de la maternité et à l’éducation des enfants”): L. 122-11 y 122-11-1. Se trata de una figura semejante a la que regula la Directiva 96/34/CEE, o a la que en el Derecho español se conoce como “excedencia por cuidado de hijos”, y que se reconoce a ambos progenitores, sin distinción de sexo. La suspensión del contrato por tal causa puede prolongarse hasta .
- Trabajo a tiempo parcial, regulado en el art. L. 122-28-1, y configurado como una de los posibles instrumentos para armonizar el trabajo con las responsabilidades familiares, semejante a lo que el Estatuto de los Trabajadores regula como “reducción de la jornada por guarda de menores”.
- Asimismo, se regulan dos permisos con fines “familiares”:
 1. El permiso por enfermedad o accidente de hijo (congé en cas de maladie ou accident), en el art. L. 122-28-8.
 2. El permiso para realizar una adopción en el extranjero (congé pour se rendre dans les DOM, TOM ou à l’étranger en vue de l’adoption d’un ou plusieurs enfants), en el art. L. 122-28-10.

- **Portugal:**

La *Ley nº 4/1984, de 5 de abril, de protección de la maternidad y de la paternidad* (modificada por la *Ley nº 17/1995, de 9 de junio*), contempla los siguientes mecanismos para compatibilizar el trabajo con el cuidado de los hijos:

1. *Licencias:*

- Se prevén dos tipos de *licencias por maternidad*: el derecho a dispensa del trabajo con motivo de parto o de adopción (licencia por maternidad en favor de la madre, dispensa del trabajo para cuidar al hijo en favor del padre y dispensa por adopción en favor de ambos, arts. 9, 10 y 11) y una segunda “licencia especial” para el cuidado de hijos menores de tres años (“licença especial para assistência a filhos”, art. 14), que comenzará a disfrutarse una vez finalice la licencia previa y que resulta equiparable, examinado su régimen jurídico, a la figura española de la

¹⁷ Dicho precepto prevé la posibilidad de que las partes acuerden, con ocasión de dicha nueva contratación, la recuperación de los derechos adquiridos durante la vigencia del contrato previo.

excedencia, siendo el reingreso automático (art. 15 del Decreto-ley nº 136/85, de 3 de mayo, por la que se desarrolla la Ley nº 4/84).

- Dispensas para consultas pre-natales y para amamantar al hijo (art. 12).
- Licencia por enfermedad u hospitalización de menores -de diez años- enfermos (art. 13).

2. *Trabajo a tiempo parcial y horario flexible*, reconocido a trabajadores con hijos menores de 12 años o deficientes (art. 15). Se deja, sin embargo, a regulación reglamentaria, las condiciones de dicha reducción o flexibilidad.

2. Los mecanismos de protección contra la discriminación por razones de maternidad.

2.1. Introducción

Las arbitrariedades empresariales fundadas en la maternidad de la trabajadora (concretamente, en su embarazo) pueden localizarse en dos órdenes de actuaciones discriminatorias: 1ª en el rechazo de la admisión al empleo y 2ª en la expulsión del mismo, ya sea por utilizando el mecanismo del despido, o bien por la simple no renovación o prórroga de un contrato de duración determinada. A garantizar el acceso o, en su caso, el mantenimiento del empleo, se orientan, por tanto, la mayor parte de las medidas antidiscriminatorias en protección de la maternidad.

Siendo la más típica o frecuente de ellas la garantía de conservación del puesto de trabajo o prohibición del despido, a ella se dedicará especial atención en un apartado independiente. En cuanto al acceso al empleo, a continuación se hace lo que se impone, por razones de espacio y de coherencia con el objeto de este trabajo, como breve referencia o simple aproximación al tema.

2.2. La maternidad como causa impeditiva del acceso al empleo.

La existencia de responsabilidades familiares dificulta de por sí el acceso o mantenimiento del empleo, como ha sido señalado por el Tribunal Constitucional, que en la STC 109/1993, de 25 de marzo (F.J. 6º)¹⁸, alude a "las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba con datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esa circunstancia a diferencia de los varones)", y en la STC 128/1987 (F.J. 10º) afirma que "existe una innegable y mayor dificultad

¹⁸ BOE de 27 de abril de 1993.

para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él".

De igual modo, la maternidad como estado biológico (el embarazo) puede dificultar el acceso al mercado de trabajo. Es decir, el estado de gravidez de la trabajadora puede tomarse en consideración por el empresario para rechazar su contratación.

En ambos casos la conducta descrita es reprobable por discriminatoria, pues significa contravenir aquellas normas que impiden el despido de la trabajadora durante el periodo de embarazo y/o puerperio.

El empresario que se apoye en una condición como el embarazo para vetar el acceso de la trabajadora a su empresa, además de actuar en contra del valor social de la maternidad, y de llevar a cabo prácticas discriminatorias por razón de embarazo, estará incurriendo en una discriminación directa por razón de sexo en el acceso al empleo, contra la cual actúa el principio de igualdad de sexos. Ello no significa que no sean frecuentes en la práctica empresarial, pese al rechazo social que merezca esta actuación, decisiones contrarias a la contratación de trabajadoras embarazadas, en virtud de consideraciones pura y simplemente de coste económico, con mayor o menor base jurídica (sean o no admisibles los argumentos esgrimidos). Tal es el caso de que se alegue como causa de nulidad del contrato el estado de embarazo de la trabajadora, cuyo desconocimiento motivó su admisión en la empresa, considerándose la gravidez como cualidad personal-profesional valorable en el proceso de selección de personal. Es decir, sobre la base de la existencia de *error* esencial sobre la persona del otro contratante en la celebración del contrato, *o incluso el dolo de la trabajadora*, por haber ocultado "maliciosamente" su gravidez al empresario. Sin perjuicio de que el trabajo contratado sea de los prohibidos¹⁹ o considerados peligrosos para la salud²⁰ de la trabajadora o simplemente incompatibles con su estado²¹, que, pese a conocer tal dato, ha ocultado dolosamente su estado para obtener su contratación.

¹⁹ Véase la legislación proveniente de la OIT relativa a la prohibición de ciertos trabajos, por su peligrosidad, durante el periodo de embarazo y parto: trabajos en contacto con cinc y plomo (Recomendación n° 4, de 1919), trabajo nocturno y horas extraordinarias, trabajos de carga que exijan esfuerzo físico excesivo o utilización de ciertas máquinas (Recomendación n° 95, de 1952), transporte manual de carga (Convenio n° 127, de 1967), transporte manual de carga (Recomendación n° 128, de 1967) y trabajos en contacto con benceno (Convenio n° 136, de 1971), citadas anteriormente.

²⁰ No deben incluirse en esta categoría trabajos aparentemente realizables por la trabajadora encinta que, llegado el momento, resultan de imposible ejecución por la misma, por existir una eventual e imprevista disminución de capacidad, posiblemente reducible a una incapacidad temporal para el trabajo habitual. No existe en este caso conducta censurable alguna, pues la incapacidad temporal siempre es imprevisible e inculpable.

²¹ En opinión de YAMAGUCHI (*La théorie de la suspension du contrat du travail: ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la Communauté Européenne*. París, 1963, p. 220) constituiría dolo en la celebración del contrato la ocultación del embarazo por parte de una actriz que ha de representar el papel de un personaje femenino que no está embarazado. Al efecto, el

Para evitar tales prácticas empresariales, además de establecerse su interdicción directa, se arbitran mecanismos que eviten que tengan lugar de modo indirecto o solapado y que se cree una tendencia social generalizada a perpetuar tales prácticas. El eje central de esta política legislativa, dentro y fuera de nuestras fronteras, es la neutralización de tales tendencias por medio de acciones positivas.

La postura del TJCE ante la discriminación en el acceso al empleo puede hallarse en la sentencia de 8 de noviembre de 1990, asunto *Dekker* (C-177/88), en la que el Tribunal Europeo juzgaba un supuesto de discriminación en el acceso al empleo. En ella se considera que, puesto que la gravidez es una condición que únicamente puede predicarse de la mujer, la discriminación basada en la misma constituye una discriminación directa por razón de sexo.

En el asunto *Hertz* el TJCE mantiene el mismo criterio, respecto del despido de trabajadora embarazada. Sin embargo, la decisión no consideraba digno de protección cualificada el caso del despido por ausencias reiteradas debidas a enfermedad durante el año siguiente al parto, aunque ésta estuviera relacionada con el embarazo, puesto que también el trabajador masculino puede hallarse en tal situación de incapacidad temporal.

En igual sentido, la Sentencia de 25 de octubre de 1988, asunto 312/86, *Commision v. France*, en la que se considera injustificada la diferencia de trato basada en una condición que es compartida también por el hombre: la de progenitor²². De ello se deduce que el TJCE se alinea contra la discriminación basada en cualidades inherentes a la mujer, pero no entiende que lo sean condiciones que pueden ser compartidas por el hombre, aunque en la práctica ello no sea así en la mayoría de las ocasiones. Por ello sólo admite las discriminaciones positivas o, mejor dicho, sólo considera como tales a las que se basan en cualidades que nunca podrían predicarse del otro sexo: en caso contrario, se trataría de una discriminación peyorativa. La postura del Tribunal es excesivamente legalista y, por ello merece una valoración

autor cita el ejemplo de la contratación como maniquí de moda femenina, o deportista profesional, por ser incompatibles con su estado fisiológico, o la prestación de servicios en un trabajo de temporada, casos todos en los que la gravidez forma parte de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, debe ser declarada en el momento de la contratación. Por otro lado, señala que resulta rechazable que el empresario interroge a la trabajadora sobre tal aspecto de su vida privada para un trabajo ordinario, siendo admisible sólo en el supuesto de que resulte necesario conocer tal dato para evitar su exposición a ciertos riesgos o porque el trabajo a realizar resulte incompatible con su estado fisiológico.

²² Sin embargo, en dos decisiones anteriores, la sentencia de 26 de octubre de 1983, asunto *Commision v. Italia*, 163/82, y la de 12 de julio de 1984, asunto *Hoffman v. Barmer*, 184/83, había declarado lícita la concesión en régimen de exclusividad a la mujer de una licencia para el cuidado del hijo hasta la edad de seis meses de éste, cuando dicha situación, según el criterio mantenido en la posterior sentencia de 1988, era susceptible de comprender a ambos progenitores, máxime cuando en la primera de las sentencias -la de 1983- admitía la procedencia del reconocimiento del derecho al descanso por maternidad en caso de adopción sólo a la mujer.

negativa, por cuanto se limita a perpetuar un sistema que se queda en la igualdad formal y no atiende a la igualdad material.

En todo caso, el Tribunal Europeo parece aceptar las medidas positivas de signo antidiscriminatorio fundadas en la maternidad biológica de la mujer trabajadora, en tanto ésta sólo es predicable del sexo femenino, previstas por las propias Directivas comunitarias, entendiendo restrictivamente el sentido del art. 2.3 de la Directiva 76/207, en la que únicamente se contemplan como circunstancias que permiten introducir excepciones a la estricta igualdad de los sexos el embarazo y la maternidad de la mujer (así lo interpreta la sentencia *Johnson*²³). Es más, de su doctrina se desprende que ningún otro supuesto, de carácter no biológico, puede fundar acciones legislativas positivas²⁴. El reverso de dicha tendencia es la interpretación extensiva del concepto de maternidad (en tal sentido, asuntos 163/82 y 184/83)²⁵.

2.3. El despido discriminatorio por razón de maternidad.

Introducción

Siendo el embarazo y todas las circunstancias que lo rodean (parto, puerperio...) situaciones que en unos casos únicamente pueden predicarse de la mujer, por razones biológicas, y en otros por ser ella la que tradicionalmente asume la carga material de las responsabilidades familiares, el despido que por causa motivadora dicho “factor diferencial” estaría incurriendo en una discriminación directa por razón de sexo, teniendo en cuenta que la conducta discriminatoria se califica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre²⁶.

Aquí es donde entran en juego ciertos mecanismos dirigidos a evitar los despidos fundados en tales causas, previstos por determinadas legislaciones, inspirados no sólo por la especial tutela de la que es acreedora la mujer trabajadora, sino también, en el marco de las recientes tendencias legislativas marcadas por la preocupación, común a

²³ Sentencia de 15 de mayo de 1986.

²⁴ En tal sentido, asunto *Stoeckel*, sentencia de 25 de julio de 1991. En ella se rechaza por discriminatoria la prohibición del trabajo nocturno femenino que establecía el Derecho francés, entendiendo que las mismas razones que justificaban su no realización por la mujer son perfectamente aplicables al trabajador masculino. En ocasiones, se ha pronunciado en contra de tales medidas, entendiéndola como discriminación hacia el varón. Es el caso de la Sentencia de 19 de octubre de 1995 (asunto *Richardson*), en la que se reconoce el derecho al varón a gozar de la gratuidad de los gastos médicos en condiciones semejantes a las de la mujer (ya que la legislación británica obliga al varón a esperar cinco años más -65 en lugar de 60- que a la mujer para acceder a dicho derecho).

²⁵ En el mismo sentido, BALLESTER PASTOR, M^a A.: *Diferencia y discriminación normativa...*, op.cit., p. 164.

²⁶ “Que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la CE, por su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE)”. STC 173/1994, de 7 de junio.

todas las sociedades occidentales, por el fomento de la natalidad, por la necesidad de arbitrar mecanismos jurídicos que permitan compatibilizar las responsabilidades familiares con el trabajo.

Tales instrumentos, raramente previstos para otras circunstancias suspensivas, pueden actuar durante todo el periodo de embarazo e incluso durante un periodo posterior al puerperio, pero la observación del Derecho comparado permite concluir que los mayores esfuerzos se concentran preferentemente en el periodo correspondiente al descanso pre o postnatal, es decir, el que se corresponde con el periodo de suspensión del contrato por maternidad, paternidad o adopción.

La concesión de un periodo de suspensión o descanso puerperal a los padres biológicos o adoptivos en igualdad de condiciones podría hacer innecesario reforzar la protección contra el despido durante tal periodo si lo que se persigue es garantizar la igualdad de los sexos o evitar la discriminación por razón de sexo.

Ahora bien, la discriminación puede trasladarse, como apunta ALONSO OLEA²⁷, desde la perspectiva del sexo a la de las razones familiares, en cuyo caso la garantía debe mantenerse, porque la discriminación es susceptible de producirse.

En todo caso, sin abandonar el terreno de la discriminación por razón de sexo, es evidente que la concesión en pie de igualdad de un mismo derecho a ambos progenitores no enerva la necesidad de arbitrar mecanismos adicionales de tutela, ya que, si bien existe un estricto respeto del principio de no discriminación directa, puede estar incurriéndose en una discriminación indirecta²⁸, por cuanto es la mujer la que preferentemente hace uso de dicho derecho en la práctica, a pesar de que la finalidad perseguida por la norma sea que dichas responsabilidades sean compartidas al cincuenta por ciento y con independencia de que la tendencia social sea a la igualación.

Sin embargo, y de manera transitoria, la medida debe mantenerse, como sostiene la sentencia del TJCE de 6 de octubre de 1983, Caso 163/1982, *Ulrich Hoffman c. Barmer Ersatzkasse Wuppertal*²⁹.

En tal sentido se expresan la ley y la jurisprudencia españolas. En cuanto a la ley, la Exposición de Motivos de la Ley 4/1995, *sobre el permiso parental*, alude a la

²⁷ Sostiene ALONSO OLEA (“Resolución de contrato de trabajo en periodo de prueba y discriminación por razón de embarazo, REDT, 1988, núm. 36) que no se trata de una discriminación por razón de sexo, sino por razón de embarazo. De ahí que el Estatuto de los Trabajadores, “tan enérgico contra las discriminaciones favorables o adversas... por circunstancias de sexo, contiene no obstante normas de protección de la maternidad...”

²⁸ Sentencias del TJCE de 8 de noviembre de 1990, asuntos *Hertz y Dekker*, respectivamente, y de 5 de mayo de 1994, asunto *Habermann-Beltermann* (Nº C-421/92).

²⁹ En el mismo sentido, BALLESTER PASTOR: “La Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 17 de octubre de 1995: entre la acción afirmativa y el varón discriminado.” *Tribuna Social*, núm. 59, 1995, p. 20.

“discriminación por razón de género” que se sigue produciendo, aunque de forma indirecta, en el ámbito del acceso al mercado laboral “en la selección de personal”, llamando la atención sobre el hecho de que, a pesar de la adaptación de los “códigos legales” al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, la realidad continúa siendo desfavorable al acceso y permanencia de la mujer en el mercado de trabajo, motivado por la división del trabajo entre sexos existente en nuestra sociedad. Por ello, la jurisprudencia constitucional justifica, en atención a la tutela que merece la maternidad, “así constitucionalmente medidas en favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan a la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer” (STC 229/1992, de 14 de diciembre, F.J. 2^o³⁰).

Es en esa línea en la que se inscriben la mayor parte de los Derechos internos: en efecto, la tendencia generalizada es la de proteger no de forma indirecta a la mujer, reforzando los mecanismos de tutela sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, sino de forma directa, de modo que las medidas protectoras nacen, en la mayor parte de los Derechos internos, en un solo titular: la mujer.

La prohibición del *despido* por causa de la maternidad, gira en torno a una presunción: que, salvo que se demuestre lo contrario, todo despido realizado durante el periodo “de maternidad” próxima o reciente tiene carácter discriminatorio. De ahí que se prohíba el despido tanto si fue directamente motivado por la maternidad de la trabajadora como si, sencillamente, tuvo lugar durante el periodo de embarazo y suspensión por maternidad.

Asimismo, debe puntualizarse que las garantías consisten en todos los supuestos, salvo las variaciones que se observarán a continuación, en la prohibición del despido fundado en el embarazo de la mujer o en el disfrute del descanso por maternidad, durante un periodo más o menos largo de tiempo, pero no de la *terminación* del contrato. Por tanto, en ningún caso -y con independencia de que en ciertos supuestos, muy excepcionales (v.g., Suiza), la tutela sólo esté prevista para los trabajadores contratados por tiempo indefinido- tienen virtualidad para prolongar la duración de los contratos de duración determinada, ni para perpetuar un contrato a prueba.

2.3.1. El contexto internacional

Dispone el art. 5 d) del Convenio núm. 158 de la OIT que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación laboral, del mismo modo que el art. 6 del Convenio núm. 103, adoptado en la Conferencia de Ginebra de

³⁰ BOE de 19 de diciembre de 1993.

28 de junio de 1952, *relativo a la protección de la maternidad*³¹, lo establecía respecto del periodo de suspensión del contrato³². Por su parte, el art. 4.1 de la Recomendación núm. 95 OIT delimita el periodo temporal al que se entiende referida dicha prohibición, señalando como momento inicial el de la comunicación del embarazo al empresario (realizado a través de certificado médico). En el mismo sentido se pronuncia el art. 8.1 de la *Declaración sobre igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras* de 1975.

La normativa comunitaria, nacida del art. 119 del Tratado Constitutivo de la CEE (sobre igualdad de remuneración) establece previsiones similares. La Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo*³³, califica, en sus arts. 1.1, 2.1 y 2.3 y 5.1, al despido basado en embarazo de la trabajadora de *discriminación por razón de sexo*, equiparándosele la negativa a contratar o a renovar el contrato temporal de una trabajadora embarazada³⁴.

El art. 10.1 de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, *sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia*³⁵, establece (del mismo modo que el art. 5.1 de la precedente 76/207)³⁶, la prohibición de despido por causa de maternidad, entendiéndose ésta referida a todo el periodo comprendido entre la

³¹ Ratificado por España el 20 de agosto de 1966 (BOE de 31 de agosto).

³² “Cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia”.

³³ DOCE núm. L 39/40, de 14 de febrero de 1976. Constituye aplicación de la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, relativa a un Programa de Acción Social.

³⁴ En tal sentido, Sentencias del TJCE de 8 de noviembre de 1990, asuntos *Hertz y Dekker*, respectivamente, y de 5 de mayo de 1994, asunto *Habermann-Beltermann*. De discriminación en el acceso al empleo califica la negativa a la contratación de trabajadora embarazada el TJCE en su sentencia de 14 de julio de 1994, caso *Webb*, C-32/93 (DOCCEE nº C233/10, de 20 de agosto de 1994), en la que se juzga el despido de una trabajadora embarazada basado en dicha situación y en la que el empresario alegaba que no habría celebrado el contrato de haber conocido la existencia del embarazo. Tanto en la sentencia de mayo como en la de julio de 1994 parece distinguirse, como apunta JACQMAIN (JACQMAIN, J.: “¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad?” *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1997., ps. 96-97), entre la contratación indefinida y la realizada por tiempo determinado, pareciendo concluirse que la discriminación esté “menos justificada” en la contratación indefinida.

³⁵ DOCE L 248, de 28 de noviembre de 1992.

³⁶ En el mismo sentido, Directiva 96/341/CEE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, *sobre el permiso parental*, fruto de la propuesta del art. 6 del Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 7 de febrero de 1992), en el que se insta a la adopción de *acciones afirmativas a favor de la mujer* en el ámbito laboral. En dicha Directiva, por la que se exhorta a los Estados miembros a la regulación de un permiso que permita al trabajador -sin distinción de sexo- suspender su actividad laboral durante un tiempo determinado para dedicarse al cuidado de sus hijos, se arbitran garantías especiales contra el despido del trabajador excedente o ausente.

comunicación del estado de gravidez al empresario hasta el final del permiso de maternidad³⁷. La razón de base es el rechazo a que la gravidez constituya incapacidad para el trabajo que pueda fundar la decisión empresarial. Ahora bien, lo que no prohíbe el art. 10.1, para lo cual remite a las legislaciones internas, es que el despido se produzca por circunstancias ajenas al embarazo de la trabajadora.

2.3.2. La protección contra el despido en el Derecho comparado

El examen de los sistemas legales de tutela por razón de maternidad que se describen a continuación -algunos de los cuales de gran tradición³⁸- permite constatar la existencia de unas constantes en la protección legal contra el despido por razón de maternidad, especialmente con ocasión del embarazo y el parto de la mujer trabajadora. En ciertos supuestos la protección tiene un mayor alcance, proyectándose también sobre periodos adicionales de interrupción de la prestación laboral, semejantes al permiso parental que regula la Directiva 96/34/CEE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, o a nuestra excedencia por cuidado de hijos y, en consecuencia, también sobre el contrato de trabajo del padre:

- El periodo protegido suele ser coincidente con el del embarazo y el puerperio. En ciertos casos, se restringe al periodo correspondiente al permiso por maternidad, paternidad o adopción (v.g., Francia). Debe añadirse que en no pocos casos el derecho no está previsto para el supuesto de la adopción (es decir, la paternidad adoptiva no queda equiparada a la maternidad biológica en cuanto a la cualificación necesaria para obtener el beneficio de la protección contra el despido). Ello no sucede en aquellos sistemas en los que la tutela también alcanza a los periodos dedicados al cuidado del hijo, pre-educacionales (v.g., Alemania, Italia).
- Constituye condición o requisito del nacimiento del derecho la previa comunicación al empresario del estado de gravidez por parte de la trabajadora (v.g., Francia y

³⁷ Aunque concorra con enfermedad derivada de embarazo: Sentencia *Hertz*, C-179/88, de 8 de noviembre de 1990. El texto del artículo dice: “1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el art. 2, durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. 2. Cuando se despidiera a una trabajadora a que se refiere el art. 2, durante el periodo contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito.”

³⁸ V.g. el alemán, en el que se instauró en el año 1952, si bien ya estaba previsto en la vieja ley de protección de la maternidad, de 16 de julio de 1927, en el que se disponía la ineficacia (*unwirksam*) del despido instado durante el periodo de suspensión por maternidad (el que transcurría entre las seis semanas previas al parto y las seis semanas posteriores a éste). También en el Derecho argentino la figura se regulaba ya en la Ley 11.317, de 30 de septiembre de 1.924, modificada por la 11.932, de 15 de octubre de 1.934.

Reino Unido). No lo exige el Derecho italiano, en el que tal “exención” se establece expresamente.

- Presunción *iuris tantum* de despido injusto o sin justa causa (v.g., Portugal y Reino Unido). Será el empresario quien asuma la carga de la prueba.
- Admisión del despido en supuestos excepcionales (salvo en países como Luxemburgo y Suiza, en los que la prohibición es absoluta³⁹): expiración del término o finalización de la obra o servicio contratados en los contratos de duración determinada, incumplimiento grave de la trabajadora o cesación de la actividad de la empresa (despidos colectivos). Ciertos sistemas someten la validez del despido a autorización, administrativa (Alemania o Portugal), o judicial (Chile). En algún supuesto, la constatación judicial tiene lugar *ex post* (Luxemburgo).

Europa

• Alemania:

La sección 9 de la Ley de protección de la maternidad (*Mutterschutzgesetz*), de 1952⁴⁰, art. 1, prohíbe el despido de la mujer (por tanto, el despido es inadmisibles, *unzulässig*) durante el periodo comprendido entre el inicio del embarazo y el cuarto

³⁹ En igual sentido, art. 3 de la Ley 11.932, de protección a la maternidad, en el Derecho argentino: “durante los periodos determinados por la presente ley en que la mujer no trabaje, deberá conservársele el puesto o empleo”. O el art. 193 de la vigente Ley de Contrato de Trabajo, en la redacción dada por la Ley 21.297, en el que se dice que se garantizará a toda mujer durante la gestación el *derecho a la estabilidad en el empleo*.

⁴⁰ La primera ley alemana en la que se prohíbe el despido de la trabajadora embarazada, la Ley de 16 de julio de 1927 (por la que se aplica el Convenio de Washington de 1.919), establece un periodo de protección contra el mismo de doce semanas: las seis que preceden y las seis que siguen al parto, declarando que “toda notificación de despido es nula y sin efecto si el empleador conocía el embarazo o el parto en el momento del despido”, o si la trabajadora se lo comunica inmediatamente después de haber recibido la notificación del despido. Tales periodos pueden ampliarse hasta seis semanas más como consecuencia de una enfermedad que la incapacite para reanudar su trabajo. La anterior Ley sobre maternidad, de 17 de mayo de 1943, prohibía el despido de la operaria embarazada, fuera por causa de su gravidez o por cualquier otra causa, durante un periodo que comprendía hasta los cuatro meses siguientes al parto, permitiéndose sólo en casos graves y con autorización del comisario de trabajo. La Ordenanza de 7 de junio de 1951, sobre despido, disponía en su art. 15.1º que el despido de una trabajadora embarazada, salvo lo dispuesto en el art. 4, sólo podía tener lugar, durante cierto periodo de tiempo (a partir del tercer mes de embarazo y hasta el final de la sexta semana de puerperio) si existía consentimiento de la interesada. El número 2º establece que “el despido pronunciado en contravención de las disposiciones del párrafo 1º será válido en caso de que la trabajadora no presente, dentro de la semana siguiente a la pronunciación del despido, un certificado médico u obstétrico de comprobación del embarazo; o, en el caso de parto, certificado médico o de nacimiento que lo justifique”. Quizás es éste el único caso en el que un texto legal extienda tales beneficios al supuesto de aborto, previsto en el número 3º. En el número 4º se levanta la prohibición en el caso de que “la trabajadora haya incurrido en alguno de los motivos de exoneración inmediata previstos en el artículo 9º de esta Ordenanza”.

mes de vida del hijo⁴¹. La prohibición queda salvada en casos muy excepcionales, en los que se entiende que la continuidad de la relación laboral es imposible, quedando, en todo caso, sometido el despido a una condición: que la *Oficina Estatal para la Inspección en el Trabajo* lo autorice previamente (la autorización posterior no convalida el despido ya realizado, que deberá volver a instarse). Se trata, por tanto, de un sistema idéntico al portugués (y sólo similar al chileno, ya que el órgano en el que reside la facultad para otorgar dicha autorización es administrativo en un caso y judicial en el otro).

Se prevé además un mecanismo equiparable al previsto en el Derecho británico, consistente en la invalidación del despido ya realizado por un empresario que desconoce el estado de gravidez por omisión del deber de comunicación de la trabajadora. Esta peculiar paralización del despido se realiza a través precisamente de la comunicación que había sido previamente omitida, para lo cual la trabajadora despedida dispone de un plazo de una semana, transcurrido el cual (así como en el caso de que el estado comunicado sea falso) el despido quedará convalidado (sin perjuicio de que sea inválido por otras razones). Será ella la que deba probar que el empresario conocía el embarazo.

La tutela se extiende a un segundo periodo (de hasta 36 meses a contar desde el nacimiento del hijo), concebido como *permiso para el cuidado de hijos*, reconocido en la *Ley sobre el permiso y el subsidio para el cuidado de hijos*, de 1985 (*Bundeserziehungsgeldgesetz*), si bien en este caso, puesto que el derecho puede ser disfrutado desde su inicio por cualquiera de los progenitores, se opera una ampliación del campo de aplicación del beneficio.

- **Bélgica**

El art. 36 de la Ley de 3 de julio de 1978, *sur le contrat de travail*, prohíbe, de igual modo que en Italia y el Reino Unido, el establecimiento de cláusulas contractuales resolutorias basadas en el matrimonio y la maternidad⁴². Se entiende que tal norma es de Derecho imperativo⁴³. No existen ulteriores prohibiciones, de modo que es perfectamente válido el despido efectuado durante el periodo de suspensión.

⁴¹ Teniendo en cuenta que tales previsiones ya se contenían en la vieja ley de maternidad de 1943 (que extendía el periodo de protección de los tres meses siguientes al alumbramiento hasta los cuatro meses, es decir un mes más), puede decirse que la evolución del Derecho alemán en esta materia es escasa.

⁴² “Sont nulles les clauses prévoyant que le mariage, la maternité ou le fait d’avoir atteint l’âge de la pension légale ou conventionnelle mettent fin au contrat”.

⁴³ El art. 5 de la Ley de 28 de febrero de 1919, modificada por la Ley de 17 de marzo de 1948, *sur le travail des femmes et des enfants*, establecía la prohibición de resolución del contrato a instancia del empresario. El beneficio resultaba aplicable durante el periodo de incapacidad temporal debido al embarazo, si bien ambos supuestos recibían tratamiento autónomo, quedando limitada la tutela a un periodo máximo de seis meses tras la expiración del descanso puerperal (ya que éste es el periodo de protección del que se beneficia todo trabajador que sufre incapacidad

Lo que no se admite, ni en éste ni en ningún otro sistema legal (especialmente desde la sentencia *Dekker*), es el despido basado en el embarazo. Especial interés tiene en este terreno, dentro del Derecho belga, el despido basado en el embarazo cuando la causa directa de aquél no es el propio embarazo sino la ausencia de su comunicación al empresario en el momento de celebrar el contrato.

No se trata, ni mucho menos, de una cuestión pacífica, habida cuenta de que tanto la doctrina como la jurisprudencia se hallaba ante dos argumentos contrarios. Por un lado, la posible mala fe en la que pudiera haber incurrido la trabajadora, al no comunicar su estado al empresario. Por el otro, el hecho de que el embarazo, no siendo causa incapacitante para el desarrollo de las funciones inherentes al puesto de trabajo para el que es contratada la trabajadora, no debe ser comunicado al empresario en el momento de celebrar el contrato (y, por tanto, rescindir el contrato por tal causa resulta ilegal). La cuestión quedó parcialmente resuelta por la celebrada sentencia de 1981, del Tribunal de Trabajo de Gante, acudiendo al criterio de la discriminación por razón de sexo, según el cual el empresario carece de legitimación para interrogar a la trabajadora sobre su estado de gravidez.

- **Francia:**

El Derecho francés hace estricta aplicación del art. 6 del Convenio OIT nº 103, cuyo contenido recoge en el art. L 122-27 del Code du travail, en el que se dispone que “la résiliation du contrat de travail par l’employeur pour l’un des motifs prévus à l’article L. 122-25-2 (“congé de maternité ou d’adoption”) en peut prendre effet ou être signifiée pendant la période de suspension prévue à l’article L. 122-26”⁴⁴. La novedad, frente al texto originario del Convenio, es que la protección especial alcanza a cualquiera de los progenitores que disfrute del periodo de suspensión por tal motivo, tanto a la madre como al padre, y así se dispone expresamente en el art. L. 122-26-1⁴⁵.

El beneficio se somete, en virtud del art. R. 122-0 del Code de travail, a la previa comunicación del estado de gravidez por parte de la trabajadora⁴⁶.

temporal). Significa, por otra parte, que el cómputo de tal lapso temporal quedará en suspenso hasta el agotamiento del descanso maternal.

⁴⁴El Derecho francés distingue entre dos tipos de despidos: el fundado en motivos personales (relativos a la persona del trabajador), que debe responder a una causa justificada “real y seria”, y el basado en razones técnicas o económicas (de naturaleza individual o colectiva). El primero de ellos se regula en la ley de 13 de julio de 1973, y el segundo por la ley de 3 de enero de 1975. El despido discriminatorio se sanciona con la nulidad en el art. L 123.5 del Code du travail, introducido por la Ley 83/635, sobre acciones positivas contra la discriminación por razón de sexo.

⁴⁵ Sin embargo, debe decirse que la igualdad no se predica respecto del beneficio que reconoce el art. L. 122-28. En él se concede a la trabajadora el derecho al libre desistimiento sin preaviso con motivo de la suspensión del contrato por nacimiento o adopción de un hijo o durante el periodo subsiguiente (los dos meses posteriores) y a la posterior re-contratación (“réembauchage”), durante el año siguiente a la extinción del contrato.

⁴⁶ “Pour bénéficiaire de la protection prévue par les articles L. 122-25 et suivants, la femme doit soit remettre à son employeur, qui est tenu d’en délivrer un récépissé, soit lui envoyer par lettre

Por el contrario, el trabajador queda dispensado del deber de preaviso (y de indemnización al empresario) en caso de resolver el contrato tanto durante el embarazo como durante el periodo de suspensión por parto o, en su caso, por maternidad (en tal caso, sí debe informar al empresario con una antelación de quince días) o en el periodo de los dos meses siguientes al parto o a la adopción (arts. L. 122-32 y 122-28).

Las normas referidas son de Derecho necesario absoluto, ex art. L. 122-29.

- **Italia:**

El art. 2 de la Ley 1204/1971, de 30 de diciembre, sobre maternidad, establece la prohibición de despido de la trabajadora durante todo el periodo comprendido entre el inicio de la gestación o la constitución de la adopción (o el acogimiento) hasta la llegada del primer año de edad del hijo⁴⁷. Debe observarse que la garantía no alcanza, ni siquiera en el supuesto de adopción, más que a la mujer: en ningún caso queda protegido el padre. En cuanto al contenido del derecho, la prohibición es relativamente absoluta, ya que admite algunas excepciones: la basada en culpa grave, constitutiva de justa causa la cesación de la actividad de la empresa y la finalización de la obra contratada o del término final⁴⁹. A diferencia de la anterior ley sobre maternidad⁵⁰, el derecho no está condicionado a la presentación de certificado médico justificante del estado de gravidez: por el contrario, la nueva ley reconduce la prohibición de despido a la simple existencia del estado objetivo de la gravidez y el puerperio, *exista o no comunicación* del mismo.

recommandée avec demande d'avis de réception, un certificat médical attestant, suivant le cas, son état de grossesse et la date présumée de son accouchement ou la date effective de celui-ci, ainsi que, s'il y a lieu, l'existence et la durée prévisible de son état pathologique rendant nécessaire une augmentation de la période de suspension de son contrat de travail.”

⁴⁷ Periodo durante el cual también queda prohibida la suspensión de su contrato (por razones organizativas o económicas), salvo que sean suspendidos todos los trabajadores de la empresa.. Tales periodos daban derecho, bajo la Ley de 23 de mayo de 1951 n. 394, en caso de dimisión a beneficiarse del mismo tratamiento previsto para el despido.

⁴⁸ Idéntica previsión se contenía en la Ley de 26 de agosto de 1950 n. 860 (modificada por la Ley de 23 de mayo de 1951 n. 394), art. 3, que no la extendía a los contratos de duración determinada. Se desprende en todo caso del art. 2118 del Codice civile.

⁴⁹ La Ley de 29 de mayo de 1982, núm. 297, reconoce al trabajador temporal los mismos derechos en materia de extinción del contrato que al trabajador fijo en lo que a derecho a indemnización concierne.

⁵⁰ Tal normativa estaba compuesta por las leyes de 26 de agosto de 1950 n. 860, de 15 de noviembre de 1952 n. 1904 y de 9 de enero de 1963 n. 7, en materia de tutela física y económica de la madre trabajadora. El Reglamento aprobado por D.P. de 21 de mayo de 1953 n. 568 (por el que se integra la ley de 1950, modificada por la Ley de 23 de mayo de 1951 n. 394) establecía en su art. 4 la obligatoriedad de presentar certificado médico de embarazo, que debía ajustarse a rigurosos requisitos formales. El mencionado Reglamento flexibilizó dicho requisito, permitiendo en su art. 13 que la presentación posterior del preceptivo certificado pudiera paralizar el despido, siempre que ello tuviera lugar dentro de los noventa días siguientes a la notificación de éste y en dicho certificado quedara constancia de que el estado de gravidez existía con anterioridad al despido (sin derecho a la remuneración correspondiente a tal periodo intermedio).

Los cauces de impugnación del despido de signo discriminatorio se regulan en la Ley 125/1991, de 9 de diciembre, sobre igualdad por razón de sexo.

- **Luxemburgo:**

La Ley de 3 de julio de 1975, sobre protección de la maternidad de la mujer trabajadora⁵¹, incluye un capítulo (el quinto), dedicado a la prohibición del despido (“interdiction de licenciement”), en el que establece dos tipos de limitaciones a la facultad de rescisión del empresario, en favor de la mujer:

1. La prohibición de notificar el despido *durante el periodo de embarazo* - médicamente constatado- alcanza a todo el periodo de descanso puerperal (las doce semanas siguientes al parto), con independencia de que el preaviso comience a computarse tras dicho periodo (*Cour* 10 julio de 1979, p. 24, 328), y sin que quepa excepción alguna (C.S.J. de 29 de junio de 1989, N° 10649, *Andre c/ Sternberg*)⁵². La Ley de 24 de mayo de 1989 introdujo un segundo párrafo en el art. 10, en el que se prevé la eventualidad de que la ruptura del contrato se produzca con anterioridad al momento a partir del cual comienza a regir la prohibición: es decir, antes de que la gravidez haya sido médicamente constatada. En tal caso se reconoce a la trabajadora el derecho a invalidar el despido (éste será “nul et sans effet”) a través de la presentación de la oportuna certificación médica, para lo cual dispone de un plazo de ocho días desde el comienzo del plazo de preaviso⁵³. La nulidad del despido deberá ser constatada, a petición de la interesada, instada en el plazo de los quince días siguientes al despido, a través de un procedimiento de urgencia, por el presidente de la jurisdicción de trabajo (*jurisdiction du travail*). Dicha resolución es ejecutoria y susceptible de apelación en los cuarenta días siguientes a su notificación.

Ello se entiende sin perjuicio de la resolución del contrato de duración indeterminada por motivos graves reconducibles a incumplimiento de la trabajadora (art. 10.2).

2. La prohibición de resolver el contrato de la mujer en razón de su matrimonio, declarando nula de pleno derecho toda cláusula que prevea tal causa de extinción

⁵¹ Con anterioridad, el art. 18 del decreto de 1932 prohibía directamente el despido.

⁵² Ni siquiera durante el periodo de prueba, que, en virtud del art. 34, II de la Ley sobre el contrato de trabajo, de 24 de mayo de 1989, debe agotarse en su totalidad, sin que pueda notificarse el despido con anterioridad a su vencimiento: sentencia *Baungart-Ebeling c/ Dresdner Bank* (1147.DOC).

⁵³ La C.S.J. de 31 de octubre de 1991, *Quartier Kirchberg-Luxembourg s.à r.l. c/ Constant* (352. DOC), declara que la interpretación conjunta de los párrafos 1 y 2 de la Ley conduce a concluir que no basta con que la trabajadora estuviera efectivamente encinta en el momento del despido, pero que sí es suficiente la aportación de la certificación médica del estado de gravidez con anterioridad al despido para que éste sea automáticamente ilegítimo y abusivo.

del contrato⁵⁴. De producirse tal despido, la trabajadora goza de derecho a solicitar la declaración de nulidad e instar al empresario a la continuación de la relación laboral en el plazo de los dos meses siguientes al despido, con derecho a la percepción de los salarios correspondientes al tiempo intermedio. En caso contrario, la Ley de 15 de mayo de 1995 (por la que se reforma la de 3 de julio de 1975) establece que nacerá el derecho a una indemnización, además de la acción judicial en demanda de reparación del perjuicio causado por la resolución abusiva del contrato de trabajo, en virtud de la Ley de 24 de mayo de 1989, *del contrato de trabajo*.

- **Portugal:**

El art. 18º A de la Ley nº 4/84, de 5 de abril, *de protección de la maternidad y de la paternidad*, en la redacción dada por la Ley 17/95, bajo el título “proibição de despedimento” presume realizado sin justa causa (por discriminatorio) el despido de la trabajadora grávida, puérpera o lactante, quedando sometida su validez, en todo caso, a un procedimiento especial previo, en el que resulta preceptivo el informe de los servicios del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social con competencia en el área de igualdad⁵⁵.

- **Reino Unido:**

La base legal del despido en tales circunstancias está constituido por la *Equal Pay Act 1970* y la *Sex Discrimination Act 1975*. Deben tenerse en cuenta, además, las disposiciones de orden general sobre despidos: *Employment Protection Act de 1975* (Parte VI) y *Employment Protection (Consolidation) Act de 1978* (Parte VI), en el caso de los despidos económicos; y Parte V de la *E.P.C.A. de 1978* para el despido injusto.

El Derecho británico prohíbe el despido (*dismissal*) o la inclusión en un despido colectivo (*redundancy*⁵⁶) de la trabajadora encinta cuando éste se funde en su derecho a disfrutar del periodo de descanso prenatal (*right to time off for antenatal care*) o de los descansos por maternidad (*maternity leave* en cualquier caso y, además un periodo adicional o *maternity absence*⁵⁷ en favor de trabajadoras con una cierta antigüedad en la empresa⁵⁸). De igual manera, en los supuestos de suspensión (con derecho a

⁵⁴ Cláusula similar a la del Derecho británico.

⁵⁵ Debe citarse como antecedente legal la Ley nº 1952, de 10 de marzo de 1937, cuyo art. 17 establecía un periodo de dispensa del trabajo de 30 días, prohibiendo al empresario la denuncia del contrato.

⁵⁶ Despido económico o por cambios técnicos o de la empresa, con indemnización, regulado por las *Redundancy Payments Acts de 1965 y 1969*.

⁵⁷ El primero de los periodos es de catorce semanas y el segundo, de carácter extraordinario, puede prolongarse hasta la semana número 28 después del parto. Viene a equipararse, pues, a una excedencia por cuidado de hijos.

⁵⁸ El derecho se concede a quienes acrediten un periodo de “empleo continuo” de al menos dos años, que ha de haberse completado con una antelación de de once semanas a la fecha (la semana)

remuneración) en la que debe situar a la trabajadora por razones de salud y seguridad laboral, si no existe puesto de trabajo adecuado a su estado⁵⁹. La protección especial -independiente de la duración de los servicios en la empresa- puede extenderse hasta un periodo de cuatro semanas tras el periodo de descanso por maternidad si existe una enfermedad incapacitante para el trabajo. Tales precauciones no impiden que se incurra en discriminación por razón de sexo o matrimonio, de la que nace para la perjudicada una acción independiente.

El despido instado durante el periodo de embarazo o el descanso ordinario por maternidad está sometido siempre a un requisito formal: la comunicación por escrito, con justificación de los motivos del despido⁶⁰ (además de la comunicación ordinaria: “normal notice”).

Dentro del estatuto especial otorgado a la trabajadora grávida, queda autorizado y, por tanto, no será considerada discriminación ilícita la discriminación positiva contra

prevista para el parto. La noción de “empleo continuo” se instaura en la Ley de Protección del Empleo, *Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (EPCA)*, definiéndose en la Parte 13 sobre la base de dos elementos: la continuidad -equivalente a la vinculación contractual con una empresa- y el periodo de empleo -medido en semanas de trabajo debidamente acreditadas, que diferirán según la situación a la que se refieran-. Por tanto, no se trata de un concepto equivalente a la antigüedad en la empresa.

Debe destacarse la proximidad del sistema australiano con el británico, cuya principal manifestación es el concepto de continuidad en el servicio o empleo continuo, utilizado como criterio determinante del acceso a ciertos mecanismos de protección y, por tanto, como instrumento discriminador entre dos categorías de trabajadores: aquellos que acreditan dicho requisito y, por tanto, están en condiciones de beneficiarse de los beneficios a él unidos, y aquellos que, no alcanzando el periodo mínimo de continuidad requerido, son excluidos de dichos sistemas de tutela. Ahora bien, se detecta una notable diferencia con el Derecho de las islas británicas en lo que al tratamiento de la igualdad por razón de sexo se refiere, ya que mientras en el Reino Unido se reconoce el derecho al descanso por maternidad, en Australia el derecho regulado es el descanso parental (*parental leave*) sin derecho a remuneración (sólo prevista para los empleados del sector público), en favor de ambos cónyuges, siendo el ejercicio del mismo susceptible de reparto entre los dos progenitores, salvando un periodo mínimo de descanso puerperal obligatorio para la madre (de una semana), fruto de la nueva regulación, la *Workplace Relations Act 1996*, en vigor desde este mismo año 1997, en la que se refleja el creciente interés (característico de los años noventa) de la sociedad australiana por el fomento de la compatibilidad entre trabajo y familia, especialmente en el fomento de la asunción de responsabilidades familiares por el hombre y, en consecuencia, del descanso parental como alternativa al maternal. La ley de referencia introduce la prohibición de discriminación en el empleo por razón de responsabilidades familiares.

⁵⁹ El derecho, recogido por la Directiva 92/85/CEE, estaba previsto con anterioridad en otros varios sistemas legales. Por ejemplo, en Suecia, donde el salario queda sustituido por un subsidio público: subsidio de embarazo, cuya duración máxima es de 50 días. Ello tiene lugar con una antelación máxima de 60 días, es decir, a partir del séptimo mes de embarazo. Está prevista, asimismo, como medida sustitutiva del traslado a puesto en el que el esfuerzo exigido sea menor (trabajo más ligero), cuando el trabajo desempeñado sea excesivamente pesado para la trabajadora embarazada, y, en todo caso, podrá combinarse con una jornada reducida (que reducirá asimismo la cuantía del subsidio).

⁶⁰ En el mismo sentido, art. 10 de la Ley luxemburguesa de protección de la madre trabajadora, de 3 de julio de 1975, interpretada por la sentencia T.T. de 4 de junio de 1991, Schanen c/ Boutique Come Inn (483. DOC).

el hombre, la concesión, por parte del empresario, de trato especial a la mujer embarazada o puérpera por dicha razón (conducta prohibida en otros sistemas, como el norteamericano, pero ajustada a lo dispuesto en el art. 5 del Convenio OIT número 158).

Dentro de este marco legal, se concede un beneficio especial -concebido como derecho preferente de permanencia- a la trabajadora despedida durante el periodo de descanso por maternidad, sea por despido ordinario o por regulación de empleo o despido económico (*redundancy*): el derecho al reingreso⁶¹ tras el agotamiento del periodo de suspensión adicional o *maternity absence*⁶², pudiendo impugnarse la negativa empresarial como despido injusto (*unfair dismissal*). Rige, por tanto, una presunción de ilegalidad en todo despido efectuado en tales circunstancias, que queda enervada en tres supuestos, en los que recae sobre el empresario la carga de la prueba: 1º el puesto de trabajo originario ha quedado extinguido por *redundancy* y no existe otro similar disponible que pueda ofrecerse a la trabajadora despedida; 2º no era razonablemente posible la reincorporación al puesto de trabajo originario y por ello se le ha ofrecido otro alternativo, adecuado a su capacidad profesional; 3º no era posible la reincorporación ni al puesto orginario ni a otro similar y el empresario -u otros con él asociados- emplean a un máximo de cinco personas en el momento de finalizar el periodo de descanso ordinario (*maternity leave period*).

En cuanto al descanso ordinario (*maternity leave*), el empresario está obligado, en caso de producirse una situación de “redundancy” o regulación de empleo, a ofrecerle un puesto de trabajo adecuado si existe alguno disponible⁶³. El derecho al reingreso bajo un nuevo contrato -que deberá ser comunicado con una antelación de 21 días por la trabajadora- se proyecta incluso sobre el nuevo empresario en caso de sucesión de empresa y sobre el empresario asociado al empleador originario. El nuevo empleo deberá acomodarse a la capacidad profesional y circunstancias de la trabajadora y las condiciones de trabajo no podrán ser “sustancialmente menos favorables” que las que hubiera disfrutado de continuar prestando servicios bajo el mismo contrato.

Tales beneficios se condicionan a la previa comunicación por la trabajadora de su estado, con una antelación mínima de 21 días. En dicha notificación deberá hacer

⁶¹ Un derecho similar prevé el Derecho italiano -Ley 1204/1971-, al establecer que la trabajadora temporera que hubiese sido despedida por cesación de la actividad de la empresa, tiene derecho, en el momento de reemprender ésta la actividad, a la preferencia en el orden de readmisión, siempre que no se halle en el periodo de descanso obligatorio ni el niño haya cumplido un año de vida.

⁶² En tal caso, deberá devolver la indemnización que hubiera percibido como consecuencia del despido anticipado.

⁶³ Si existe alguna razón que haga impracticable la readmisión, el empresario debería encontrarle un puesto de trabajo adecuado, que puede ser con otro empresario asociado con su sucesor (en caso de sucesión de empresa).

constar la fecha prevista para el parto y la fecha en la que piensa ejercer su derecho al descanso, así como su intención de ejercer el derecho a retornar al trabajo tras el periodo adicional de ausencia por maternidad.

El despido que no se ajuste al procedimiento legal será declarado ilícito o injusto (*unfair dismissal*)⁶⁴. La acción de despido, cuya competencia se atribuye a los Tribunales Industriales, está sometida a un plazo de caducidad de tres meses desde la fecha en la que tuvo lugar la acción presuntamente discriminatoria. Ahora bien, en todos los casos en los que el objeto de la demanda sea una discriminación por razón de sexo, puede ampliarse el plazo de caducidad. Asimismo, con carácter previo a la reclamación judicial, el empleado debe intentar una conciliación previa⁶⁵ (ante el órgano público de conciliación o medios alternativos de solución de conflictos⁶⁶) con el empresario, so pena de ver reducida la eventual indemnización que la resolución judicial pudiera reconocerle. La interposición de la misma no interrumpe el plazo de caducidad de la acción judicial. La sentencia por la que se declare la discriminación valorará el perjuicio moral, que será objeto de indemnización adicional causado (“amount for injury to feelings”), sin que exista límite máximo en el montante total de la misma.

- **Suiza:**

La norma de referencia es el art. 336 c) Code des obligations (Título Décimo, introducido por Ley de 30 de marzo de 1911), en la redacción dada por la Ley federal de 18 de marzo de 1988, por la que se modifica el régimen del despido⁶⁷ (con anterioridad a dicha ley, en vigor desde el 1 de enero de 1989, no existía tal límite). En virtud de la misma, queda prohibida la extinción del contrato a instancia empresarial (“el empresario no podrá dar por extinguido el contrato...”) durante todo el periodo de embarazo y el puerperio (incluso en caso de existir justa causa, excepción que rige para el resto de las causas de suspensión del contrato pero que no es aplicable al caso de maternidad). Se declara nulo el despido realizado en tales circunstancias (art. 336 e, 1º Code des Obligations).

⁶⁴ En caso de impugnación del despido, si se reconociese en la sentencia que el despido o la selección para un despido colectivo fueron injustos, el empresario está obligado a la readmisión de la trabajadora en su antiguo puesto de trabajo o, si ella lo prefiere, en otro similar, manteniéndose su antigüedad (el cómputo de la continuidad en el empleo). En el supuesto de que la readmisión no sea posible o no sea conforme a la voluntad de la empleada, el Tribunal acordará una indemnización sustitutiva. En caso de que la no readmisión se deba a incumplimiento del empresario, nacerá el derecho a una indemnización adicional.

⁶⁵ En todo caso, la presentación de la demanda judicial implica la solicitud de conciliación, ya que a partir de la recepción de aquélla, la oficina del Tribunal Industrial envía una copia al Servicio de Conciliación.

⁶⁶ The Advisory, Conciliation and Arbitration Service (ACAS) o los “business’s own grievance or appeals procedure”.

⁶⁷ RO 1988 1472 1479.

Por tanto, no cabe el despido bajo ninguna circunstancia en el periodo de maternidad, de tal modo que no podrá tener lugar ni el despido inmediato basado en justa causa (v.g., incumplimiento del deber de buena fe) ex art. 337. Incluso en tales circunstancias queda protegida la trabajadora (sólo ella, no se prevé beneficio alguno en favor del padre)⁶⁸. El proyecto de ley por el que se prevé la introducción de un subsidio por maternidad (independiente del de enfermedad, en línea similar a la Ley 42/1994 en España), *Loi fédérale sur l'assurance-maternité*, sometido a procedimiento de consultas, puede afectar a la redacción del precepto comentado. Dicho proyecto entiende necesaria la prolongación de la protección especial contra el despido durante cuatro semanas más después de haber sufrido la trabajadora una imposibilidad para el trabajo, a semejanza de lo previsto para la prestación del servicio militar (la propuesta procede del cantón de Berna y de la Federación Suiza de Mujeres Protestantes, FSFP).

Por otra parte, la Unión central de Asociaciones patronales suizas (UAPS), opuesta a la constitución de un seguro de maternidad por razones económico-financieras (motivo por el que el proyecto lleva dos años, desde 1995, tramitándose),

⁶⁸ El art. 336 c) impone la prohibición de resolución del contrato durante los periodos de suspensión (debidos a cumplimiento de servicio obligatorio, la incapacidad para el trabajo, el embarazo y el puerperio y la participación en un servicio de ayuda al en el extranjero ordenado por la autoridad federal), estableciendo el apartado d) que tampoco el trabajador podrá resolver el contrato cuando el empleador se vea inmerso en una de las circunstancias que a él mismo le impiden rescindir el contrato con el trabajador, siendo de aplicación idénticas reglas. Sin embargo, no se considera inoportuna la resolución a instancia de la trabajadora (sometida a la observación del preceptivo preaviso (*délais et congé*) más que en supuestos excepcionales. Debe señalarse que, mientras lo dispuesto en el art. 336 c) respecto de la facultad rescisoria del empresario constituye norma de derecho relativamente imperativo (“dispositions relativement impératives”), la norma que regula la libertad del trabajador para rescindir el contrato es de derecho absolutamente imperativo (“dispositions absolument impératives”). Debe objetarse, sin embargo, que dicha “debilidad” del tratamiento jurídico del despido efectuado durante un periodo suspensivo queda reforzada por las garantías que establece la primera parte del precepto, de derecho absolutamente imperativo, regulador del despido abusivo, en el que pueden subsumirse algunas de las causas suspensivas previstas en el apartado c). En él se declara que el despido es abusivo cuando se realice por una razón inherente a la personalidad de la otra parte, por el ejercicio por la otra parte de un derecho constitucional -salvo que el mismo suponga una violación de una obligación resultante del contrato de trabajo o comporte un perjuicio grave para el trabajo dentro de la empresa- o por el cumplimiento de un servicio obligatorio o una obligación legal, entre otras. Ha de observarse, sin embargo, que tales reglas afectan a ambas partes del contrato, no están pensadas para favorecer a la parte más débil del mismo, sino para garantizar el respeto del principio de buena fe contractual. Ello se plasma en que, de nuevo en el precepto, tras enunciar este principio general contrario al despido abusivo (norma de derecho imperativo absoluto) y aplicable a ambas partes del contrato, dedica una segunda parte, el número dos, al despido abusivo realizado por el empresario, siendo tal norma de derecho imperativo relativo: en él declara que será legalmente abusivo cuando se funde en la pertenencia o no pertenencia del trabajador a una organización de trabajadores o al ejercicio de actividad sindical, a su participación en un comité de empresa o el despido colectivo realizado sin respetar el procedimiento de consultas que prevé el art. 335 f). Todo ello significa que los convenios colectivos pueden alterar el régimen de resolución contractual instado por el empresario (despido en sentido estricto), en beneficio del trabajador, mientras que la libre resolución del trabajador (también denominada “congé” o despido, en el sentido de dimisión) deberá ajustarse en todo caso a las previsiones legales.

es del parecer contrario a la instauración de dicho beneficio para el supuesto de adopción. Considera que en este caso no es necesario, al no existir el mismo presupuesto de hecho que en la maternidad (la adopción se realiza por ambos cónyuges y cualquiera de ellos puede ejercer el derecho a suspender su contrato y, por tanto, los dos se hallan en igualdad de condiciones).

Ahora bien, dichas prescripciones afectan sólo a los contratos de duración indefinida, de modo que la trabajadora embarazada contratada por tiempo determinado carece de protección “especial”, produciéndose no ya una discriminación positiva, sino negativa entre dos personas en la misma situación, la de gravidez. Ello se traduce, pues, en un desequilibrio entre los contratados a tiempo indeterminado y los contratados temporalmente.

Latinoamérica: dos ejemplos

- **Chile:**

El Código del Trabajo de Chile (D.F.L. n° 1/94, del Ministerio de Trabajo y Previsión Social) crea un fuero especial para determinados trabajadores (“trabajadores sujetos a fuero”), que les otorga un estatus privilegiado sobre el resto del personal laboral de la empresa y que les protege en caso de despido, consistente en el sometimiento de éste a previa *autorización judicial*, que será concedida sólo en caso de concurrir justa causa: expiración del trabajo o del servicio contratados o existencia de uno de los incumplimientos previstos en el art. 160 de dicho texto⁶⁹. El art. 201 reconoce dicho fuero a la trabajadora durante todo el periodo de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad (cuya duración -si es posterior al parto- es de doce semanas, ex art. 195). En virtud del mismo, el despido no tendrá efectividad hasta que así lo decida el juez, quien podrá decretar, excepcionalmente, la separación provisional del trabajador de sus funciones, con o sin derecho a remuneración. En caso de negar la autorización para poner término al contrato, deberá ordenar la inmediata reincorporación y el pago íntegro de la remuneración si hubiera suspensión provisional sin derecho a la misma (art. 174, segundo párrafo).

El art. 201 regula las consecuencias del despido de la trabajadora embarazada realizado sin sometimiento a las previsiones del art.174, cuando ello hubiera tenido

⁶⁹ “1.-Falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave debidamente comprobada. 2.-Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador. 3.-No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos... 4.-Abandono del trabajo por parte del trabajador... 5.-Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos. 6.-El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías. 7.-Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.”

lugar por ignorancia del estado de embarazo, estableciendo que la medida quedará sin efecto, volviendo la trabajadora a su trabajo. Ello sin perjuicio del derecho a percibir la remuneración correspondiente al tiempo en el que hubiera permanecido indebidamente fuera del trabajo (en el caso de que no tuviere derecho a subsidio económico de la Seguridad Social). Para lo cual bastará la mera presentación del certificado médico. Ahora bien, existe un plazo de caducidad de 60 días hábiles contados desde el despido, transcurridos los cuales la afectada no podrá hacer efectivo su derecho; en consecuencia, el despido quedará consolidado por el transcurso de los mismos.

Para paliar los efectos perjudiciales que ello pudiera causar, se establece en el mismo artículo que si el despido se produjera durante el disfrute del descanso maternal, la trabajadora (salvo que preste servicios como “trabajadora de casa particular”: de nuevo la discriminación de las empleadas de hogar) tendrá derecho a mantener el percibo del subsidio hasta la conclusión del periodo de descanso (convirtiéndose el “subsidio de descanso” en “subsidio de cesantía”).

Además, el art. 161 prohíbe el despido por causas organizativas o económicas (“necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores) o por ineptitud sobrevenida del trabajador (“falta de adecuación laboral o técnica del trabajador”) cuando el contrato se halle suspendido por incapacidad temporal (“licencia por enfermedad común, accidente del trabajo enfermedad profesional”). Debe entenderse, por analogía, que tampoco la trabajadora embarazada -objeto de tutela más intensa- podrá ser despedida en tal circunstancia, ya que su fuero especial impone al empresario la obligación de someter a decisión judicial su despido, que habrá de basarse en las causas tasadas en el art. 174 (es decir, en caso de concurrir justa causa, ex art. 160).

- **Uruguay:**

Con independencia de la existencia de cierta doctrina jurisprudencial que considera que las interrupciones del contrato de trabajo, al suspender la obligación de trabajar y, con ello, la puesta a disposición del empresario, constituyen un obstáculo jurídico para la validez de comunicaciones entre el empresario y el trabajador y, en consecuencia, impiden la notificación del despido, el Derecho uruguayo también arbitra mecanismos especiales de protección contra el despido por razón de maternidad.

Dicho mecanismo especial ampara a la trabajadora cuyo periodo de suspensión contractual se alarga excepcionalmente como consecuencia de la concurrencia de una situación de enfermedad incapacitante para el trabajo provocada por el embarazo o el parto. Dicha ampliación se produce de modo indirecto, al quedar asimilado el periodo de suspensión a los descansos por maternidad, en el art. 14 del Decreto Ley 15.084, habida cuenta de que el Decreto 546 de 6 de diciembre de 1984, por el que se

desarrolla la Ley 14.407 -en la que se regula el despido en caso de enfermedad- extiende la protección por enfermedad a todo tipo de trabajadoras. Lo anterior lleva a concluir que el periodo de protección puede alargarse desde los seis meses de duración ordinaria (producto de sumar a las doce semanas de descanso puerperal el descanso prenatal suplementario debido a enfermedad que sea consecuencia del embarazo, ex art. 14 de la Ley 15.084, *sobre prestaciones familiares*) hasta un máximo de dos años⁷⁰.

Una vez terminada la licencia por maternidad, el art. 17 de la Ley 11.577 establece que deberá conservarse el empleo si la trabajadora retornase “en condiciones normales”, lo cual, interpretado *a sensu contrario*, significa que sólo cuando exista un déficit funcional incapacitante podrá darse por extinguido el contrato.

El sistema uruguayo, similar en este tema al argentino, prevé un conjunto de *estatutos* en los que se regulan despidos especiales, arbitrando para ciertos supuestos garantías y reglas particulares. Tal es el caso de la enfermedad, respecto de la que se establece un “plazo mínimo de estabilidad”⁷¹, durante el cual no puede darse por extinguido el contrato. Sin embargo, la maternidad no está incluida en dichos estatutos, dejando dicho vacío lugar a la especulación científica. Alguna doctrina ha entendido que en tal caso debe ser aplicado el art. 16 del Código civil (que reconoce la aplicación de la analogía) y, en consecuencia, sería preceptivo un plazo mínimo de estabilidad similar al previsto por el art. 23 del Decreto Ley 14.407 para la enfermedad. Es decir, treinta días desde la reincorporación al trabajo. Se trata, sin duda, de un régimen exiguo, aun considerando la aplicabilidad a la maternidad de la garantía especial prevista para la incapacidad temporal.

⁷⁰ La doctrina parece entender que en tal caso se producirá una acumulación de regímenes jurídicos: el de la maternidad y el de la enfermedad (ABELLA DE ARTECONA, M.: “Despidos Especiales”, número monográfico (Curso de Derecho Laboral) de la *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*. Tomo XI. Diciembre 1988, p. 36).

⁷¹ De “estabilidad absoluta” se habla también en el Derecho argentino (art. 193 de la Ley de Contrato de Trabajo, según la redacción dada primero por la Ley 20.744 y con posterioridad por la Ley 21.297), estableciéndose un plazo de protección de siete meses y medio anteriores o posteriores a la fecha del parto (que en la ley 20.744 era de noventa días -45 antes y 45 después del parto-), que se conoce como derecho a la estabilidad en el empleo, y que, según establece el párrafo cuarto de dicho precepto, “tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento de la concepción” (o a partir del inicio de la relación laboral si la concepción fuese anterior al mismo). La presunción de que el despido instado durante tal periodo fue debido al embarazo pasó de ser en la Ley 20.744 *iuris et de iure* a ser en la Ley 21.297 (la protección que se establecía para los seis meses anteriores al periodo de protección reforzada y para el de puerperio era más débil, al admitirse prueba en contrario) *iuris tantum*. Sin embargo, dicho despido no está sancionado con la nulidad, sino con la obligación de indemnizar (se califica de “despido injurioso”). La presunción se establece en el art. 194, en el que se establece: “se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio meses (en la ley anterior, la 20.744, el plazo era de seis meses) anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así como, en su caso, el del nacimiento” (la redacción transcrita corresponde a la Ley 21.297).

Por lo demás, debe decirse que el despido acaecido durante el embarazo o el puerperio está protegido con indemnización especial. A dicha indemnización cabe acumular cualquier otra que tenga como origen la vulneración de otro derecho objeto de tutela.

2.3.3. Embarazo y continuidad de la relación laboral en el Derecho español

En nuestro Derecho la norma que funda directamente la prohibición de despido por razón de embarazo o maternidad emana de la Constitución (art. 14), y se recoge en el art. 55.5 ET, según el cual es nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley (art. 17.1 ET). Por tanto, no basta con que el despido *concurra con* la situación de gravidez de la trabajadora, siendo preciso, por el contrario, que *se funde* precisamente *en* dicha circunstancia. Es decir, el Derecho español postconstitucional vulnera el art. 6 del Convenio OIT nº 103, en tanto éste, del mismo modo que el art. 79 de la derogada Ley del Contrato de Trabajo de 1944, prohíbe el cese de la relación laboral instado durante el periodo de descanso por maternidad (provocando que no surta efectos hasta el fin de la suspensión, aunque sea notificado con anterioridad).

En el Derecho histórico español pueden hallarse diversos sistemas de protección contra el despido, algunos indirectos: cfr., art. 84.3 del Reglamento General del régimen obligatorio del seguro de maternidad, aprobado por Real Decreto de 29 de enero de 1930:

"incurrirán en multas los patronos que cometan las omisiones y actos siguientes: "haber coaccionado a la obrera para que trabajase a su servicio durante el periodo de reposo legal. Se entenderá por coacción la amenaza de despido por no reanudar el trabajo, o cualquier otro medio directo o indirecto que produzca en la obrera el temor de perder la colocación", sancionado en el art. 86 con multa "del duplo de la cantidad que por razón del Seguro hubiese percibido la obrera..."

Sin embargo, también se detecta la presencia de algún elemento distorsionador en lo que constituye tendencia uniforme. El supuesto lo proporciona la legislación proveniente de las colonias españolas. Concretamente, de la Ordenanza de 3 de diciembre de 1.947, sobre trabajo en la Guinea española, cuyo art. 59 considera causa de despido de la madre trabajadora la maternidad fuera de legítimo matrimonio. Afortunadamente, este intento fue corregido por la OM de 24 de mayo de 1.962, en el que no se efectúa distinción alguna en torno al origen de la maternidad ("la mujer que trabaje"). Por tanto, desaparece de esta forma tal "causa de despido".

Con posterioridad, y tomando lo que en la Ley de Contrato de Trabajo era una fórmula para aludir a la suspensión del contrato ("no terminará el contrato..."), el Estatuto de los Trabajadores de 1980 establece una prohibición expresa de extinguir el contrato a instancia empresarial durante la suspensión del contrato (art. 55.6 ET). Prohibición que había que entender referida no a que la suspensión determinara por sí sola una suerte de "blindaje" del contrato, de tal modo que las garantías de

conservación del empleo fueran mayores que durante su ejecución, sino a que la propia suspensión no podía servir como "causa" de la extinción. En otras palabras, que la ausencia del trabajador por tal motivo no debía recibir el mismo tratamiento que las ausencias repetidas al trabajo constitutivas de incumplimiento contractual. Pero que ello fuera así respondía a la propia naturaleza de las cosas, a la propia esencia de la figura de la suspensión del contrato, *ergo* su recepción expresa no era necesaria y, por tanto, iguales efectos debe provocar su inexistencia, a raíz de la Ley 11/1994, de reforma del ET. No en vano la propia figura de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad había nacido como "prohibición" de terminación del contrato.

Sin embargo, el modo en el que se planteaba en el art. 55.6 ET la nulidad del despido durante la suspensión del contrato determinaba que efectivamente existiera un régimen especial por el cual se otorgaban garantías adicionales a las que pudieran derivarse de la naturaleza de una figura como la suspensión. En definitiva, puede descubrirse en el precepto aludido una similitud con las "cláusulas de continuidad" anudadas en el Derecho comparado al estado de embarazo. La redacción literal de la norma, "el despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia", sancionaba automáticamente con la nulidad a cualquier despido, a salvo de que fuera apreciada su procedencia, excluyendo, por tanto, la declaración de improcedencia. De esta manera, recibía distinto trato el despido de la trabajadora embarazada que el despido de la trabajadora que ya hubiera hecho uso de su derecho a la suspensión del contrato con ocasión del parto.

En el vigente ET, el despido que se comunica tanto durante el embarazo como durante la suspensión del contrato recibe el mismo tratamiento, pudiendo ser objeto de cualquiera de las calificaciones reconocidas por el art. 55.3, y ser sancionado con la nulidad si el empresario ha incurrido en una discriminación "por razón de embarazo", que la doctrina del Tribunal Constitucional, de igual modo que la comunitaria (cfr., asunto *Hertz*, STJCE de 8 de noviembre de 1990) reconduce a la discriminación por razón de sexo.

Así se deduce del F.J. 2º de la STC 173/1994, de 7 de junio, en el que se mantiene que "la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También comprende estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres" (en el mismo sentido, SSTC 94/1984 y 166/1988). Ello a pesar de que en alguna ocasión haya apuntado la diferencia entre ambos

conceptos (STC 166/1988, de 26 de septiembre⁷², en la que se alude a "condicionamientos diferenciales, como puede ser en ciertos supuestos *el sexo o el embarazo*") y a pesar de que, como se mantiene en la STC 75/1983 (F.J.3º), la referencia constitucional expresa a las prohibiciones de discriminación concretas que contempla el art. 14 CE "no implica la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación", pudiendo acogerse otros supuestos no expresamente enumerados. Con independencia de que el móvil real del empresario no sea el sexo de la trabajadora despedida, sino su embarazo, el hecho de que sólo la mujer esté dotada biológicamente para desarrollar un embarazo desvía inmediatamente el móvil discriminatorio al sexo del trabajador.

El Derecho español, a diferencia de otros europeos y extraeuropeos, no contiene prescripción alguna que confiera a la trabajadora embarazada o puérpera una garantía especial contra el despido. Lo cual no exime de analizar cuál sería, de ser otra la regulación positiva, a la que pareció apuntarse y de la que se hizo eco la prensa diaria durante el año 1997 (en torno a la discusión parlamentaria acerca del posible "blindaje" del contrato de la trabajadora embarazada a la que ha seguido un largo silencio sobre el tema, el mismo que acompañó a la enmienda 25 al proyecto de ley 3/1989, no incorporada al texto final de la misma⁷³), el significado y alcance de una prohibición de estas características, a partir de su admisión constitucional. Pues, como ha afirmado reiteradamente el TC, "no son contrarias a la Constitución aquellas disposiciones que tiendan a la tutela de la mujer trabajadora en relación con el embarazo o la maternidad" (STC 229/1992, de 14 de diciembre, F.J. 3º⁷⁴), ya que "la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre" (STC 109/1993, de 25 de marzo, F.J. 4º⁷⁵).

La cuestión a dilucidar es: la responsabilidad del empresario ¿sería objetiva o subjetiva? Es decir, ¿incurría en despido discriminatorio en cualquier caso *o sólo cuando conociera el estado de gravidez de la trabajadora*? Debe afirmarse rotundamente que la solución en nuestro Derecho debería ser la segunda, habida cuenta de que no basta que exista el embarazo y que el empresario lo conozca, sino que es necesario que el despido se haya basado en la existencia del mismo, luego es preciso que tuviera constancia de su existencia, porque, de lo contrario, no habría fin discriminatorio. Por consiguiente, a la trabajadora le resultaría exigible la comunicación de su estado, máxime cuando las obligaciones que impone al empresario la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) de

⁷² Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas. BOE de 14 de octubre de 1988.

⁷³ BALLESTER PASTOR: *Diferencia y discriminación...*, op.cit., p. 213.

⁷⁴ BOE de 19 de enero de 1993.

⁷⁵ BOE de 27 de abril de 1993.

atención a la salud de la trabajadora gestante han generado para ésta, en aras de la protección de la salud del niño, el deber inexcusable de comunicar su estado a la organización empresarial. Así lo imponen el deber informativo general establecido en el art. 18 LPRL y el principio de buena fe contractual, así como el art. 29.2.4º de la propia LPLR⁷⁶, aunque no se establezca expresamente respecto de la situación de embarazo en el art. 26 de la misma⁷⁷.

Al hilo de estas consideraciones se plantea otra cuestión: si resulta exigible la misma información cuando el embarazo es previo a la contratación. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales avala la respuesta afirmativa. Y siendo preceptiva tal comunicación, sobre la base de motivos diferentes (de salud), poco importa que a otros efectos no lo sea, si en todo caso, por un motivo u otro, la trabajadora va a estar obligada a poner en conocimiento del empresario su gravidez.

La cuestión fue juzgada en una sentencia en la que no hubo oportunidad de aplicar la nueva Ley 31/95, por lo cual su fundamento jurídico queda superada por el nuevo estado creado por la ley de referencia. Se trata de la sentencia del Juzgado de lo Social número 19 de Barcelona, de 9 de noviembre de 1995⁷⁸, en la que se juzga un caso de despido -declarado nulo- por embarazo de la trabajadora. En ella se entiende que no existe para la trabajadora embarazada obligación alguna de comunicar su estado al empresario en el momento de la celebración del contrato de trabajo: F.D. cuarto c): “salvo en supuestos ciertamente especiales (verbigracia, trabajos potencialmente peligrosos que afecten bien al feto bien al desarrollo de las tareas), no hay ninguna obligación legal de comunicar la noticia al empresario cuando es contratada. El embarazo pertenece a la esfera personal e íntima de la mujer trabajadora: es ella quien decide libremente a quien y cuando lo hace público. Nunca puede considerarse el embarazo como una “enfermedad” o “tara” de la mujer que impida el acceso al trabajo y que, por ello mismo, deba advertirse al empresario par que tome las cautelas oportunas.” El inciso relativo a la salud -”salvo en supuestos ciertamente especiales”- confirma la interpretación afirmativa, si bien dichos

⁷⁶ “Los trabajadores, con arreglo a su formación y siguiendo las instrucciones del empresario, deberán en particular informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de *cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud* de los trabajadores.”

⁷⁷ En este sentido, señalan PARDELL, MORENO y ROMERO (loc.cit.) la necesidad de que así se impusiera de modo expreso en la ley. Entienden ALMENDROS GONZÁLEZ (“El cambio de puesto de trabajo como medida de protección de la maternidad”, Comunicación presentada al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pág. 3) y CALVO GALLEGU y DEL JUNCO CACHERO (“El derecho a la salud de la trabajadora: de la protección de la mujer a la tutela de la maternidad”, Comunicación presentada a las XII Jornadas Universitarias Andaluzas del Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, VV.AA.: *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad de Granada, 1996) que con ello no se vulneraría el derecho a la intimidad de la trabajadora ni supondría injerencia empresarial en su vida privada.

⁷⁸ A.L. núm. 16, 1996.

supuestos no pueden considerarse, tras la entrada en vigor de la ley, tan “especiales”, sino ordinarios.

Otro de los interrogantes que plantearía la prohibición de despido por embarazo es la determinación del periodo al que resulta aplicable: a partir de qué momento y hasta qué periodo el despido estaría el empresario sometido a ella, siendo susceptible de incurrir en discriminación. En tal sentido debe afirmarse, en aplicación de los Convenios 103 y 158 de la OIT, que la “presunción” de discriminación se iniciaría desde el momento en el que el empresario conociera el embarazo hasta el momento en el que terminara el periodo de descanso por maternidad y, por tanto, la trabajadora se reincorporara a su puesto de trabajo en condiciones de normalidad. Ahora bien, tal momento iniciaría el ejercicio de otros derechos relacionados con la maternidad - permisos de lactancia- que podrían provocar la decisión extintiva del empresario, sin olvidar que también en este momento cabe el ejercicio de un segundo periodo de suspensión destinado a los mismos fines: el cuidado del hijo (la excedencia por cuidado de hijos), derecho que en la mayor parte de los casos ejercita la madre y en raras ocasiones el padre. Dicha situación abre la posibilidad de que también en estos nuevos periodos bajo el despido efectuado se escondiera un despido discriminatorio.

De lege data, sin embargo, la realidad es otra y se basa en la proscripción de la discriminación, valorada jurisprudencialmente en términos neutros acerca de la conducta empresarial, sobre la base de la existencia efectiva de la discriminación que se alega y la ausencia de prueba por parte del empresario de que el despido estuvo fundado en motivaciones totalmente extrañas al embarazo (o al sexo) de la trabajadora.

El Tribunal Constitucional ha entrado en el enjuiciamiento del tema propuesto en tres ocasiones durante los últimos diez años: la primera en la STC 166/1988, de 26 de septiembre⁷⁹, en la que se entiende que constituye despido discriminatorio la resolución del contrato en periodo de prueba por razón de embarazo; la segunda en la

⁷⁹ Sala Segunda. BOE de 14 de octubre de 1988. Ponente: D. C. De la Vega Benayas. En el mismo sentido, STC 94/1984. La STC 198/1996, de 3 de diciembre (BOE de 3 de enero de 1997), Ponente: Sr. Rodríguez Bereijo, juzga también un supuesto de resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, pero no por razón de maternidad, sino por “la escasa disposición de la recurrente a realizar funciones correspondientes a su puesto de trabajo”, entendiéndose el TC no existe vulneración del principio de igualdad, pues la entidad empleadora fundó la resolución del contrato, demostrándose que el cese no incurrió en discriminación alguna, “al estar justificado... por la necesidad de cumplir debidamente cometidos propios de la prestación laboral concertada” (F.J. 4º). El Voto Particular, formulado por el Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra, opta por entender que existió discriminación, al no informarse en la oferta pública de empleo de que el trabajo ofrecido requería esfuerzo físico, procediendo posteriormente al despido de la trabajadora, tras destinarla a puesto de diferente del ofertado. Vid. un comentario a la misma en: RUANO ALBERTOS, S.: “Existencia o no de discriminación indirecta por razón de sexo (Comentario a la S.T.C. 198/1996, de 3 de diciembre)”. *Tribuna Social*, núm. 1997, ps. 56 y ss. .

STC 173/1994, de 7 de junio⁸⁰, considerando despido discriminatorio la no renovación de un contrato temporal a trabajadora embarazada, así como la negativa a la contratación por la misma circunstancia; y, finalmente, la STC 136/1996, de 23 de julio (F.J. 5 a 8)⁸¹, en la que se juzga un supuesto de despido disciplinario bajo el cual se cobijaba un despido discriminatorio, declarándose la nulidad radical del mismo.

La doctrina constitucional puede resumirse en los siguientes puntos:

1. En sus relaciones jurídico-privadas, "la empresa no está vinculada por un principio absoluto de igualdad de trato" (SSTC 34/1984 y 166/1988), pero es necesario poner en el otro lado de la balanza el hecho de que "ello no excluye la prohibición de distinciones basadas en factores que el ordenamiento catalogue como discriminatorias" (SSTC 127/1987 y 166/1988). De modo que "la conducta empresarial, fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo, no puede ser valorada como un mero acto de libertad indiferente para el Derecho" (STC 173/1994).
2. La prohibición de discriminación adquiere un plus de exigibilidad, que debilita las facultades organizativas empresariales, cuando el empleador tiene carácter público, por aplicación del art. 103.1 CE (SSTC 127/1987, F.J. 3º, y 166/1988, F.J. 3º, en las que, siendo en ambos casos el empleador público el INSALUD, se dice que en tales casos, la prohibición, en buena lógica, debe operar en forma más intensa).
3. Idénticas consideraciones a las anteriores añade el hecho de que la discriminación se funde en el sexo de la trabajadora, y concretamente en su gravidez, "significativa de un plus o añadido al concreto derecho laboral -condición de mujer digna de protección más fuerte por desigualdad justificada- que la obligaba a su vez -a la empresa- a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria" (STC 166/1988, F.J. 5º). El F.J. 5º de la STC 136/1996 recuerda que, en virtud del art. 5 d) del Convenio OIT núm. 158, "el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo", y que, según prescribe el art. 4.1 de la Recomendación núm. 95, el periodo durante el cual será ilegal la comunicación del despido comienza a partir del momento en el que le haya sido notificado al empresario el embarazo por medio de un certificado médico. Asimismo, apela a la prohibición de despido de la trabajadora embarazada que haya comunicado su estado al empresario, establecida por el art. 10.1 de la Directiva 92/85/CEE, durante el periodo comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad.
4. La vulneración del principio de igualdad en el acto extintivo del contrato por parte del empresario conlleva implícito un plus de "censura jurídica" que le hace merecedor de la calificación de despido "radicalmente nulo". Entiende el TC que la

⁸⁰ Sala Primera. BOE de 9 de julio de 1994. Ponente: D. M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

⁸¹ Sala Primera. BOE de 12 de agosto de 1996. Ponente: D. P. Cruz Villalón.

lesión de un derecho fundamental, como el principio de igualdad, no debe sancionarse con la "simple declaración de improcedencia, o, en su caso, nulidad del despido, sino que éste ha de declararse radicalmente nulo, que es el tipo de sanción predicable de todos los despidos vulneradores o lesivos de un derecho fundamental, por las consecuencias que conlleva de obligada readmisión con exclusión de indemnización sustitutoria" (STC 66/1993, de 1 de marzo, F.J. 2, *in fine*⁸²), doctrina del despido "radicalmente nulo" iniciada por la STC 38/1981, de 23 de noviembre⁸³.

5. El TC asimila al acto formal del despido la conducta consistente en no renovar un contrato de duración temporal por causa del embarazo de la trabajadora. La razón que esgrime en la STC 173/1994, de 7 de junio, es que, puesto que la conducta discriminatoria "se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre", "no puede sostenerse en modo alguno que sólo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza, y, mucho menos, cuando esa relación laboral podría haber continuado normalmente, a través de la oportuna prórroga o nueva contratación sucesiva".

De esta manera, a pesar de que se fundamente la citada tesis en la probable continuidad de la relación laboral de no haber mediado la circunstancia del embarazo (que curiosamente el Tribunal llama "sobrevenido"), parece dejarse la puerta abierta a la consideración de que debiera recibir el mismo trato la negativa a la contratación por las mismas causas, ya que, además, a continuación menciona la necesaria tutela hacia el acceso al empleo de la mujer y, finalmente, en el penúltimo párrafo del F.J. 3º, hace mención expresa a la "negativa a contratar", junto a la de no renovar el contrato.

Sin embargo, no entra a juzgar si en tal supuesto la sanción jurídica sería la de despido nulo, difícilmente admisible desde el momento en el que no ha existido relación laboral. Por tanto, la ineficacia del acto empresarial ilícito (a favor del que se resuelve en la sentencia, provocando la "inexistencia" de la denegación de prórroga y, por tanto, la prórroga "forzosa" del contrato) no conduce a ningún resultado positivo, a menos que se haga una interpretación tan rocambolesca como la de que, ineficaz la negativa a contratar, la relación laboral se entiende nacida. Por consiguiente, la única obligación que podría nacer sería de tipo indemnizatorio. Así lo entiende la STSJ de Cataluña, de 7 de mayo de 1997⁸⁴, según la cual la vulneración del principio constitucional se traduce en la obligación de indemnización por el perjuicio sufrido, al lesionarse una expectativa de derecho legítima (es decir, la cuantía equivalente al tiempo que se dejó de trabajar como

⁸² BOE de 1 de abril de 1993. En la misma línea, SSTC 47/1985, 88/1985, y 104/1987, entre otras.

⁸³ Sobre este concepto y su aplicación jurisprudencial, vid. GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "Configuración judicial del despido radicalmente nulo por discriminación y fraude de ley". *Actualidad Laboral*, núm. 4, 1990.

⁸⁴ AS 1997, 2209. Ponente: Sr. De Quintana Pellicer.

consecuencia de la denegación de acceso al empleo). Sin embargo, el supuesto que se enjuicia en la sentencia de referencia es el de un trabajo de campaña (a partir de la inscripción en una lista de espera de organismo público), que no permite hacer extensibles las conclusiones en ella vertidas a casos diferentes, en los que la expectativa se corresponde con un contrato de mayor duración.

El TSJ de la Comunidad Valenciana también aborda, en su sentencia de 18 de junio de 1997⁸⁵, la valoración de la negativa a contratar a mujer embarazada, a la luz del art. 14 CE. Como en la STC 173/1994, en la que se apoya el razonamiento del TSJ, se entra a enjuiciar el auténtico tema de fondo en esta cuestión: si existe alguna restricción de la libertad empresarial de contratación (y autonomía de la voluntad) impuesta por el deber de respeto al principio constitucional de igualdad. Concluye el tribunal, reiterando la mencionada doctrina, que la libertad de empresa (art. 38 CE) debe ponerse en estrecha relación con los derechos fundamentales, determinando la nulidad del despido por discriminatorio y dando lugar a la obligación de indemnizar a la trabajadora perjudicada. Un supuesto similar (negativa a llamar a trabajadora fija de carácter discontinuo al inicio de la campaña) es juzgado en la STSJ de Cantabria, de 21 de enero de 1997⁸⁶, calificando la falta de llamada de despido nulo, sin derecho a percibir salarios de tramitación, por haber permanecido durante el periodo de referencia de baja por maternidad⁸⁷.

6. Los indicios o apariencia acerca de una supuesta intención discriminatoria en el despido obligan al empresario a demostrar que aquél se debió a motivos totalmente ajenos a móviles discriminatorios. En otras palabras, que el despido estuvo perfectamente fundado en razones legales o que fue razonable o *proporcionado* (la STC 38/1981, de 23 de noviembre, sienta la doctrina sobre la carga de la prueba, que se traslada al empresario⁸⁸, F.J. 3º, incorporada al vigente Texto Refundido de la LPL en su art. 96), porque sólo la neutralidad o transparencia empresarial garantiza la igualdad de condiciones de trabajadores de ambos sexos (STC 58/1994).

Acudiendo a la STC de 23 de julio de 1996 (F.J. 6º), “para que opere este desplazamiento al empresario del *onus probandi* no basta simplemente con que el trabajador tilde el despido de discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia

⁸⁵ AS 1997, 2077. Ponente: Sr. Utrillas Serrano.

⁸⁶ AS 1997, 148). Ponente: Sra. Sancha Sainz.

⁸⁷ Por contra, en un caso de parecidas características, en el que, sin embargo, la causa de la baja médica no fue el embarazo, sino otro (drogodependencia), el TSJ de Canarias (Las Palmas), en sentencia de 6 de junio de 1991 (AS 1997, 2572) sí acude al principio de libertad empresarial ex art. 38 CE para justificar la negativa a la renovación del contrato temporal, entendiendo que no existe discriminación, aunque no experimentaran igual suerte otras compañeras de la trabajadora que no se hallaban de baja médica.

⁸⁸ Cuando se trata de un despido ocurrido durante el periodo de prueba, entiende ALONSO OLEA (“Resolución...”, op.cit.) que no opera la inversión de la carga de la prueba, sino la excepción a la regla general: es decir, la necesidad de probar, siendo el empresario quien deba acreditar que hubo causa justa para el despido para destruir la presunción de discriminación.

de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato (...) Al efecto lo relevante no es sólo la realidad o no de la causa disciplinaria alegada, sino también si su entidad permite deducir que la conducta del trabajador hubiera verosímilmente dado lugar en todo caso al despido (...); es decir, debe tratarse de una conducta que razonablemente explique por sí misma el despido y permita eliminar cualquier sospecha o presunción de lesión a derechos fundamentales.”⁸⁹ De tal modo que al empresario "sólo es exigible que desvirtúe la presunción con base en motivos ajenos a todo propósito discriminatorio por razón de sexo (STC 286/1994, de 27 de octubre, F.J. 2º ⁹⁰). "No se impone, pues, al empresario, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales" (STC 136/1996, F.J. 6º). Para juzgar si la conducta empresarial fue justificada, indica la STC 145/1991 (F.J. 2, tercer párrafo) que "el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE"⁹¹.

Esta doctrina ha sido reproducida en la del Tribunal Supremo (SSTS de 27 de diciembre de 1989 y de 24 de junio de 1996⁹²) y de los Tribunales Superiores de Justicia⁹³.

7. La facultad rescisoria del empresario durante el periodo de prueba está sometida a los mismos límites que en cualquier otro momento de la vida del contrato en lo que atañe al respeto de los derechos fundamentales de la persona (STC 166/1988, de 26 de septiembre), "cuyo predominio debe quedar garantizado", a pesar de que "la Ley ha previsto un sistema extintivo diferente al del despido, cuyas reglas y principios no le son aplicables, que se manifiesta... en la falta de necesidad de motivación" (STC 94/1984). Sobre la base de que el ámbito de libertad reconocido por el art.

⁸⁹ *Actualidad Aranzadi*, núm. 258, 1996. Ponente: D. Pedro Cruz Villalón.

⁹⁰ BOE de 29 de noviembre de 1994.

⁹¹ Cuando no se estime vulnerado el principio de igualdad, por ausencia de prueba sobre la existencia de discriminación, el despido en el que concurra la situación de embarazo de la trabajadora deberá enjuiciarse a partir del binomio procedente/improcedente, según los cauces ordinarios (STSJ de Andalucía/Granada, de 3 de septiembre de 1997, AS 1997, 3409, Ponente: Sr. Capilla Ruiz-Coello).

⁹² R.J. 1989, 9088 y *Actualidad Aranzadi*, núm. 257, ref. 44. Se recoge asimismo en la Sentencia del Juzgado de lo Social número 19 de Barcelona, de 9 de noviembre de 1995 (A.L., núm. 16, 1996, ref. 680.), en la que se resuelve el caso de un empresario que, teniendo noticia del embarazo de la trabajadora con posterioridad a su contratación, rescinde el contrato durante el periodo de prueba, conducta que debe calificarse de despido nulo, pues queda demostrada la intención discriminatoria de aquél. Vid. asimismo SSTS de 24 de septiembre de 1986 (R.J. 1986, 5161), 3 de diciembre de 1987 (R.J. 1987, 8821) y 29 de julio de 1988 (R.J. 1988, 6269).

⁹³ Entre otras, STSJ de Andalucía/Málaga, de 2 de febrero de 1996 (A.S. 1996, 287).

14.2 ET no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales (STC 94/1984, F.J.3º), la STC 166/1988 entiende en su F.J. 4º vulnerado el principio de no discriminación, por ausencia de motivación de la resolución del contrato, en virtud de la inversión del onus probandi (STC 38/1981).

8. La tutela de la salud de la trabajadora embarazada y del feto crea en la organización empresarial ciertas obligaciones adicionales que implican la necesidad de adoptar medidas organizativas en aras de la prevención de riesgos del trabajo que puedan dañar al desarrollo del feto, entre las que se encuentra (expresamente desde que haya sido consagrada en el art. 26 de la Ley 31/1995, *de Prevención de riesgos laborales*) el traslado de puesto a otro exento de riesgo. Este deber confiere a la trabajadora el derecho a solicitar la puesta en práctica de tal medida, y, en consecuencia, si por tales razones se da por extinguido el contrato durante el periodo de prueba, ejercitando el empresario la facultad rescisoria que el reconoce el art. 14.2 ET, debe calificarse la resolución como despido discriminatorio (STC 166/1988, de 26 de septiembre⁹⁴). Sin embargo, la STC 166/1988, anterior a la Ley 31/1995, niega la existencia de tal derecho a obtener el traslado de puesto, entendiendo que tales situaciones, en las que se aprecia un supuesto de incompatibilidad entre el embarazo y el trabajo, encajan en la figura de la suspensión del contrato de trabajo, bien por parto o por incapacidad temporal (la sentencia se refiere a la extinguida incapacidad laboral transitoria).
9. En la única ocasión en la que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse la existencia de móvil discriminatorio en un supuesto de despido, instado como tal (el caso era el de un despido disciplinario por ausencias injustificadas del puesto de trabajo y reiteradas faltas de puntualidad, de acuerdo con el art. 54.2 a ET 1980) es en la sentencia de 23 de julio de 1996. Los hechos que dieron lugar a la resolución del contrato de la trabajadora en estado de embarazo fueron las ausencias motivadas por una incapacidad laboral transitoria que no fue justificada a través del correspondiente parte de baja, así como las reiteradas faltas de cumplimiento de horario durante ciertos días.

Para valorar el alcance discriminatorio de la acción empresarial, el TC recurre a la reiterada doctrina de la razonabilidad y proporcionalidad, así como la "verosimilitud" del despido en otras circunstancias (doctrina común a todos los despidos con móvil discriminatorio), concluyendo que *las ausencias que motivaron el despido fueron debidas a su estado de embarazo* y, por tanto, no pueden justificar la extinción del contrato, aun cuando la trabajadora no hubiera formalizado debidamente su situación de incapacidad temporal a través de los documentos pertinentes. Incumplimiento que queda salvado por la debida sujeción de las exigencias organizativas a los derechos fundamentales del trabajador, lo cual

⁹⁴ En igual sentido STJCE de 5 de mayo de 1994, asunto Habermann-Beltermann.

exige acreditar suficientemente que la restricción de derechos es el único medio razonable para el logro del legítimo interés empresarial. En el caso enjuiciado, se estima que, puesto que la empresa conoció el hecho del embarazo de alto riesgo, aunque tardíamente y sin recurrir a las formalidades expresadas en la normativa de Seguridad Social, el incumplimiento de la trabajadora, aun existente, debilita necesariamente los argumentos de la empleadora, basados en exclusiva en la existencia de la omisión del deber aludido (quien, por otra parte, no hizo uso de la facultad que le reconoce el art. 20.4 ET, ni tampoco requirió a la trabajadora para justificar las faltas de asistencia y puntualidad). En definitiva, el juicio de constitucionalidad debe desplazar al de la legalidad, y, por tanto, el incumplimiento de tales obligaciones contractuales no enerva la prohibición de despedir, convirtiendo la conducta empresarial en reacción contractual desproporcionada (F.J. 7º).

De todo ello pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- Respecto de la *no renovación de contrato temporal* por embarazo de la trabajadora, constituye la interposición de un obstáculo al acceso al empleo, en contra de los principios del Convenio OIT núm. 111, de 25 de junio de 1958, *sobre discriminación en materia de empleo y ocupación*, y del Convenio de Nueva York de 18 de diciembre de 1979, *sobre eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer*, y, por consiguiente, merece la calificación de despido discriminatorio y, por tanto, nulo (STC 173/1994, de 7 de junio⁹⁵).

En este sentido, no obsta a dicha calificación la naturaleza temporal de la relación laboral, pues, de no haberse producido el embarazo, ésta podría haber continuado, a través de la oportuna prórroga o nueva contratación sucesiva. Otra conclusión significaría vulnerar el derecho de acceso al empleo de la mujer. Procede, pues, su declaración como acto ilícito por discriminatorio, constitutivo de despido nulo. Y, del mismo modo que procedería la readmisión en un contrato de duración indefinida, sostiene el Tribunal que, puesto que el efecto anulatorio afectaría a la denegación de la prórroga, eliminada ésta, habría de entenderse prorrogado temporalmente el contrato o contratada la trabajadora por un nuevo periodo.

Sin embargo, la posterior STC 3/1995, de 10 de enero de 1995⁹⁶, entiende que debe primar el principio de libertad contractual del empresario y, en consecuencia, niega la prórroga coactiva del contrato en tales supuestos.

⁹⁵ BOE de 9 de junio. Ponente: Sr. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer. Aplica dicha doctrina a un supuesto similar la STSJ del País Vasco, de 19 de marzo de 1996 (AS 1996, 478).

⁹⁶ BOE de 11 de febrero de 1995. Vid. Comentario a la misma en REDT, núm. 76, 1996: BORDENAVE y VÁSQUEZ FLÓRES: “Recurso de casación para unificación de doctrina y recurso de amparo. Discriminación por razón de embarazo”.

- En cuanto a la *resolución del contrato en periodo de prueba*, la libertad empresarial queda limitada por el respeto al derecho fundamental de igualdad, impidiendo la extinción si la motivación de la actuación empresarial es aparentemente discriminatoria, lo cual queda demostrado si, hallándose la trabajadora en estado de gravidez, el empresario no demuestra que la resolución del contrato fue debida a otras causas (SSTC 94/1984 y 166/1988, de 26 de septiembre, de las que constituye aplicación la STSJ de Madrid, de 4 de junio de 1992⁹⁷).

Desde otra perspectiva, el periodo de prueba queda suspendido por el ejercicio del derecho al descanso por maternidad que regula el art. 48.4 ET, de lo cual se deduce que la resolución instada durante tal periodo por "imposibilidad de cumplimiento del objeto del contrato" constituye un despido nulo, conclusión determinada por el mismo hecho de la suspensión del contrato, exista o no periodo de prueba (STSJ de Castilla y León/Burgos, de 16 de junio de 1994⁹⁸).

- Respecto al *despido disciplinario*, la conocida doctrina legal (ex art. 96 LPL) y constitucional sobre inversión del *onus probandi* determina que, de alegarse, fundadamente, la concurrencia de móvil discriminatorio, al empresario le basta con acreditar que aquél fue debido a causas ajenas al embarazo de la trabajadora. La prueba de la discriminación resulta, por tanto de dos elementos: 1º los indicios, pues no basta la mera alegación de discriminación, sino el ofrecimiento de un indicio racional fáctico (SSTS de 3 de diciembre de 1987 y de 29 de julio de 1988⁹⁹) que haga verosímil su imputación (STSJ de Andalucía/Málaga, de 2 de febrero de 1996, y STSJ de Aragón, de 19 de febrero de 1997¹⁰⁰) y 2º los resultados de la actividad probatoria del empresario (como indica la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 20 de septiembre de 1991¹⁰¹: "indicios suficientemente constatados como para presuponer que la actitud de la empresa pudiera estar relacionada con la situación de embarazo de la actora y no practicarse un mínimo de pruebas que permitiera descartar dicho propósito discriminatorio"). Su falta de actividad probatoria o la insuficiencia de ésta determinará la presunción de que hubo discriminación por razón de sexo (STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 11 de junio de 1990¹⁰²).

La nulidad del despido implica la obligación del empresario de readmisión inmediata del trabajador, puesto aquélla suprime los eficacia de la extinción, y de abono de los salarios dejados de percibir (art. 55.6 ET), desde el momento de

⁹⁷ AS 1992, 3412. Ponente: Sr. Pereda Amann.

⁹⁸ AS 1994, 2362. Ponente: Sr. Blanco Leira.

⁹⁹ RJ 1987, 8821 y 1988, 6269, citadas en la STSJ de Andalucía, de 2 de febrero de 1996.

¹⁰⁰ AS 1996, 287; Ponente: Sr. Vela Torres; y AS 1997, 519, Ponente: Sr. Molins Guerrero.

¹⁰¹ AS 1991, 4961. Ponente: Sr. Del Campo y Cullén.

¹⁰² AS 1990, 3352. Ponente: Sr. Míguez Alvarellós.

finalización del descanso por maternidad hasta el momento de la readmisión (STS de 24 de mayo de 1995¹⁰³), pues deben ser atemperados a la situación de baja por maternidad, en tanto ésta se haya mantenido (STSJ del País Vasco, de 19 de marzo de 1996¹⁰⁴).

Ahora bien, si el contrato era por tiempo determinado, entiende la doctrina, tanto científica como judicial¹⁰⁵ que la obligación sólo significará la readmisión por el tiempo que reste para la expiración del contrato, cuyo cómputo no se ha interrumpido, de modo que puede no producirse si a la fecha de la sentencia dicho plazo hubiese ya expirado. De ahí que la condena en este caso en la práctica consista sólo en el abono de los salarios dejados de percibir hasta dicha fecha.

¹⁰³ A.L., núm. 39, 1995, ref. 1569.

¹⁰⁴ AS 1996, 478. Ponente: Sr. De Rábago Villar.

¹⁰⁵ ALONSO OLEA, M: “Resolución del contrato de trabajo y discriminación por razón de embarazo”, op. cit.. STCT de 8 de febrero de 1983 (RTCT 1983, 973): “por tratarse de un contrato temporal de vigencia hasta el (...), hasta esa fecha alcanzarán los efectos de la condena”.

Título II:

La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos

CAPÍTULO I:

NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUSPENSIÓN CONTRACTUAL

Introducción

El contrato de trabajo es un negocio jurídico bilateral, en el que ambas partes ostentan simultáneamente las cualidades de deudor y acreedor¹; oneroso, y de tracto continuado o sucesivo (ya que crea una relación destinada a permanecer y reiterarse en el tiempo), cuyo objeto es una obligación de medios (la prestación laboral), de carácter personal o *intuitu personae*², y una obligación de dar (la prestación salarial)³ y

¹La doctrina civilista tiende a identificar el carácter bilateral con su naturaleza sinalagmática, entendida como fuente de una relación de interdependencia entre las prestaciones recíprocas (*sinalagma funcional*). De tal modo que se dice que, siendo el contrato de trabajo una especie del género de los contratos sinalagmáticos, dicha cualidad imprime al contrato la interdependencia entre las prestaciones principales debidas por las dos partes obligadas, lo cual significa que la ejecución de una siempre estará conectada a la realización de la otra y que, de forma inversa, de no ejecutarse una, la relación de reciprocidad que las une impondría la no ejecución de la otra, para evitar la ruptura del equilibrio entre las posiciones de ambas partes, y que, siendo el de trabajo un contrato sinalagmático, altera, sin embargo, el esquema del Derecho común, al desequilibrar la equivalencia de las prestaciones para equilibrar la relación contractual. No obstante, señala RIVERO LAMAS, la bilateralidad se relaciona estrictamente con la existencia de *dos partes obligadas a realizar sendas prestaciones*, no pudiendo ni debiendo confundirse con la sinalagmaticidad (RIVERO LAMAS, J.: "Tipificación y estructura del contrato de trabajo", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 1.972, ps. 157 y ss.). En el mismo sentido, Renato CORRADO, para quien el principio de la sinalagmaticidad como interdependencia de cumplimientos recíprocos es un principio erróneo, porque si el cumplimiento de una prestación está condicionado al de la otra, se trataría de obligaciones sucesivas, no simultáneas, siendo imposible determinar cuál de ellas debe ejecutarse antes y, sobre todo, cuál es el fundamento obligacional de la primera de ellas, la que se haya de ejecutar primero, si no existe previo cumplimiento (CORRADO, R.: *Trattato di Diritto del Lavoro*. Vol. III. Il rapporto di lavoro e le sue vicende. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Turín, 1.969, ps. 510-511).

² En palabras de CARRO IGELMO (*La suspensión del contrato de trabajo*, Barcelona, 1959, p. 47), la relación laboral "no puede ser encerrada en los fríos moldes de un contrato civil, sino que se halla fuertemente humanizada por la propia personalidad de empresario y trabajador junto a los efectos puramente materiales que necesariamente lo acompañan". Señala W. SIEBERT (*Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit*, Hamburgo, 1935, y *Die deutsche Arbeit verfassung*, Hamburgo, 1942) que las dos notas caracterizadoras del contrato de trabajo -la pertenencia al grupo de las obligaciones de tracto continuo y el aspecto de derecho personal- se manifiestan unidas entre sí, porque la situación de obligación continuada conduce al derecho personal. Por su parte, PÉREZ BOTIJA (PÉREZ BOTIJA, E.: "Contrato de trabajo y Derecho público". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. 1944, Tomo 176, pág. 31) afirma que es también un contrato personal, pues sus efectos no se limitan a la esfera patrimonial. En el mismo sentido, RIVERO LAMAS (op.cit., p. 168), según quien "el trabajo contratado no sólo da derecho a una

en el que la prestación de servicios se constituye en prestación característica del contrato⁴.

El contrato de trabajo está presidido por un principio característico que introduce un punto de ruptura con los contratos regidos por el Derecho común⁵ y que se halla directamente conectado a su carácter *intuitu personae* en lo que se refiere al sujeto que asume la condición de trabajador, que, contratando su propia puesta a disposición, se implica personalmente en la prestación objeto del contrato, de lo cual nace un desequilibrio en la relación jurídica, puesto que el otro sujeto del contrato no se obliga más que a una prestación pecuniaria. El referido principio, por el que se tutela al trabajador, está inspirado en la necesidad de nivelar a ambos contratantes, haciendo desaparecer ese inicial desequilibrio que se produce como consecuencia de la diferente entidad de sus prestaciones recíprocas. Se trata, en definitiva, de *desequilibrar para mantener el principio de equilibrio de las prestaciones*.

Una de las manifestaciones de la descrita quiebra del principio de equilibrio de las prestaciones es el hecho de que ciertas interrupciones de la prestación laboral no

retribución, sino que, además, es título por sí propio para el nacimiento de ciertos derechos en la persona de quien lo presta, que no tienen una derivación patrimonial exclusivamente".

³ Es clásica en la teoría general de los contratos la distinción entre las obligaciones de hacer, en las que la prestación característica consiste en un hacer (arrendamiento de obra, mandato...) y las obligaciones de dar, en las que se opera un intercambio de cosa por precio (v.gr., compraventa, donación). Respecto de las obligaciones de hacer, encuadradas en contratos tan diversos como el arrendamiento de obra o de servicios, se impuso la distinción, procedente de la doctrina francesa (DEMOGNE, NERSON, FRESSARD), entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, en virtud del fin al que se dirige la actividad que constituye la prestación del contrato. Siendo la esencia de la prestación prometida en un caso un resultado (obligaciones de resultado) y en el otro una actividad (obligaciones de actividad), pues el deudor se compromete a poner su actividad a disposición del acreedor, sin prometer resultado alguno, tal esencia impide que la responsabilidad adquirida por el deudor en uno y otro caso pueda equipararse, exigiendo, por el contrario, un tratamiento desigual, acorde con la naturaleza de la propia obligación. Es por ello que la responsabilidad imputable al deudor es mayor en las obligaciones de resultado, en las que aquél será siempre responsable del incumplimiento. Por el contrario, al deudor de una obligación de medio debe exigírsele responsabilidad respecto de la actividad que ejecuta de manera continuada, pero no sobre el resultado, sobre el que *nada se ha pactado*. V. en la civilística española, DÍEZ PICAZO (*Fundamentos de Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1.990, p. 856). En la doctrina laboralista, ALONSO OLEA (*Derecho del Trabajo*, op.cit., p. 14). Asimismo, MENGONI: "Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi'", *Rivista del Diritto Commerciale*, núms. 5-6, 7-8 y 9-10, 1954.

⁴ "La prestación de trabajo constituye el objeto del propio contrato laboral" (CARRO IGELMO: *La suspensión del contrato de trabajo*, Barcelona, 1959, p. 18).

⁵ La distancia con los contratos del Derecho común aparece ya en el momento de la constitución de la relación, por cuanto la existencia de aquéllos no se presume (debiendo demostrarse), mientras que el contrato de trabajo, con independencia de la vieja discusión en torno a la contraposición contrato o institución / relación (producto de una teoría nacida en el Derecho alemán, de la mano de Wolfgang SIEBERT), se supone existente siempre que se detecte una efectiva relación de trabajo. Sobre tal doctrina, vid. ALONSO GARCÍA, M.: "Las doctrinas de la relación jurídica y del Derecho subjetivo en el Derecho del Trabajo", C.P.S., núm. 30, 1956, y BORRAJO DACRUZ, E.: "La teoría de la relación de trabajo en el Fuero del Trabajo", RT, 1963, núm. 2.

impliquen *necesariamente* la pérdida de retribución (lo que los "teóricos del sinalagma" llamarían ruptura del sinalagma contractual). Es decir, no se trata de introducir excepciones a la estricta reciprocidad de las prestaciones, sino de alterar el principio de base, relativizando el principio que en el Derecho común es absoluto. Dicha alteración proviene de un hipotético deber de seguridad impuesto al empresario en tanto que titular de la unidad empresarial que dirige y a la que se adscribe el trabajador, acreedor de la obligación de conservación que asume el dueño de la unidad productiva respecto de todos los factores de producción de los que se vale para la elaboración de un producto final o la prestación de unos servicios⁶.

El contrato de trabajo se define por su carácter *social* y la relación laboral nacida del mismo por su permeabilidad hacia factores sociales (familia, movimientos socio-políticos...), que son precisamente la fuente de su especialidad, y que motivan su regulación autónoma, a caballo entre el Derecho privado y el Derecho público⁷ (cuyas normas limitan la autonomía de la voluntad de las partes), por cuanto se entrecruzan intereses privados y sociales. La peculiaridad de la relación laboral se manifiesta en que, al menos para una de las partes -el trabajador- el contrato de trabajo es algo más que una relación jurídica⁸: es una relación social, en la que su posición contractual es semejante a un derecho de propiedad sobre el puesto de trabajo ocupado, en tanto en cuanto constituye su medio de vida, de todo lo cual surge, en el plano individual, una "comunidad personal" entre empleador y empleado⁹, y en la que la empresa también es algo más que un conjunto de medios ordenados a la obtención de una garantía: un ente próximo a una institución por su trascendencia social o pública (por ello en su seno aparecen pseudo-organismos de representación, a semejanza de los partidos

⁶ En el mismo sentido, KOTROSHIN: "El deber de previsión en el contrato de trabajo", en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria de Alejandro M. Unsain*, Buenos Aires, 1954, p.207 y ss.

⁷ Apunta PÉREZ BOTIJA (op.cit., p. 31) que el contrato de trabajo es un contrato especial, que se regula más por normas de policía administrativa que por reglas y principios de Derecho común" y que "no es un simple acuerdo de voluntades. Las condiciones del contrato no derivan de la voluntad de las partes, sino más bien de la voluntad del legislador". Por ello genera obligaciones que no están expresamente previstas en el contrato y que exceden del puro nexo obligacional. Bien es verdad que ello ocurre también en otros contratos, en los que existe asimismo una parte débil que propicia la intervención protectora del legislador (v.gr., contratos de suministro), pero también es cierto que en ninguno de ellos el grado de intervencionismo llega a las cotas inspiradas por la naturaleza personalísima de la prestación del trabajador en el contrato de trabajo.

⁸ Uno de los primeros defensores de la teoría relacionista del contrato de trabajo, LUTZRICHTER, entendía que para el empleador el trabajo es un *derecho de propiedad*, mientras que para el trabajador es un *derecho personal*. Esa "especial entidad" de la relación laboral y, por extensión, del Derecho que la regula, también es apreciada por GALLART FOLCH, para quien el Derecho del Trabajo es "aquel conjunto de normas jurídicas dirigidas a regular las relaciones de trabajo entre patronos y obreros y además otros aspectos de la vida de estos últimos, pero, precisamente, en razón de su condición de trabajadores" (GALLART FOLCH, A.: *Derecho español del Trabajo*, Barcelona; Labor, 1936).

⁹ BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid. 1.994. P. 42.

políticos, de seguridad e higiene...)¹⁰. Precisamente ésta es la razón que da sentido al Derecho del Trabajo, *Derecho social del trabajo* (BORRAJO), y en ella reside su especialidad, por más que tal concepto se halle actualmente en crisis y, por tanto, se esté reconduciendo a sus orígenes: el Derecho común o de los individuos (éste es el concepto acogido por el Texto constitucional español -art. 35.1 CE-, no en vano consagra la constitución de un Estado social de Derecho). A pesar de constatarse la revisión del Derecho del trabajo tradicional en nuestros días, el espíritu economicista que parece presidir la formulación del nuevo Derecho del trabajo no ha hecho mella en la idea de “socialización” del puesto de trabajo, que inspira la construcción rígida del régimen de extinción del contrato de trabajo en la mayor parte de ordenamientos jurídicos, en algunos de los cuales incluso llega a acuñarse legalmente el término “propiedad del empleo” (v.gr., Chile¹¹), recibiendo su consagración en el llamado *principio de estabilidad del empleo*, elevado a la categoría de principio básico en el Derecho del Trabajo.

De la naturaleza bilateral del contrato de trabajo derivan rasgos distintivos conectados a la ejecución de las prestaciones objeto del contrato y la propia relación de reciprocidad entre las mismas: figuras como la mora, regulada en el art. 1.100 del Código civil, la resolución por incumplimiento, contenida en el art. 1.124 C.c. y la excepción de contrato no cumplido, ex art. 1.100 del mismo texto; así como la posibilidad de suspender la ejecución del contrato por imposibilidad sobrevenida, ex art. 1.124 C.c.

De su carácter de relación jurídica de tracto continuado o de contrato de ejecución continuada nace la obligación de permanencia en la ejecución de las prestaciones recíprocas, pero también su potencial modificación cuando el cumplimiento en los términos pactados en el contrato devenga imposible, en virtud del art. 1.258 C.c., y en tanto permanezca la base del negocio (LACRUZ BERDEJO¹²).

Dichas cualidades justifican, por tanto, que la ejecución del contrato pueda interrumpirse temporalmente. Constituyen, por consiguiente, el punto de partida de la teoría de la suspensión del contrato de trabajo, en tanto éste participa de aquéllas. Al respecto señala YAMAGUCHI que la teoría de la suspensión del contrato de trabajo se basa en la necesidad de conciliar la salvaguarda del buen funcionamiento de la empresa y la protección de los intereses legítimos de los trabajadores¹³.

¹⁰ En tal sentido, GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *La formación del Derecho del Trabajo*, Palma de Mallorca (Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca), 1.984, p. 37.

¹¹ El art. 158 del Código del Trabajo chileno dispone, respecto del cumplimiento del servicio militar obligatorio, que “el trabajador conservará la propiedad de su empleo... mientras hiciere el servicio militar o formare parte de las reservas nacionales...”

¹² LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*. II. Vol. 2º. P. 239. Bosch, Barcelona, 1.977.

¹³ YAMAGUCHI, T.: *La théorie de la suspension du contrat du travail: ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la Communauté Européenne*. París, 1.963. p. 470.

Debe advertirse que lo que se conoce científicamente como suspensión del contrato de trabajo no es una figura unitaria contemplada como tal por los ordenamientos jurídicos, salvo en el Derecho español, siendo atribuible a un esfuerzo *científico* del legislador del Estatuto de los Trabajadores de 1.980, inspirado por la doctrina iuslaboralista de España. Por el contrario, con frecuencia no encuentra una formulación positiva tan clara, debiendo extraerse la figura de una singular combinación entre supuestos claramente suspensivos -porque así se reconocen expresamente por el legislador- y un régimen de extinción contractual en el que se insertan prohibiciones de despido basado en ciertas causas que deben entenderse suspensivas. Ello es lo que sucede en la mayor parte de sistemas jurídicos¹⁴ y lo que era frecuente también en el Derecho español hasta la promulgación de la ley que hoy constituye norma general de la relación de trabajo, individual y colectiva: el Estatuto de los Trabajadores. Lo cual no significa en modo alguno que la categoría jurídica no exista y deba recibir tratamiento científico unitario.

En las próximas páginas se abordará el análisis del concepto y naturaleza de la suspensión del contrato de trabajo, acudiendo a las diversas teorías que a lo largo del presente siglo han intentado dar cumplida explicación del fenómeno o supuesto de la suspensión, como figura unitaria a la que pudieran reconducirse ciertos fenómenos interruptores de la ejecución del contrato, en el que hallar un fundamento dogmático común a todos ellos. Tal recorrido resulta imprescindible en la búsqueda del concepto de suspensión del contrato de trabajo, del que depende la construcción jurídica del conjunto de efectos derivados de la misma. A partir de ello quedan sentadas las bases para entrar en el examen de la suspensión desde el punto de vista del Derecho positivo, es decir, de la suspensión tal y como es tratada por el legislador español en el Estatuto de los Trabajadores, tarea que exige un esfuerzo sistemático que permita extraer conclusiones generales: por ello resulta necesaria una visión conjunta de las causas de suspensión previstas en dicho texto legal. Tan detenido análisis ayudará a observar con mayor profundidad las analogías y diferencias entre todas ellas y, en consecuencia, respecto de la circunstancia suspensiva que motiva el presente estudio (el nacimiento de hijos), colaborando en la indagación de una cuestión sobre la que la doctrina ha discutido con frecuencia: si es posible la construcción de una teoría unitaria de la suspensión o si, por el contrario, la diversidad interna de las causas que se configuran como "suspensivas" lo impide. Todo lo cual sirve para abonar la senda por la que discurrirán los siguientes capítulos. Asimismo, siendo también un supuesto de suspensión contractual, resulta de obligada referencia la excedencia laboral, por

¹⁴ A título de ejemplo, Code des obligations suizo, art. 336 c): *el empresario no puede rescindir el contrato, siendo nulo el despido durante...* En ocasiones la figura queda encubierta bajo la genérica fórmula de la "conservación del derecho al salario en caso de imposibilidad de la prestación": tal es el caso de Dinamarca, Grecia o el Reino Unido; o de la "conservación del empleo" (v.gr., Chile y Uruguay). Hablan expresamente de "suspensión" el Derecho belga y el francés.

cuanto en la presente investigación se le dedicará un cierto interés a la excedencia por cuidado de hijos, concebida como estadio subsiguiente en el tiempo a la suspensión del contrato con motivo del nacimiento o de la adopción de un hijo.

1. Concepto.

1.1. La suspensión del contrato en el Derecho común

Con carácter previo a la búsqueda del concepto de la suspensión en el ámbito del Derecho del Trabajo debe abordarse, inexcusablemente, su construcción en la teoría general de las obligaciones contractuales. El estudio del Derecho común permitirá un acercamiento adecuado a la suspensión del contrato de trabajo, a la que deberán adaptarse las conclusiones extraídas del Derecho común.

En el ámbito civil la figura de la suspensión surge -según señala YAMAGUCHI, a mediados del siglo XIX en la jurisprudencia francesa¹⁵-, dentro de la teoría de las obligaciones¹⁶, en el seno de los *contratos de ejecución continuada con prestaciones recíprocas* (contrato de arrendamiento, en el que la destrucción del inmueble suspende temporalmente la ejecución del contrato; contratos de seguro por desaparición temporal de la cosa asegurada), para resolver la cuestión de la determinación del efecto del incumplimiento de una de las prestaciones sobre la prestación recíproca. Ahora bien, la solución a dicha cuestión viene de la mano de una diversidad de teorías.

La suspensión como institución jurídica hace su aparición en el Derecho común como un estadio avanzado en la tesis clásica, originada entre los postglosadores del Digesto romano, de la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de incumplimiento¹⁷. Algunos autores parecen encontrar también un posible segundo

¹⁵ T. YAMAGUCHI, op.cit., p. 465. Señala el autor el fin de la Primera Guerra Mundial como momento clave de la consagración de la noción de suspensión en el ámbito laboral. En el mismo sentido, BLANC-JOUVAN ("Suspension et interruption du contrat du travail". *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato di Lavoro*, nº 1, enero-junio, 1970, ps. 64 a 82), quien señala su amplio desarrollo en el Derecho común, en el cual el término de suspensión es utilizado para designar el rechazo opuesto por una parte a la ejecución de su propia prestación cuando el otro, por cualquier razón, no ejecute correctamente la suya, siendo, por tanto, simple aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* y, por ello rechazable en el ámbito del contrato de trabajo. La teoría de la suspensión servirá, a posteriori, para caracterizar y conceptualizar un cierto número de soluciones ya admitidas en el Derecho del Trabajo.

¹⁶GARCÍA ABELLÁN señala que la figura no es de nueva creación por el moderno Derecho civil: "la suspensión de efectos del contrato, en lo que al riesgo se refiere, no reviste jurídicamente caracteres de novedad: el *moratorius romano* llega, por el derecho civil, hasta el *delai de grace* consagrado por el Código francés, y a la legislación de emergencia u ocurrencia con la que el Derecho público evita la excesiva onerosidad de las obligaciones de los particulares contraídas con la Administración" (GARCÍA ABELLÁN, *El riesgo imprevisible en el Contrato de Trabajo*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1959, p. 63).

¹⁷La invocación del Derecho romano lleva hasta la figura del "*moratorius*", semejante al actual "*délai de grace*" del Derecho francés. Sin embargo, los efectos de tal técnica no son la suspensión

origen de la misma en la “adaptación lógica del mismo principio de resolución”, acomodado a la temporalidad del impedimento que hace cesar el contrato¹⁸.

La “teoría del incumplimiento” entiende la suspensión contractual como simple aplicación de la “*exceptio non adimpleti contractus*”, en virtud de la cual, ante la eventualidad del incumplimiento de sus obligaciones por una de las partes contractuales, la otra queda legitimada (y en consecuencia, exonerada de las consecuencias del propio incumplimiento) para suspender la realización de la suya en tanto la primera no cumpla su obligación¹⁹. El segundo incumplimiento -de carácter totalmente voluntario, en tanto su carácter es el de un derecho legal nacido de la conducta objetiva del otro contratante- está condicionado a la previa existencia del primero: sin dicha interconexión no encuentra aplicación la excepción²⁰. Ésta se configura, por tanto, como una suspensión “acausal”: no exige la concurrencia de un motivo justificado que legitime a una de las partes a suspender su prestación ni a la otra a actuar en reciprocidad respecto de la suya. En cuanto a sus efectos, implica la inexigibilidad de las prestaciones incumplidas con carácter retroactivo, en virtud del tracto sucesivo de la relación contractual.

La inadecuación del principio de incumplimiento exigía su “reconstrucción” dogmática, ante la incapacidad del mismo para explicar el fenómeno de la suspensión del contrato. La razón de tal insuficiencia es clara: la *exceptio non adimpleti contractus* es un mero instrumento de defensa, oponible por el acreedor al deudor en el momento en el que éste pretenda el cumplimiento de la prestación recíproca habiendo incumplido previamente la suya. En efecto, se define como posibilidad de que un contratante se abstenga -legítimamente- de cumplir la prestación si el otro no cumple -o no ofrece cumplir- simultáneamente la propia²¹. Por tanto, tiene la naturaleza de excepción material (frente a la procesal, ejercitable en el foro jurisdiccional)²², y de ello deriva su inoportunidad para justificar la interrupción de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato sinalagmático.

La suspensión también puede ser explicada desde la teoría de los riesgos de los contratos sinalagmáticos, en la que se formula con el tenor siguiente: la imposibilidad

de una relación contractual, sino el mero aplazamiento del momento del cumplimiento, respecto de obligaciones de dar.

¹⁸ Jean CARBONNIER: *Derecho civil*. Bosch, Barcelona, 1.971. P. 676.

¹⁹ En opinión de MESSINEO, la función de dicha excepción es puramente dilatoria y temporal, dejando intacta la relación contractual y los respectivos derechos y deberes de las partes (MESSINEO: *Dottrina generale del contratto*. 3ª ed. Milán, 1952, p. 538).

²⁰ De ahí que MESSINEO halle el fundamento de la excepción en la causa de la obligación.

²¹ MESSINEO: *Dottrina generale del contratto*. Milán, 1952. P. 533.

²² CARBONNIER (op.cit.) hace especial hincapié en la inactividad del deudor: “el deudor no toma iniciativa alguna, limitándose a denegar el cumplimiento cuando el acreedor reclama por vía judicial o amistosa”, ya que la excepción, recurso meramente temporal, solamente se dirige a impedir la satisfacción del interés del acreedor, frente a cuyo incumplimiento se contraalega.

de cumplir su obligación por parte de uno de los contratantes²³, por causa de un acontecimiento (de carácter meramente personal²⁴) independiente de su voluntad, libera al otro contratante de su propia obligación²⁵. Ahora bien, siendo la teoría del riesgo aplicable a las obligaciones de dar, no encuentra aplicación en las obligaciones de medio, sino única y exclusivamente en las de resultado, en las que la tradición opera la traslación del riesgo al adquirente de la propiedad de la obra contratada y, por consiguiente, no se imputa el riesgo al deudor.

En cualquier caso, sobre lo que no parece existir discrepancias en la doctrina del presente siglo, desde la elaboración dogmática alemana e italiana, procedente de la codificación de sus respectivos países e inspirada en la pandectística alemana del siglo pasado²⁶, es en torno a la idea de *imposibilidad sobrevenida de la prestación*²⁷ como fundamento último de la interrupción de la ejecución del contrato²⁸, con independencia de que ésta se produzca como consecuencia de la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* o de la teoría de los riesgos. Ello es así porque, si el incumplimiento que justifica la abstención de la contraparte en el cumplimiento de su propia obligación es de origen culpable²⁹ o doloso, no tiene virtualidad para provocar la suspensión del contrato³⁰, sino para legitimar su resolución, ya que resulta presumible que la voluntad de ambas partes será la disolución del vínculo: la una por haber causado la quiebra del principio de buena fe y la otra por no estar ya interesada en la

²³ A la que la doctrina equipara la dificultad extraordinaria de cumplimiento (ALBADALEJO, M.: *Derecho civil*. T.II. Derecho de obligaciones. Vol. I, ps. 299 y 300).

²⁴ Por el contrario, la alteración de las circunstancias objetiva da lugar a la modificación del contrato de tracto sucesivo por excesiva onerosidad sobrevenida, ex art. 1258 C.c., para restablecer el equilibrio de las prestaciones (LACRUZ BERDEJO, op.cit.).

²⁵ COLIN y CAPITANT (*Derecho civil*. T.III. Madrid, 1943, p. 749) consideran dicha regla consecuencia lógica de la interdependencia de las obligaciones recíprocas nacidas de los contratos sinalagmáticos, en los que cada una de las obligaciones es la causa de la otra. De tal modo que, si se extingue una de ellas por haberse hecho imposible su cumplimiento, la otra desaparece también falta de causa.

²⁶ GARCÍA AMIGO, M.: *Teoría general de las obligaciones y contratos*. McGraw Hill. Madrid, 1.995, p. 483 y ss.

²⁷ La terminología empleada para la descripción de tal idea es variada. La doctrina recurre al concepto de *imposibilidad sobrevenida*, así como al de *incumplimiento fortuito* (CARBONNIER, J.: *Derecho civil*. Bosch, Barcelona, 1.971, p. 676).

²⁸ Entiende CARBONNIER (op.cit., p. 677) que la suspensión por causa de incumplimiento fortuito “es una especie de reducción de la teoría de los riesgos”, recordando que sus efectos son retardar el cumplimiento de la obligación (rehabilitándose posteriormente de pleno Derecho el contrato, sin necesidad de nuevo acuerdo de voluntades) y eximir de la indemnización por mora.

²⁹ Al hablar de culpabilidad se hace referencia a la de carácter subjetivo, no a la objetiva o independiente de la conducta del deudor (o, al menos, limitada al criterio de la diligencia exigible al buen padre de familia).

³⁰ Excepcional es el sistema del Derecho francés, en el que el incumplimiento culpable puede provocar la suspensión del contrato a través de la figura del “*délai de grace*”, de naturaleza procesal, consistente en la posibilidad, reconocida por el art. 1.184 en relación con el 1.124 del Code civil, de que el juez otorgue un plazo para el cumplimiento al deudor, a modo de “suspensión de favor” y con objeto de evitar la resolución del contrato.

continuidad de un vínculo que le irroga perjuicios y que se asienta en la contravención del principio básico de buena fe. Por contra, si el incumplimiento fuente de la interrupción de la prestación recíproca ha sido directamente motivado por un evento obstativo e imprevisto³¹ -y, por ende, inimputable al deudor- que ha alterado la “ejecutabilidad” de la prestación, el resultado no debe ser la resolución del contrato, por ser ésta una medida desproporcionada y presumiblemente contraria a la voluntad de las partes³². Se trata, por tanto de una alternativa a la extinción del contrato en caso de devenir imposible alguna de las prestaciones: la “perpetuatio obligationis”³³.

Indefectiblemente, dicha interrupción deberá ser temporal, pues, de ser definitiva, impedirá por sí misma, y con independencia de la voluntad de las partes, sobre la base de consideraciones objetivas, la continuidad de la relación contractual, ya que fallará uno de los elementos esenciales del contrato: el objeto, que ha devenido imposible (art. 1.272 C.c.).

En materia de *incumplimiento*, la doctrina distingue entre el incumplimiento propio y verdadero (es decir, voluntario e imputable³⁴) y el incumplimiento involuntario (no imputable), que se identifica con la imposibilidad sobrevenida -fundada en la infungibilidad de la prestación de trabajo, que la hace incoercible³⁵- y justifica la suspensión de la ejecución del contrato.

Si el incumplimiento puede deberse a dolo, culpa, caso fortuito o fuerza mayor, siendo aquél inimputable al deudor³⁶, por haber sido causado por un evento en el que

³¹ Debe exigirse que sea imprevisto, pero no imprevisible, porque en tal caso sólo la fuerza mayor podría ajustarse estrictamente a tal exigencia. El fundamento legal en el Derecho español de los efectos del hecho imprevisible o imprevisto debe buscarse en el art. 1.105 C.c.

³² El sistema de atribución de responsabilidad no es completamente objetivo: el Ordenamiento jurídico no permanece indiferente a las circunstancias que rodean el incumplimiento. Por el contrario, permite entrar en la valoración de la causa del mismo, concediendo valor liberatorio al incumplimiento justificado, esto es, el que resulta *ajeno a la voluntad del deudor-incumplidor*.

³³ Según expone BADOSA COLL, se requiere la concurrencia de dos circunstancias para que subsista la obligación: el presupuesto indispensable es que pueda corregirse la imposibilidad de la conducta (lo cual es posible de ser temporal la imposibilidad), y, en segundo lugar, deben existir criterios que impulsen al mantenimiento de la obligación en lugar de su extinción, habiendo de ser inimputable la conducta imposible (BADOSA COLL, F.: *Dret d'Obligacions*. Barcanova, Barcelona, 1.990, ps. 296 y 297).

³⁴ La cuestión del incumplimiento voluntario ha llevado a la distinción entre incumplimiento individual y colectivo, identificándose con el último la específica “inadempnencia” del trabajador, a través de la forma anómala de la huelga, que se resuelve en un común incumplimiento del trabajador individual.

³⁵ La diferente naturaleza de las obligaciones de cada una de las partes le otorga diferente grado de coercibilidad: mientras las obligaciones que incumben al empresario son coercibles, dada su naturaleza pecuniaria, la prestación laboral se caracteriza por su infungibilidad y de ahí su incoercibilidad. Ésta justifica su suspensión hasta poder ser realizada.

³⁶ La mayor parte de los autores sostiene que el deudor evita las normales consecuencias del incumplimiento probando que deriva de imposibilidad de la prestación determinada que no le es imputable. Tal es la tesis del Derecho romano postclásico, en el que se da entrada, a partir de la

no ha intervenido la conducta dolosa o culposa de éste, deberá reconducirse la imposibilidad sobrevenida, según entiende la doctrina, únicamente al hecho fortuito o a la fuerza mayor³⁷. Quiere ello decir que el incumplimiento de la prestación debida por imposibilidad sobrevenida de ésta quedará justificada por el origen de la misma, inexcusablemente ligada al hecho fortuito o a la fuerza mayor.

El razonamiento expuesto nos lleva, por consiguiente, a la definición de lo que debe entenderse por caso fortuito y fuerza mayor, para calificar debidamente un evento de obstativo a la ejecución de la prestación, y, por ende, legitimador del incumplimiento. En cuanto a la búsqueda del concepto, permítase recurrir, por su precisión, a la definición realizada por el profesor Manuel ALBADALEJO. Para el citado autor, que, sin olvidar la distinción doctrinal entre ambos conceptos³⁸, los equipara en el Derecho español³⁹, es debido a caso fortuito o fuerza mayor “el incumplimiento debido lo mismo a algo inevitable que a algo objetivamente evitable, pero que no haya sido evitado porque para su evitación habría hecho falta una diligencia que estaba más allá de la exigida por las circunstancias.”⁴⁰

En cuanto a los efectos de la imposibilidad sobre la contraparte -pues sobre el deudor su efecto es imposibilitante de la ejecución de la prestación-, quedando el deudor legitimado en su incumplimiento -al ser involuntario-, debe resolverse la cuestión conexa de la atribución de responsabilidad sobre la misma a una o a otra parte del contrato: al deudor o al acreedor. Si el deudor queda exonerado de

compilación justiniana, a la exoneración de responsabilidad en caso de demostrarse que se empleó la debida diligencia, y la que parece desprenderse del art. 1.124 del Código civil español.

³⁷ A juicio de Paul HORION, en el Derecho común todos los contratos sinalagmáticos de ejecución sucesiva son susceptibles de quedar afectados por eventos que entrañan la suspensión de la ejecución de las obligaciones de las partes. Ahora bien, dichos eventos son reconducibles a voluntad de una de las partes (*fait volontaire*) o a fuerza mayor, en cuyo caso la parte imposibilitada queda exonerada de todo daño y la contraparte queda dispensada de sus obligaciones correlativas (HORION, Paul: *Suspensions de travail et salaire garantie*. Lieja. 1.961, p. 15).

³⁸ Dicha distinción se basa en los criterios de evitabilidad (posible en el caso fortuito, si hubiera podido preverse el suceso, e imposible en la fuerza mayor) y de la procedencia interna o externa del hecho (siendo interno al sujeto que incumple el caso fortuito y externa -v.gr., por causa de catástrofe natural- la fuerza mayor). Constituyen supuestos de caso fortuito los eventos de la naturaleza y la ineptitud sobrevenida de la persona del deudor en las obligaciones de hacer (debidas a circunstancias tales como la enfermedad).

³⁹ Entiende que la distinción en nuestro Derecho se basa en una cuestión de magnitud, refiriéndose la fuerza mayor a hechos de extraordinarios (v.gr., el robo a mano armada, o el incendio o terremoto ex art. 1575.2 C.c.) y el caso fortuito a eventos ordinarios.

⁴⁰ ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil*. T.II, Vol. 1.. Barcelona, 1.983, p. 173. Entiende MANCINI que no debe exigirse el requisito de que la imposibilidad sea absoluta, ya que ésta se verifica no sólo cuando resulta totalmente imposible de realizar por circunstancias sobrevenidas, sino también cuando no puede realizarse sino con medios anormales respecto del contrato considerado. En consecuencia, la imposibilidad del trabajador, para no ser considerada incumplimiento, no es preciso que, como sostiene otro sector doctrinal, sea absoluta (en el sentido de que debe superar la situación también recurriendo a una medida excepcional de sacrificio).

responsabilidad, el acreedor deberá soportar el incumplimiento. Puesto que se trata de incumplimiento involuntario debido a imposibilidad sobrevenida, será el acreedor quien asuma el riesgo que deriva de la misma⁴¹. Resta por determinar, pues, el alcance de tal responsabilidad⁴².

Por otra parte, parece que la propia esencia de la suspensión impide la aplicación de la doctrina, acogida por el Código civil italiano, de la *excesiva onerosidad* (o excesiva dificultad de cumplimiento) de la prestación como fundamento de la interrupción de la ejecución del contrato⁴³. La teoría de la excesiva onerosidad, que exige la existencia de un desequilibrio en las prestaciones tal y como fueron previstas inicialmente en el momento de la constitución del contrato frente a las condiciones en las que deben ejecutarse posteriormente (en otras palabras, se ha producido la ruptura del equilibrio inicial entre las prestaciones), justificará la extinción del vínculo, cuya continuidad puede causar graves perjuicios a una o a ambas partes, o bien la modificación de las prestaciones inicialmente pactadas (para ajustarlas a la nueva realidad en la que debe efectuarse su cumplimiento)⁴⁴, pero no se halla base jurídica ni material alguna para la suspensión del contrato⁴⁵.

La presente aproximación a la teoría general de las obligaciones contractuales en materia de suspensión del contrato debe completarse con un breve análisis del tratamiento de la cuestión en el Derecho positivo español, en el que, a juicio de algunos autores, no halla ubicación una teoría general de la suspensión de los contratos⁴⁶.

⁴¹ Salvo que exista una ilicitud previa a la imposibilidad: v.gr., la mora (traslada el efecto del caso fortuito al deudor), ex arts. 1182 y 1096.3 C.c.

⁴² En nuestro Derecho, la solución se desprende del art. 1105, según el cual “fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables”.

⁴³ Tampoco resulta adecuada la *teoría de la mora*, en virtud de la cual comienza la mora para el co-contratante desde que el obligado cumple su obligación, porque no soluciona el problema de la interrupción de la ejecución del contrato, limitándose a una operación de traslación del riesgo del deudor hacia el acreedor.

⁴⁴ La jurisprudencia sólo admite su efecto modificativo, rechazando el extintivo.

⁴⁵ MESSINEO (op.cit., ps. 519 y 520) adiciona dos últimos argumentos. El primero atañe a la naturaleza de la prestación que deviene de difícil cumplimiento, ya que la excesiva onerosidad, determinada por una situación objetiva, despliega sus efectos sobre la prestación de una sola parte, en las obligaciones unilaterales, mientras la imposibilidad sobrevenida afecta a la obligación recíproca. El segundo se relaciona con el Derecho positivo italiano, en el que recibe amplia acogida la tesis de la excesiva onerosidad: ésta debe ser declarada por el juez, porque, de no ser así, el principio aplicable sería el de la *mora debendi*; la mera abstención de cumplir haría incurrir al deudor en *mora debendi*.

⁴⁶ V.gr., ORTIZ LALLANA (op.cit.), o RAMÍREZ MARTÍNEZ, que señala su tratamiento civilístico “como resultado de la aplicación de las reglas sobre resolución” (RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines”, en *La suspensión del contrato de trabajo*. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1.994).

Para ello debe acudir a las disposiciones del Código civil en las que se regulan los efectos del incumplimiento de una de las prestaciones recíprocas en los contratos sinalagmáticos, especialmente las que inciden en el tratamiento legal de las relaciones contractuales de tracto sucesivo.

Tales disposiciones son los artículos 1.105, 1.184 y 1.124.

El art. 1105 dispone que “fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables”.

El art. 1.184 establece que el deudor queda liberado en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible, por causa fortuita y con independencia de la posible imputabilidad de aquél⁴⁷.

El art. 1.124 regula los efectos del incumplimiento contractual, disponiendo la resolución del contrato a instancia del acreedor de la obligación incumplida (el deudor incumplidor queda sometido a la voluntad del acreedor, que puede optar por rescindir el contrato o por exigir el cumplimiento, es decir, suspender su recíproca prestación⁴⁸), cuando la obligación devenga materialmente imposible de ejecutar⁴⁹. Ahora bien, debe distinguirse al respecto entre la imposibilidad definitiva y la transitoria o temporal, ya que, de ser transitoria, sus efectos no serán resolutorios, sino suspensivos, pues en tal caso estaremos ante un retraso en el cumplimiento, en perjuicio del acreedor (que deberá soportar el retraso, al no existir culpabilidad del deudor, ex art. 1.184)⁵⁰.

En cuanto a la aplicación práctica de dichos principios a los contratos regidos por el Derecho civil, puede decirse que la figura es casi desconocida, siendo la solución

⁴⁷ Lo cual no excluye la posibilidad de que la imposibilidad material resulte de culpa del deudor, en el sentido de hecho directamente relacionado con su persona.

⁴⁸ Ya que, de tratarse de una obligación personalísima, el principio de reciprocidad actúa sobre la contraprestación. Al respecto señala BADOSA (op.cit., p. 298) que “la reciprocidad de las obligaciones es irrelevante en sede de subsistencia de las obligaciones, salvo excepciones fundamentadas en razones ajenas a la reciprocidad como la regla “res perit domino” o el carácter personalísimo de una obligación de hacer”.

⁴⁹ La imposibilidad a la que se refiere el art. 1.124 (tercer párrafo) es la subjetiva, en la que la diligencia en el cumplimiento es materialmente insuficiente para llevarlo a cabo. El art. 1161 (sobre imposibilidad del servicio personalísimo) constituye aplicación de esta norma general (BADOSA, loc.cit). En palabras de SAGARDÓY (op.cit.), los efectos del art. 1.124 son los siguientes: “el incumplimiento temporal... y siempre que no perjudique la causa o el fin contractual, origina una situación de ‘suspensión’ en el cumplimiento de las obligaciones, que provoca, como consecuencia, una adaptación de las prestaciones a que las partes se comprometieron: el perjudicado puede exigir, bien que se le permita el cumplimiento parcial de su compromiso, bien que se le reintegre parte de la prestación, cuando ésta se cumplió en su totalidad, o bien que se le resarza por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso en el que incurrió la contraparte.”

⁵⁰ ALBADALEJO, op.cit., p. 298. Entiende BADOSA COLL (op.cit., p. 296) que la *perpetuatio obligationis* (que se presenta en el Código civil como excepción a la extinción, en virtud del art. 1182 a contrario, si bien respecto de las obligaciones de dar) constituye la regla y la extinción la excepción.

más frecuente la modificación o la extinción de las obligaciones, y que en muy raras ocasiones se entiende adecuada la suspensión⁵¹.

Es necesario acudir a ley de desarrollo del Código civil para hallar alguna referencia expresa de la figura que estudiamos, predicable, al menos abierta o indubitadamente, sólo de una relación contractual de tracto continuado: el arrendamiento urbano, regulado en la Ley 29/1994, *de Arrendamientos Urbanos*, de 24 de noviembre (art. 26, en el que se dispone que la suspensión produce el cese temporal de las obligaciones de ambas partes del contrato).

No parecen existir tantas reticencias hacia la institución de la suspensión en la legislación comparada, donde los ejemplos de suspensión de obligaciones contractuales son numerosos. Ello es lo que ocurre, por ejemplo, en el Derecho italiano, respecto del cual BRANCA⁵² cita los supuestos de la servidumbre predial (que queda suspendida por inutilidad temporal ex art. 1.074 C.c.), el contrato de seguro (en el que el seguro queda suspendido en caso de mora del contrayente en el pago de la prima), o, con carácter general, la imposibilidad temporal de la prestación (art. 1.256 C.c.). Por su parte, todavía en el Ordenamiento italiano, MESSINEO alude a los contratos de aparcería, suministro, concordato, mutuo... susceptibles de suspensión por fuerza mayor.

1.2. Fundamento

1.2.1. La búsqueda del concepto. La teoría de la suspensión. Evolución de la doctrina.

Introducción

En la teoría de la suspensión del contrato de trabajo se observa una ligera evolución del concepto y la teoría de la suspensión a lo largo del presente siglo. En la actualidad se siguen esgrimiendo entre nuestras fronteras y más allá de ellas, en la doctrina europea, los mismos o similares argumentos, pudiéndose reconducir a una u a otra tendencia o a varias simultáneamente, de modo que ya no es posible deslindar una construcción dogmática de otra, presentándose como complementarias o explicaciones parciales de una misma y única teoría. Dicha tesis general es la que tiende a justificar la suspensión del contrato de trabajo acudiendo al principio de la estabilidad en el empleo propio de la relación laboral, traslación al ámbito laboral del principio clásico

⁵¹ Para Paul HORION, son raros en el Derecho común los casos de suspensión legítima que no resulten directamente de los principios generales. El autor sólo puede citar en el Código civil belga el caso regulado en el art. 1724, relativo al caso de la cosa “louée a besoin de réparations urgentes”, lo cual permite al *bailleur* decidir la suspensión temporal de sus obligaciones aunque no haya estrictamente fuerza mayor, y, en ciertas condiciones el mantenimiento del derecho “au loyer”. Ha sido la propia evolución del Derecho del Trabajo la que los ha multiplicado. (HORION, Paul: *Suspensions de travail et salaire garantie*. Lieja. 1.961, p. 15 y ss.).

⁵² Op.cit., p. 139.

del Derecho común de conservación del negocio jurídico (*favor negotii*), en relación con la “imposibilidad temporal sobrevenida” de la prestación, que justifican la suspensión de la relación laboral.

Cada una de las tesis sobre la suspensión no sirve por separado para construir una teoría científicamente satisfactoria sobre la suspensión del contrato de trabajo, pero la doctrina ha recurrido a su “ensamblaje” para, interrelacionándolas, fundar una explicación sólida del fenómeno jurídico de la suspensión. Es así que frecuentemente se esgrime, junto a la teoría de la imposibilidad sobrevenida, el principio jurídico de conservación del negocio jurídico o la tesis de la *exceptio non adimpleti contractus*, que vendría a dar razón del mantenimiento del contrato en caso de imposibilidad sobrevenida de una de las prestaciones, como excepción a la extinción, que resultaría desmedida ante la aparición de una circunstancia obstativa meramente temporal.

Formulación en el Derecho laboral. Construcción dogmática.

Gran parte de la doctrina juslaboralista aborda el estudio de la naturaleza de la suspensión utilizando un método inductivo: observa cada uno de los supuestos para reconducirlos a una estructura o categoría general que no quedará perfeccionada hasta recibir las conclusiones que del examen de cada supuesto suspensivo hayan sido extraídas⁵³.

En realidad, parece quererse fundamentar las categorías ya existentes, es decir, buscar una explicación desde las consecuencias a los orígenes o causas, en lugar de procederse de forma inversa: partiendo de la esencia, para de ella deducir unas consecuencias, que pueden traducirse o no en la regulación positiva⁵⁴. Esta fórmula

⁵³ Así lo ha puesto de manifiesto también CARRO IGELMO, quien, defendiendo la idea de que “no podemos basarnos en la ley laboral para obtener la definición buscada”, ha afirmado que en la doctrina científica “se ha abordado el tema sin elaborar una teoría general sobre la suspensión del contrato de trabajo, limitándose a estudiar los distintos supuestos legales enmarcados en aquella”, citando como ejemplos a dos “pesos pesados” dentro de la doctrina española: los profesores ALONSO GARCÍA y ALONSO OLEA (CARRO IGELMO, A.J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Barcelona, 1959, p. 16, para la primera cita y *Curso de Derecho del Trabajo*, Bosch, Barcelona, 1.985, p. 436, para la segunda). Dicha tendencia “descriptiva” es especialmente acusada entre la doctrina italiana, según denuncian BRANCA (op.cit., p. 87 y ss.) y SCARPELLI (*Il concetto di diritto*. Milán, 1955, p. 65 y ss.). Señala este último que es tendencia típica -y muy difundida- de la doctrina italiana la elaboración de definiciones potencialmente orientadas a la sistematización por sí misma al hallarse ante un fenómeno que no encaja automáticamente en la categoría dogmática elaborada por la doctrina tradicional. La búsqueda de la naturaleza de la suspensión se convierte de tal modo en el análisis de las diversas circunstancias que tienen como efecto la suspensión del contrato y, que, por lo tanto, participan de la misma naturaleza. Por su parte, BLANC-JOUVAN (op.cit., p. 66) afirma no existir una teoría general de la suspensión, lo cual constituye, además, una tendencia creciente en la doctrina francesa, pues la evolución de la misma tiende a hacerle perder su carácter unitario.

⁵⁴ Señala BLANC-JOUVAN (op.cit., p. 66) que las construcciones legales y doctrinales sobre la suspensión del contrato a menudo no son coincidentes, pues cada una adopta soluciones contrarias entre sí. Ello denota un cierto carácter forzado de la teoría de la suspensión, que tratará de suavizarse en esta exposición.

puede o no encajar en la teoría, pero lo que resulta acientífico es construir la base teórica a partir de la regulación positiva⁵⁵, sin perjuicio de la individualidad de cada uno de los supuestos positivados que participan de la misma naturaleza común⁵⁶.

Hay que distinguir en la teoría de la suspensión por un lado las causas que fundan la interrupción de la relación y por el otro los principios que justifican que dichas causas no sean constitutivas de extinción sino de simple suspensión. Porque hallar la explicación de cómo o por qué las prestaciones contractuales dejan de ejecutarse no nos sirve para hallar las razones que fundan su suspensión. Son cuestiones diversas, aunque, puestas en común, permiten construir la teoría de la suspensión del contrato de trabajo.

A continuación se hará un recorrido por las diversas teorías a través de las que la doctrina ha tratado de explicar el fenómeno de la suspensión contractual. Ello nos brindará la oportunidad de observar la evolución de la doctrina iuslaboralista en torno a la referida figura, hasta llegar a la “socialización” de la misma, al hacerla propia el Ordenamiento jurídico-laboral, como aplicación del principio de la estabilidad del empleo. Ello quiere decir que, si en un primer momento se busca su fundamento en la teoría general de los contratos, recibe más tarde los influjos de Derecho público que caracterizan al Derecho del Trabajo. En este sentido se configura como institución propia de dicha disciplina jurídica, en tanto se dirige a garantizar la continuidad de la relación laboral, o, lo que es lo mismo, el puesto de trabajo del asalariado.

El principio jurídico de conservación del negocio carece de consistencia suficiente para fundamentar la suspensión del contrato de trabajo. Ello obliga a la doctrina a volver la mirada hacia la propia naturaleza del contrato, de tracto continuado, para descubrir que de la misma deriva la necesidad de su interrupción, que llega a fundarse en la imposibilidad sobrevenida de su ejecución (por causa de una

⁵⁵ En el mismo sentido, RAMÍREZ MARTÍNEZ (op.cit., p. 29) y Jean-Marc BÉRAUD, que llama la atención sobre la inconsistencia de una tesis que se basa en los supuestos expresamente contemplados en la ley, cuya naturaleza cambiante ha sido demostrada por el devenir de la historia legislativa (“la huelga no era en el pasado causa de suspensión y sí lo es hoy. La enfermedad de un pariente no es causa de suspensión, pero puede serlo mañana”), de lo que cabe extraer una conclusión: la mutabilidad de la figura de la suspensión: “no puede fijarse el derecho a la suspensión por criterios jurídicos inmutables y de valor sinalagmático”. En cuanto al método inductivo en la investigación de la naturaleza de la suspensión, pueden citarse las siguientes conclusiones: “... la explicación propuesta de la suspensión es jurídicamente menos eficiente que la que deriva de fuerza mayor o de la excepción de incumplimiento. Si esta última permite, en efecto, determinar de manera casi matemática los casos en los que el fenómeno de la suspensión debe aparecer obligatoriamente, no hace otra cosa que explicar los casos en los que aparece, sin proporcionar criterio que indique con certeza las hipótesis en las que deberá manifestarse” (*La suspension du contrat de travail*. Éditions Sirey, 1.980, p. 122).

⁵⁶ Es precisamente esta individualidad la que origina su tratamiento independiente y casuístico por parte de la doctrina.

circunstancia incompatible con la prestación de una de las partes⁵⁷). Ahora bien, dicha teoría es comúnmente aplicable a todos los contratos que comparten la misma naturaleza (v.gr., contrato de suministro, de arrendamiento...). Debe cuestionarse, entonces, si resulta válida cuando trata de ser aplicada a un contrato dominado por principios especiales, que dimanen del carácter de la prestación -personalísima- y de la especial situación del deudor en la relación contractual, en definitiva, de la necesidad de reglas propias adaptables a la existencia de intereses contrapuestos, o por lo menos divergentes, de las partes en el contrato de trabajo.

La “tipicidad” del contrato de trabajo, basada en la naturaleza personalísima de la prestación principal, cuya esencia consiste en que la puesta a disposición de la propia persona -para la ejecución continuada de un trabajo- es el objeto del contrato, exige también un principio propio, que permita responder a una cuestión: cuál es el fundamento de la suspensión del contrato de trabajo. Se entiende entonces que no puede olvidarse el carácter social que impregna la relación laboral, que da a la suspensión caracteres propios cuando el contrato que se suspende es de naturaleza laboral⁵⁸, hallándose finalmente la respuesta en la *teoría de la estabilidad del empleo*.

A. *Las primeras teorías. La traslación pura de conceptos del Derecho común.*

La teoría clásica de la suspensión del contrato debe hallarse en el Derecho común, pues en él encuentra su nacimiento como figura propia el contrato de trabajo, arropada bajo el manto de un nuevo Derecho tutelar de una de las partes. Su desgaje del tronco común que representa el Derecho civil supuso que a la normativa común del contrato acompañara también la relativa a la suspensión del contrato, antes de encontrar su propia elaboración en el seno del Derecho del Trabajo.

La teoría conocida como “*exceptio non adimpleti contractus*”, y sobre la que ya se ha realizado una sucinta exposición, halla su aplicación en el ámbito de los

⁵⁷ ORTIZ LALLANA (*La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1.985, p. 23) define la imposibilidad como “imposibilidad de cumplimiento externa, que no guarde con él (el deudor) relación alguna, esto es, que acontecimientos ajenos a su voluntad hayan sobrevenido de forma súbita sumiéndolo en una absoluta imposibilidad de reaccionar ante ellos, generando un impedimento insalvable que haga imposible de realizar aquello que se prometió”. El concepto no es equiparable a la imposibilidad de cumplimiento, entendida como aquella situación en la que la exigencia de prestación supone un grave sacrificio para la persona del deudor, ya que, argumenta la autora, dicha construcción no responde a nuestro ordenamiento jurídico, que únicamente conoce la imposibilidad física o jurídica.

⁵⁸ GARCÍA ABELLÁN destaca la “... peculiaridad de los efectos suspensivos del contrato de trabajo, en el sentido (...) de ser contrarios a los civiles que, por lo común, entrañan paralización de las obligaciones recíprocas” (GARCÍA ABELLÁN, *El riesgo imprevisible en el Contrato de Trabajo*, op.cit., p. 64)

contratos sinalagmáticos de tracto sucesivo (v.gr., contratos de suministro: agua, electricidad..., de arrendamiento o de seguro).

Siendo el contrato de trabajo también de ejecución continuada, cierta doctrina, especialmente en un primer estadio de su evolución, ha entendido que la llamada *teoría clásica* resulta válidamente aplicable en el ámbito de una relación laboral, si bien “causalizando” el régimen de la suspensión contractual: mientras en el ámbito civil se hace abstracción del motivo o circunstancia que provoca el incumplimiento de una de las partes (en el contrato de trabajo, el presunto incumplimiento es sustituido por el *cumplimiento de otras obligaciones o necesidades*, con lo cual se diluye la apariencia de reprochabilidad que acompaña al incumplimiento⁵⁹), en la relación contractual de trabajo es precisamente dicha circunstancia subjetiva la que se toma en cuenta para legitimar la falta de prestación de una de las partes, cuya ausencia permite a la otra suspender la suya (como medio de defensa dirigido a restablecer el equilibrio contractual⁶⁰), pero le prohíbe accionar la ruptura contractual.

El mecanismo jurídico propio de la relación común es la creación de una opción en favor de la parte acreedora de la prestación incumplida, junto a la cual se le proporcionan otras varias soluciones jurídicas, de entre las cuales elegirá aquella que más convenga a su derecho, sin necesidad de justificar las razones que le mueven a ello. Por contra, en la relación laboral, dicha opción altera su naturaleza en razón de los fines a los que sirve, y en consecuencia, pasa a convertirse en un derecho de una de las partes y en una prohibición de la otra de resolver el contrato⁶¹, eliminándose toda posibilidad de elección.

A dicha teoría puede oponerse, siguiendo a CORRADO⁶², el análisis de la propia naturaleza de la *exceptio*, a través del cual se llega a la conclusión de que la *exceptio* no da vida a una situación de suspensión, en la que las prestaciones se *interrumpen* para *reanudarse* pasado un lapso temporal, sino que, por el contrario, provoca un aplazamiento en el tiempo del momento del cumplimiento, que ha quedado paralizado por la interposición de aquélla y que, de no haberse accionado, habría permitido la continuación de su ejecución. La suspensión hace “inexigible” temporalmente la prestación, mientras que la *exceptio*, lejos de alterar la exigibilidad de la obligación incumplida, es, al contrario, un derecho del acreedor -a suspender su prestación- basado precisamente en la exigibilidad de la obligación.

⁵⁹ En realidad, el cumplimiento de una obligación sustituye al de la otra, pero el resultado es el incumplimiento de una de las dos, si bien justificado por la concurrencia de otra obligación a la que atender.

⁶⁰BÉRAUD, Jean-Marc: *La suspension du contrat de travail*. Éditions Sirey, 1.980, p. 29.

⁶¹ A juicio de BÉRAUD, se invierten incluso los papeles de acreedor y deudor de la teoría clásica, puesto que en el contrato de trabajo la suspensión no es decidida por el acreedor de la obligación inejecutada, sino por el deudor de la misma.

⁶² CORRADO, op.cit., p. 524.

Sin embargo, la simple traslación o asunción de la figura civilista en sus términos originarios por parte del Derecho del Trabajo resulta inadecuada, al no compadecerse bien con un contrato dominado por principios diferentes, que matizan la sinalagmaticidad contractual, en tanto las partes no comprometen prestaciones equivalentes en su relación jurídica (una de ellas es de naturaleza personal) y de ello se derivan posiciones jurídicas también diferentes y desiguales. Es así que pronto el Derecho del Trabajo hubo de responder a tal exigencia, construyendo una figura jurídica independiente de la que resulta aplicable a los contratos de naturaleza civil y, por tanto, alejada de los estrictos límites de la *exceptio non adimpleti* y, en general, de los esquemas del Derecho común. En torno a esta necesidad se han alzado diversas teorías jurídicas, que han tratado de dar justa respuesta a una institución que parece haber nacido en el seno del Derecho del Trabajo, dada la gran expansión que ha conocido en el mismo, nunca hallada en ninguna otra relación contractual.

B. Las teorías basadas en la aparición de anomalías en la ejecución del contrato.

Bajo el presente epígrafe quieren compendiarse todas las teorías que, de corte tanto civilista como de inspiración iuslaboralista, parten de una misma premisa: no existe un incumplimiento, al menos en el sentido subjetivo del término, por parte de una de las partes que legitima el incumplimiento de la otra (como argumentaban los defensores de la tesis de la excepción de incumplimiento), sino una anomalía en el desarrollo de la relación contractual, provocada por la aparición de un evento imprevisto que impide la ejecución de la prestación debida y que hace desaparecer la causa del contrato. Ante tal circunstancia, se inicia la búsqueda del sujeto que deba asumir el incumplimiento, de lo cual surgen teorías objetivas -las teorías de los riesgos de empresa- y subjetivas -la tesis de la imposibilidad sobrevenida inimputable al deudor-, que modulan el alcance de la responsabilidad derivada de la ausencia de ejecución. En segundo lugar, se analiza la repercusión del evento sobre la continuidad de la relación.

1. La teoría del riesgo “de empresa”.

El primero de los intentos por definir la esencia de la suspensión, realizados desde el Derecho del trabajo y dirigidos a esclarecer la naturaleza de la figura, toma su estructura de la legislación de accidentes de trabajo. Se trata de la *teoría de los riesgos de empresa*, que nace con la finalidad de adaptar la teoría de los riesgos del Derecho común, superando la insuficiencia del principio civilista “*periculum est debitoris*”⁶³ (según el cual la carga del *periculum obligationis*⁶⁴ recae sobre el deudor), inaplicable a las obligaciones “de medios”⁶⁵.

⁶³ Dicho principio es aplicable a las obligaciones de hacer objeto de los contratos de arrendamiento de obra, en tanto significa atribuir la responsabilidad del riesgo al deudor de la prestación hasta

Según la referida teoría, el riesgo de la prestación de trabajo es connatural al ejercicio y organización de la empresa, de lo cual se deriva la obligación del empresario de asumir las consecuencias de su interrupción, es decir, de conservar el puesto de trabajo, quedando, por tanto, prohibida la resolución del contrato. Se configura la suspensión como obligación del empresario, pero se hace abstracción del fundamento de la misma.

Puede observarse entre los autores que la suscriben dos tendencias o corrientes: la que prefiere obviar el fundamento último de la interrupción de la prestación, prescindiendo, pues, de la causa que la provoca (bien sea por desinterés al respecto o por asumir la teoría de la imposibilidad sobrevenida), y la que parece adscribirse a (parece estar presente una tácita aceptación de) la tesis de la imposibilidad

ser entregada la obra al acreedor. Pero se juzga inadecuado para ser aplicado al contrato de trabajo porque su fuente es una *obligación de resultado*, en la que la prestación debida es el resultado final ejecutado por el deudor (art. 1590 C.c.), mientras la prestación laboral es una *obligación de medios*, en la que, con independencia de que el trabajo produzca un resultado final, la obligación pactada es la puesta a disposición permanente por parte del acreedor, a cuyo criterio estará sometida la ejecución de la prestación. Se trata de la clásica contraposición entre la *locatio operis* o arrendamiento de obra, definida por el resultado, y la *locatio operarum* o arrendamiento de servicios, en la que el elemento decisivo es la propia actividad desarrollada.

No estando, pues, el deudor, obligado a la entrega de cosa cierta -producto de la obligación pactada-, tampoco existirá riesgo alguno sobre la misma que deba ser asumido por aquél. Si el acreedor obtiene periódica y directamente el resultado, sin necesidad de entrega a la finalización de éste, también asumirá el riesgo de la misma manera: periódica y directamente. En un caso -arrendamiento de obra-, el resultado necesita de entrega, no trasladándose el riesgo hasta que ésta se efectúa, y en el otro, por el contrario, el resultado se obtiene directamente por el acreedor y, por tanto, el riesgo se sitúa en su esfera.

El principio civilista sufre, desde la óptica del Derecho del Trabajo, una alteración sustancial, al trasladarse el epicentro desde el sujeto de la obligación hasta el resultado de la misma y, por tanto, desde un punto de partida estático -el riesgo siempre es a cargo del deudor- a otro dinámico: el riesgo es asumido por quien obtenga el resultado o la utilidad, en virtud de la reinterpretación del aforismo “*periculum eius esse debet cuius commodum est*” (siendo el beneficiario de la utilidad el propio deudor, razón por la cual el Derecho romano clásico atribuye la responsabilidad -objetiva- a éste).

Quiebra, pues, el principio del riesgo del Derecho común, al aplicarse a la relación laboral. Por contra, la teoría de los riesgos construye la suspensión del contrato de trabajo sobre la base del riesgo contractual inherente a la relación de trabajo (por tanto, partiendo de la propia individualidad de éste), siendo su objeto de investigación la determinación de la parte que deba soportar el riesgo.

⁶⁴ Empleamos la expresión en el sentido de dos de las acepciones que conocía en el Derecho romano: como daño contractual y como criterio de imputación de responsabilidad por el daño acaecido: es decir, como fórmula de determinación del sujeto que haya de asumir el daño (la interrupción).

⁶⁵ Entiende ALONSO OLEA (*Derecho del Trabajo*, p. 39) que, siendo la obligación contractual del trabajador una deuda de actividad y no de resultado, no resulta aplicable al contrato de trabajo la teoría del riesgo.

sobrevenida como base jurídica de la interrupción⁶⁶, al entenderla como la actualización del riesgo previsto o imprevisto⁶⁷.

La teoría de los riesgos nace en la doctrina alemana (*Betriebsrisiko=riesgo de gestión*) para explicar las situaciones en las que existe una interrupción de la prestación de trabajo, ya sea por razones de descanso u ocio o por suspensión del contrato, cuya justificación requiere una construcción jurídica propia que la teoría de obligaciones del Derecho común no puede proporcionar, al escapar de sus límites: se considera que la especialidad de la relación laboral no admite los estrictos esquemas civilistas.

Tal tesis se extenderá a la doctrina francesa, así como a la italiana, si bien en ésta su calado no será muy hondo, pues el Derecho italiano ha sido siempre defensor de la plena validez y suficiencia del Derecho común para resolver cualquier cuestión en torno a todo tipo de contrato, con inclusión del de trabajo. Se entiende que no resulta necesaria la creación de mecanismos específicos, y, en consecuencia, se rechaza de plano la teoría de los riesgos o de las esferas, sobre la base de una máxima: si la teoría general permite su aplicación a una multiplicidad de contratos que presentan sus propias particularidades, también pueden ajustarse sus principios a la peculiaridad del contrato de trabajo, aunque éste se asiente sobre la quiebra del principio de igualdad de las partes.

Sin embargo, las bases de la relación de trabajo acaban forzando una interpretación que, presidida por principios civilistas, no admite la formulación de una conclusión global, sino de una combinación de principios del Derecho común, resultante de la distinción entre deudor y acreedor, según incida en uno o en otro el acontecimiento *interruptor*. De modo que ambas posiciones reciben fundamentaciones diferentes, irreconciliables en un único principio, para atribuir la responsabilidad o el riesgo a uno solo de ellos: el acreedor, es decir, el empresario, al entenderse como premisa el principio de que *el trabajador no debe asumir sacrificio alguno por las interrupciones del contrato de trabajo*⁶⁸. El empresario es responsable, en definitiva, de cualquier riesgo acontecido sobre las prestaciones principales, pero sobre la base de principios diversos. En tal sentido se manifiesta RIVA SANSEVERINO⁶⁹, que reconduce la

⁶⁶ En este sentido, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*. Sevilla, 1.975, p. 38.

⁶⁷ En palabras de GARCÍA ABELLÁN (op.cit., p.46), “el riesgo laboral imprevisible debe configurarse como la amenaza a la seguridad jurídica del trabajo por menoscabo de uno de sus dos presupuestos; la seguridad social o la seguridad económica”.

⁶⁸ La subordinación que asume el trabajador en la relación de trabajo le exonera de todo riesgo, que se traslada *ab initio* al empresario: PROSPERETTI (UBALDO PROSPERETTI: *Il lavoro subordinato*. Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milán, 1.964), CARNELUTTI o BARASSI (BARASSI: *Il contratto di lavoro*. Vol II, p. 555 y ss.).

⁶⁹ RIVA SANSEVERINO, L: *Diritto del Lavoro*, Padua, 1.967. En el mismo sentido, BRANCA, G.: *La sospensione nelle vicende del rapporto di lavoro*. CEDAM. Padua, 1.971.

imposibilidad sobrevenida sobre el empresario a las soluciones previstas en el Código civil (fundamentalmente sobre la base de la tesis de la mora del acreedor, que le hace acreedor de las consecuencias inmanentes al riesgo del contrato⁷⁰), por otro lado inadecuadas en el supuesto de que aquélla incida sobre el trabajador, en cuyo caso resulta preciso arbitrar mecanismos especiales, ajenos al Derecho común (por consiguiente, propios del Derecho del Trabajo). No obstante, debe decirse que esta solución *no es ya civilista*, porque pasa por aplicar sistemas diversos, propios de disciplinas jurídicas diferentes, a una misma circunstancia. Dicho sistema híbrido no resulta, pues, coherente, al conducir hacia una paradoja: demuestran los que sostienen la plena aplicabilidad del Derecho común al contrato de trabajo -en materia de determinación y atribución de riesgos- que aquél no es adecuado, ya que *ellos mismos recurren a la aplicación de criterios específicos, ajenos al mismo*.

De la elaboración de la *Betriebriskio* nace la *teoría de las esferas (Sphärentheorie)*. Según dicha teoría, cada una de las partes asume el riesgo que corresponde a su propia esfera de responsabilidad, su esfera de riesgo. En consecuencia, el riesgo que repercute sobre el trabajador deberá soportarlo éste (v.gr., huelga).

Sin embargo, todas estas teorías relativas a la determinación del riesgo tienden a la búsqueda del fundamento del riesgo imprevisto o sobrevenido únicamente respecto de una de las partes: el empresario, especialmente por causa de fuerza mayor, pero ni son extrapolables ni explican el riesgo sobrevenido que afecta al trabajador, es decir, a la prestación por éste debida⁷¹. En todo caso, lo que no debe olvidarse es que las circunstancias que pueden acaecer durante el desarrollo del contrato son inherentes al propio carácter de un contrato de naturaleza laboral, de carácter sucesivo o continuado, cuya prestación principal es de naturaleza personalísima.

YAMAGUCHI⁷² daba en el año 1.963 argumentos en contra de la aplicación pura de la teoría de los riesgos, arguyendo que su correcta aplicación exige en todo caso resolver el problema de la búsqueda de la sustancia de cada una de las obligaciones que corresponden a las partes, pues para determinar qué parte debe soportar el resultado de la imposibilidad de la ejecución debe fijarse antes en qué medida quedará liberada de su obligación la parte imposibilitada. La teoría de los riesgos se convierte,

⁷⁰ Dicha doctrina genera, en interpretación de ciertos autores, una aplicación que conduce a sostener la obligación empresarial de mantener el salario en caso de fuerza mayor.

Sin embargo, la tesis referida sólo tiene virtualidad para desviar la responsabilidad hacia el acreedor cuando la interrupción de la prestación se debe a retraso imputable al mismo, es decir, el supuesto que contempla el art. 30 del Estatuto de los Trabajadores.

⁷¹ De ahí que MAZZONI (op.cit., p. 378-380) reconduzca la suspensión por motivos inherentes al empleador a la fuerza mayor (pues se trata de una modificación de la prestación contractual, que debe ser soportada, en su temporalidad, por el empresario, por ser “inherente a su esfera de riesgo”), y la suspensión relacionada con la persona del trabajador a la imposibilidad sobrevenida de la prestación laboral (en cuyo caso cobra relevancia el elemento de la inimputabilidad).

⁷² YAMAGUCHI, T.: op.cit., ps. 20-22.

pues, en la búsqueda de las obligaciones que debe cada una de las partes en caso de extinción de la obligación de una de ellas por circunstancias reconducibles a la fuerza mayor. Por el contrario, la teoría de la suspensión del contrato tiene por misión definir la situación del deudor imposibilitado para ejecutar sus obligaciones, por tanto, la de una sola de las partes, haciendo abstracción de la otra (por más que los sucesos acontecidos sobre una prestación puedan repercutir sobre la otra). Es así que una hace abstracción de los motivos que fuerzan la no ejecución y la otra de la posición del acreedor de la prestación objeto de incumplimiento: es en este ámbito donde cobra relevancia la causa del incumplimiento y tal es la razón que permite su aplicación tanto a los contratos sinalagmáticos como a los unilaterales.

2. *La teoría de la suspensión como resolución temporal o parcial*

Otra de las teorías descriptivas acerca de la naturaleza de la suspensión la configura como una ruptura parcial del contrato, en un intento por aproximar la figura de la suspensión a la de la resolución contractual. La tesis parece ser producto de una confusión lingüística que nace de la utilización del término latino “*resolutio*”, cuyo significado era el de “suspensión”, del que eran términos sinónimos la “cesación” o la “resolución” o “liberación”.

Uno de los autores que se inscriben en esta línea, LEBRET⁷³, define la suspensión como “una resolución temporal que se ubica en el curso de la existencia de un contrato sucesivo” y que lleva aparejados una serie de efectos de signo modificativo del propio contenido del contrato, quedando suprimida de modo definitivo una parte de las obligaciones. La tesis, según la cual la suspensión no sería más que un supuesto particular de resolución, es sin duda producto de una construcción artificiosa sobre la naturaleza y efectos de la resolución, puesto que sostiene que la rescisión deja subsistente el contrato en el pasado mientras la suspensión lo mantiene en el futuro⁷⁴, ya que la re-contratación del trabajador por el mismo empresario transforma el periodo intermedio -de extinción- en suspensión, con la consiguiente “recuperación” de los derechos adquiridos con anterioridad a la ruptura temporal.

Dicha teoría resulta inaceptable, y así lo ha manifestado la mayor parte de la doctrina, por multitud de razones, todas ellas de peso.

La primera de ellas se basa en la finalidad intrínseca perseguida por cada una de las figuras: suspensión y extinción, ya que, si el fin teleológico de la suspensión es conservar la vigencia del contrato, la extinción persigue su supresión. La extinción del contrato supone borrar con efectos futuros y definitivos toda huella del vínculo jurídico existente. Por el contrario, la suspensión tiene repercusión única y exclusivamente

⁷³ LEBRET, J.: “Suspension et resolution des contrats”. *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1924, p. 594.

⁷⁴ LEBRET, op.cit., p. 597.

sobre la ejecución del contrato durante un periodo temporal. El elemento que aparta la figura de la extinción de la suspensión es, pues, el carácter *temporal* o *definitivo* de la cesación de los efectos del contrato, siendo temporal en la suspensión y definitivo en la extinción. El cese, además de ser definitivo, es *total*, al eliminarse todo vestigio de la relación jurídica. Por el contrario, la suspensión no sólo significa postergar la ejecución de las prestaciones principales del contrato, sino que implica el mantenimiento de las llamadas obligaciones accesorias, que continúan ejecutándose. Ello es sin duda inconcebible en la situación subsiguiente a la ruptura de un contrato. En consecuencia, resulta completamente contradictorio sostener que la suspensión pueda ser al tiempo una forma de resolución, siendo figuras antitéticas⁷⁵.

En segundo lugar, la existencia de resolución contractual exigiría la celebración de un nuevo contrato al regreso del trabajador para reavivar el vínculo extinguido, ya que la extinción le ha expulsado de la empresa (y, por tanto, de su influencia, no quedando afectado, por tanto, por ningún evento que tras aquélla se produzca en el seno de la empresa). De lo contrario, no sería sostenible jurídicamente que un vínculo extinguido pudiera reanudarse, sin declaración de voluntades de los contratantes. No puede admitirse tampoco que la reincorporación al puesto de trabajo, ejercitada unilateralmente por el trabajador y aceptada tácitamente por el empresario, constituya una declaración de voluntad suficiente para constituir un vínculo contractual. Y, menos aún, siendo sus efectos *ex nunc*, que pueda desplegar su eficacia con respecto a un periodo anterior a la constitución válida del negocio jurídico o “reavivar” derechos ya extinguidos (los ligados a la antigüedad en la empresa y, en general, todos aquellos que hubieran nacido antes de extinguirse “temporalmente” el vínculo).

En tercer lugar y respecto de la extinción parcial o desaparición parcial de las obligaciones contractuales, no puede afirmarse que la suspensión extinga obligación alguna, simplemente aplaza su ejecución: en tal caso estaríamos ante una modificación contractual, pero no ante una suspensión, como figura que supone la interrupción temporal de la ejecución del contrato. Dicha teoría parte de una premisa: la *divisibilidad de la prestación* objeto del contrato de ejecución continuada, entendiéndose que cada jornada de trabajo constituye una parte de la prestación total. Por tanto, la ausencia de ejecución temporal significa que no se han ejecutado tantas prestaciones parciales como días (o jornadas de trabajo) hayan transcurrido de suspensión. La teoría, por tanto, es insostenible porque parte de un presupuesto equivocado: la prestación laboral es indivisible⁷⁶.

⁷⁵ En el mismo sentido, BÉRAUD, que llama la atención sobre lo peligroso de dicha teoría, ya que conduce a retirarle la calidad de asalariado al trabajador cuyo contrato se halla suspendido, en tanto depende de la existencia de un contrato de trabajo en vigor (J.-M. BÉRAUD: *La suspension du contrat de travail*. Éditions Sirey, 1.980, ps. 64 y ss.).

⁷⁶ En definitiva, no cabe su admisión más que para justificar una figura prevista en el vigente Code du travail francés en favor de la trabajadora con responsabilidades familiares, a la que se

3. Las teorías de la fuerza mayor y de la imposibilidad sobrevenida.

De la teoría del riesgo nace, a partir de la observación de los efectos que sobre las partes y las prestaciones por éstas debidas produce la actualización del riesgo, las doctrinas de la fuerza mayor y de la imposibilidad sobrevenida⁷⁷.

Las teorías de la fuerza mayor y de la imposibilidad sobrevenida constituyen dos estadios en la evolución de un mismo análisis⁷⁸, ocupando un lugar muy destacado entre la doctrina científica (puede decirse que constituyen doctrina mayoritaria).

Según la tesis de la imposibilidad sobrevenida, debe existir una total neutralidad en el comportamiento del deudor, al que debe resultarle inimputable el hecho obstativo⁷⁹. Ello conduce a la búsqueda del origen de la imposibilidad y ésta a su vez nos lleva a la formulación de la teoría de la fuerza mayor, aparecida en la doctrina con carácter previo a la que podemos denominar *teoría de la imposibilidad*, ya que la imposibilidad se distingue como efecto de la actuación de la fuerza mayor⁸⁰. Por tanto, puede afirmarse que tal tesis no es más que una concreción de dicha doctrina general o global, o, si se quiere, ambas se hallan unidas por una relación de causa-efecto: una persigue la búsqueda de la causa (la fuerza mayor) y la otra el análisis de sus efectos (la imposibilidad de la prestación). Sin embargo, la investigación en ambos casos no conduce a los mismos resultados, puesto que el análisis del factor que ha provocado la imposibilidad no lleva siempre a la fuerza mayor. Por el contrario, la fuerza mayor sí conduce en todos los casos a la imposibilidad, sea temporal o definitiva. Existe, por tanto, una equivalencia de consecuencias, pero una disimilitud de premisas.

reconoce el derecho al libre desistimiento sin preaviso con motivo de la suspensión del contrato por nacimiento o adopción de un hijo o durante el periodo subsiguiente (los dos meses posteriores) y a la posterior re-contratación ("réembauchage"), durante el año siguiente a la extinción del contrato. Se trata de una extinción contractual, a pesar de lo cual se reconoce, como beneficio especial, un derecho preferente de reingreso (art. L. 122-28). Dicho precepto prevé la posibilidad de que las partes acuerden, con ocasión de dicha nueva contratación, la recuperación de los derechos adquiridos durante la vigencia del contrato previo.

⁷⁷ Frente a la doctrina de la imposibilidad sobrevenida DAVISO ("In tema di impossibilità temporanea dell'attuazione del rapporto di lavoro", nota a sent. Cass. 23 agosto 1949 n° 2394, *Foro Padano*, 1950, I, 747) esgrime la naturaleza previsible de las interrupciones, fundadas en la propia naturaleza de la relación, que las hace perfectamente compatibles con la normal continuidad del contrato.

⁷⁸ Aunque aparezcan simultáneamente en la elaboración doctrinal de ciertos autores: así, MAZZONI (op.cit.), que atribuye a fuerza mayor la suspensión que se origina en la esfera empresarial y a imposibilidad sobrevenida la que se relaciona con la persona del trabajador.

⁷⁹ Por ello señala COLENS que la absoluta imposibilidad exigida para la suspensión del contrato por fuerza mayor excluye la imposibilidad resultante de hecho relacionado con una de las partes (COLENS, A.: *Le contrat d'emploi*. Bruxelles. 1.962, p. 108).

⁸⁰ GARCÍA ABELLÁN (op.cit., p. 56) distingue la imposibilidad de la fuerza mayor atendiendo a la existencia de un riesgo implícito en el contrato: "... la imposibilidad en sentido técnico es consecuencia obligada del riesgo que, imprevisto, amenaza a priori el cumplimiento normal de los contratos, diversificable del evento, igualmente apriorístico, de la fuerza mayor".

- *La tesis de la fuerza mayor*

La teoría de la fuerza mayor temporal *laboral* nace en el Derecho alemán durante los últimos años del pasado siglo, consolidándose entre la jurisprudencia en las postrimerías de la Primera Gran Guerra y encontrando una favorable acogida entre la doctrina. Los primeros autores que le dedican su atención (CAPITANT y SARRANTE⁸¹) son civilistas, lo cual justifica que sean aceptados sin objeciones principios propios del Derecho común. De tal modo, se entiende como único desencadenante de la imposibilidad de las prestaciones la fuerza mayor.

Los autores defensores de tal doctrina se basan en la temporalidad⁸² de los efectos de la fuerza mayor y en la subsistencia de la causa del contrato, factores que fuerzan el mantenimiento de la vigencia de éste, puesto que la cesación de la fuerza mayor -que paraliza la ejecución del contrato- permitirá la reanudación de la misma, y porque la permanencia de la causa permite la conservación del contrato. Pero es precisamente la suspensión el mecanismo jurídico que permite evitar las consecuencias de la fuerza mayor: el nacimiento del derecho de las partes de obtener la ruptura total y definitiva del contrato, sin asumir responsabilidad alguna por dicha ruptura⁸³.

Ahora bien, existen en su seno corrientes diversas, que inciden con especial énfasis en un elemento determinado. Así, los que destacan la incidencia del riesgo (CAPITANT), los que señalan la importancia de la causa (SANTORO PASARELLI, LAVAGNINI)...

- *La tesis de la imposibilidad sobrevenida*

La tesis de la imposibilidad sobrevenida se basa todavía, especialmente en su primera formulación, en conceptos civilistas que tratan de aplicarse y adaptarse a la peculiaridad del contrato de trabajo. No en vano los Ordenamientos laborales que la contemplan son eminentemente civilistas: v.gr., el sistema suizo, en el que el contrato de trabajo se regula todavía en el Código de obligaciones (Título Décimo, introducido por Ley de 30 de marzo de 1911, del Code des obligations), no contempla la figura de la suspensión del contrato de trabajo, sino la imposibilidad de trabajar por causas -inimputables- inherentes a la persona del trabajador⁸⁴.

Si bien la teoría de la imposibilidad sobrevenida constituye una constante en la doctrina laboralista sobre la suspensión del contrato (puede considerarse doctrina predominante), se observa una evolución más profunda respecto de los medios

⁸¹ SARRANTE define la suspensión como “extensión de los efectos de la fuerza mayor”.

⁸² La fuerza mayor debe ser absoluta y temporal, ya que de ser definitiva no impide la extinción del contrato, y el evento imprevisible, inimputable al deudor.

⁸³ BLANC-JOUVAN, X.: op.cit., ps. 70-71. Según BLANC-JOUVAN, “la suspensión tiene como efecto operar una desunión entre la ejecución del contrato y la existencia de la relación laboral”.

⁸⁴ La suspensión se plantea en términos de negación, respecto de la posibilidad de instar el despido en ciertas circunstancias (el tenor es el común de “el empresario no podrá dar por extinguido el contrato...”): art. 336 c) del Code des obligations.

jurídicos previstos para salvar la continuidad de la relación o de los principios que justifican su mantenimiento en vigor. De manera que, atribuyendo la paralización o interrupción del contrato a un mismo fenómeno -que se explica sobre la base de una imposibilidad de cumplimiento-, la salvaguarda de la existencia del contrato se explica y justifica atendiendo a principios diferentes, en un primer momento conectados a la teoría de las obligaciones (por tanto, estrictamente jurídicos) y en un momento posterior basados en razones sociales o de política social, con las que se entiende que debe existir mayor conexión en este tipo de relación contractual (no en vano su Derecho regulador recibe entre sus denominaciones alternativas la de “Derecho social”).

Quiere ello decir que, en conexión con la teoría de la imposibilidad sobrevenida, se hallan otras dos tesis basadas en sendos principios: el de conservación del negocio jurídico (rebautizado, en el seno del Derecho del Trabajo, por MARAVALL como “cláusula de recuperabilidad”⁸⁵) y el de estabilidad del empleo. En este apartado será examinada la primera de las concepciones -la basada en el principio de conservación del negocio jurídico-, dejando para el siguiente la tesis “social”, de la estabilidad en el empleo.

La tesis de la imposibilidad sobrevenida, que en el Derecho español queda positivada en los arts. 1.105 y 1.184 del Código civil, puede sintetizarse como sigue. La suspensión de la relación laboral es provocada por la imposibilidad temporal⁸⁶ y sobrevenida⁸⁷ de cumplimiento de una de las prestaciones básicas del contrato, bien sea cumplir el deber de ofrecer trabajo y remunerarlo -obligación empresarial-, ya sea realizar el trabajo -obligación, de carácter infungible, del trabajador, que compromete

⁸⁵ Dicha cláusula, implícitamente contenida en el art. 10.1 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (sobre validez del contrato) tiene por misión evitar la ruptura del vínculo contractual (ya que dispone que “si por contravenir alguno de los preceptos anteriores resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados a su legitimidad”), con lo que se aparta del régimen de los contratos civiles. MARAVALL CASESNOVES, H.: “El despido por crisis en el Derecho Español”, citado por AGUINAGA TELLERÍA, A.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1952, p. 455.

⁸⁶ La imposibilidad puede incidir sobre la continuidad de la relación laboral en dos grados diferentes: suspensivo y extintivo. En tanto la imposibilidad sea temporal, procederá la suspensión. De ser definitiva, los efectos de la imposibilidad sobrevenida se reconducen a la extinción. Ahora bien, el régimen de ésta se concibe de distinta manera entre la doctrina. Entre la italiana (v.gr., MAZZONI: *Manuale di diritto del lavoro*. Florencia, 1958; y BARASSI: *Il diritto del lavoro*. Vol. III), la opinión dominante es la de la extinción “ipso iure”, sin necesidad de manifestación expresa de voluntad. En contra, SERMONTI (“Impossibilità di prestazione de estinzione del rapporto”, *Diritto del Lavoro*, 1950, II, 222), DAVISO (“In tema di impossibilità temporanea dell’attuazione del rapporto di lavoro”, nota a sent. Cass. 23 agosto 1949 n° 2394, *Foro Padano*, 1950, I, 747) o TORRENTE (“Ancora sull’impossibilità temporanea del lavoratore”, en *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1950, I, 211).

⁸⁷ La imposibilidad no puede ser nunca inicial, ya que el art. 1.272 C.c. prohíbe que sean objeto del contrato las cosas o servicios imposibles, y en consecuencia el contrato no nacería por falta de objeto (ORTIZ LALLANA, op.cit., p. 36 y ss.).

su propia persona en la relación contractual⁸⁸, resumiéndose en la no realización del trabajo -prestación fundamental del contrato- y, como consecuencia, en virtud de la reciprocidad de las prestaciones, en la no remuneración del trabajador en tanto permanezca suspendida la prestación de éste, salvo excepciones legales o convencionales, que imponen el mantenimiento de la obligación retributiva, cuya génesis debe encontrarse en su deber de previsión.

Ello significa que se conjugan dos principios o tesis: la de la imposibilidad sobrevenida⁸⁹ y el *principio de conservación del negocio jurídico*, que reconduce el resultado de la imposibilidad temporal a la suspensión, en lugar de encaminarla a la extinción del vínculo⁹⁰, aunque no siempre la doctrina relaciona ambas tesis⁹¹.

El principio de *conservación del negocio jurídico*, entendido por VIDA SORIA como principio inspirador de la figura de la suspensión fundado en la temporalidad de los efectos de la interrupción en la ejecución del contrato, y por LAVAGNINI como principio general del Derecho del Trabajo (principio general de la continuidad y de la conservación del contrato de trabajo), impone la no extinción de la relación contractual al devenir una circunstancia obstativa a la prestación de la obligación pactada, que imposibilita su cumplimiento. Se flexibiliza el rigor del principio de reciprocidad, que en el Derecho español se contiene en el art. 1.124 C.c., produciendo el efecto de suspender una prestación mientras se interrumpa la otra, aunque

⁸⁸ Dicha imposibilidad puede ser física o material, pero también “jurídica”, en cuyo caso se identifica con la “inexigibilidad”. En tal sentido, ORTIZ LALLANA (op.cit., p. 23): “la imposibilidad de cumplimiento puede ser física y materialmente invencible, o simplemente una imposibilidad jurídica, que existe en aquellos supuestos en los que la conducta del deudor en vez de convertirse en imposible de realizar, se torna en no exigible, porque de exigirse supondría para él un gran sacrificio, una desproporción en las prestaciones, o un grave riesgo para la persona del deudor.”

⁸⁹ La tesis de la imposibilidad sobrevenida no permite por sí misma construir la teoría de la suspensión contractual, ya que su función se limita a fundamentar las causas de la interrupción de la ejecución del contrato, pero no la necesidad de evitar la extinción de la relación, que viene a asentarse sobre otro principio, relacionado con la conservación del contrato o del puesto de trabajo (según la corriente a la que nos adscribamos). Ahora bien, no debe rechazarse por completo la tesis sobre la se discute, si se tiene en cuenta que la imposibilidad aducida como base de la suspensión es de carácter temporal: es decir, se sostiene que cuando acaezca un evento que imposibilite el desarrollo de la relación en los mismos términos en los que se venía ejecutando hasta ese momento, el contrato pasará por una “modificación” de mayor o menor calado según sea la imposibilidad: si ésta es definitiva, provocará la extinción del contrato; pero si es meramente temporal, la extinción será una medida desproporcionada ante una situación simplemente transitoria. Puede concluirse, por tanto, que las consecuencias jurídicas de la imposibilidad de ejecución del contrato deben ser proporcionales a la magnitud del evento impositivo, que en este supuesto se mide en términos temporales.

⁹⁰ En tal caso, la extinción sólo podrá realizarse en virtud de rescisión (LAVAGNINI, *La sospensione del rapporto di lavoro*. Università degli Studi di Pisa. Ed. Feltrinelli, 1.961, p. 57).

⁹¹ Cfr. ALONSO OLEA, que concibe el principio de conservación del negocio o continuidad del contrato (del que deriva la posibilidad de que éste soporte periodos largos de suspensión, pero también la posibilidad de novaciones subjetivas) como manifestación de la “extremada vitalidad” que caracteriza al contrato (ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*. Universidad de Madrid. 1973, p. 187).

técnicamente sea posible (en virtud del principio de equilibrio de las prestaciones). No obstante, la peculiaridad de la figura cuando afecta al contrato de trabajo supera la ordenación típica del Derecho común, al impregnarse de caracteres propios, que le dan una dimensión social. Por ello no puede aceptarse la aplicación estricta del principio.

Ahora bien, tal disciplina resulta aplicable sólo en virtud de un criterio positivo: que la imposibilidad que impide a una parte ofrecer el trabajo y a la otra realizarlo sea debida a una causa prevista expresamente por el legislador, ya que en caso contrario estaríamos ante una imposibilidad sobrevenida “atípica” no tutelada por el Ordenamiento jurídico y, por consiguiente, constitutiva de incumplimiento (voluntario e injustificado).

Dicha doctrina ha encontrado y encuentra hoy numerosos adeptos. Puede decirse que constituye la teoría que goza de mayor predicamento y aceptación entre la doctrina, consolidándose como tesis definitiva que, superando aquellas cuya utilidad quedaba restringida a una de las partes y que no permitían explicar el fenómeno suspensivo como figura unitaria, va más allá del caso concreto.

Se observan, no obstante, variaciones sobre la misma tesis, que en ocasiones son algo más que sutiles:

- Tal sucede con la premisa de la que parten todos los autores adscritos a dicha teoría: el hecho de que la prestación debida quede imposibilitada. La idea es común a todos ellos. Sin embargo, existen divergencias en torno a lo que deba entenderse por “prestación debida”, ya que, para unos, lo es cada una de las prestaciones principales debidas por las partes, es decir, para el trabajador asalariado la prestación de trabajo, y, para el empleador, la retribución. Por el contrario, otros parten de la existencia de una prestación “típica” en el contrato de trabajo⁹²: la prestación laboral, de modo que la imposibilidad se entiende siempre referida a dicha prestación, porque sólo ella puede justificar la suspensión del contrato⁹³. Ello les lleva a reconducir ambas prestaciones contractuales a la prestación “básica” o “característica”⁹⁴, y a entender, por consiguiente, a una como directamente abocada a la consecución de la otra: la prestación del empleador consistiría, en consecuencia, en un *deber de colaboración a la ejecución* de la prestación

⁹² En tal sentido BETTI (*Teoria generale delle obbligazioni*, Milán, 1953, vol I, p. 112-113), según el cual la imposibilidad debe entenderse relativa a “quel particolare tipo di rapporto obbligatorio, di cui la prestazione, della quale si discute, forma lo specifico oggetto”.

⁹³ Es más, ciertos autores mantienen que la imposibilidad no puede actuar sobre el empresario, que en todo caso debe entenderse incurso en mora.

⁹⁴ El término procede de la doctrina procesal, que se basa en la prestación característica de cada contrato para asignar a los tribunales del lugar donde ésta se ejecute la competencia judicial internacional.

principal⁹⁵. Sólo la imposibilidad de esta colaboración necesaria justifica la suspensión, en tanto impide que se realice la prestación de trabajo.

- Merecen especial atención las divergencias existentes en torno a la caracterización o entidad de la imposibilidad, que no aparecen simultáneamente, como corrientes dentro de una misma línea de pensamiento, sino como estadios en la evolución de la doctrina. En efecto, la imposibilidad que esgrimen numerosos autores como fundamento de la suspensión es en un primer momento estrictamente material: existe un hecho que imposibilita materialmente que sea ejecutada la prestación. Sin embargo, ante la insuficiencia de dicha teoría como tesis unitaria de la suspensión, debida a la existencia de supuestos que no encajan en la misma, pues, suponiendo la suspensión de la ejecución del contrato, no están directamente motivados por imposibilidad alguna, se recurre a la idea de la imposibilidad “moral”⁹⁶, rechazada por la doctrina alemana⁹⁷. Dicho argumento sirve para justificar, sobre la misma base de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, la suspensión de la relación contractual cuando no existe un hecho impeditivo pero sí un evento *legitimador* de la abstención de la ejecución por los obligados⁹⁸, que impide moralmente al acreedor exigir el cumplimiento y que, por tanto, se conecta a la inexigibilidad de la prestación. Ahora bien, debe decirse, en contra de esta tesis, que, desde el momento en que se subjetiva la imposibilidad, se está recurriendo ya a otro concepto, en el terreno de los derechos, pues no puede mantenerse que algo realizable materialmente sea a la vez imposible de ejecutar. Existe un motivo que, a juicio del legislador, *legítima el incumplimiento*, pero éste, en sí, es posible (de ser imposible, no existiría objeto del contrato). En tal sentido se pronuncia KOTROSCHIN, que utiliza el criterio de las “razones personales justificables”: el deber de previsión inherente al empresario -no confundible con el deber de seguridad- implica “la obligación del patrono, inherente a todo contrato de trabajo, de conservar el puesto del trabajador, y tal vez, pagarle la remuneración respectiva, en caso de ausencia del trabajador que no sea arbitraria y que no exceda de cierto lapso razonable, graduable según la antigüedad, fuera de los casos expresamente

⁹⁵ De hecho, parece que tal idea subyace en el propio legislador del ET, ya que la redacción originaria del art. 45.1 j) preveía la suspensión por “causas económicas o tecnológicas que impidan la prestación y aceptación del trabajo”. Señala RODRÍGUEZ-SAÑUDO (op.cit.) que tal deber del acreedor (inherente a la mayor parte de las obligaciones de hacer) no es una obligación, sino una carga que puede ser exigida por el deudor.

⁹⁶ Cfr. DURAND, YAMAGUCHI o CAMERLYNCK. PROSPERETTI utiliza el término “indisponibilidad” del trabajador.

⁹⁷ La doctrina alemana, sobre la base del art. 273 BGB, reconduce la teoría de la imposibilidad a la imposibilidad subjetiva de ejecutar la prestación como incapacidad física para ello.

⁹⁸ CABANELLAS habla de “causas impeditivas” que “eximen” a las partes del cumplimiento debido, porque éstas “no están en condiciones de cumplir” (CABANELLAS, G.: *Contrato de Trabajo. Parte General*. Vol. III. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1.964).

previstos por la ley. Se tratará de inasistencias por razones personales justificables, tales como la muerte o enfermedad grave de algún pariente próximo”⁹⁹.

Entre los autores que se han inscrito en esta línea, edificando su teoría suspensiva sobre la base de la imposibilidad de la prestación, puede citarse a los siguientes:

CARRO IGELMO¹⁰⁰ es partidario de la teoría de la imposibilidad de la ejecución, pero concibe la suspensión como un *derecho* del trabajador, accionable frente al empresario, “incluso en contra de la voluntad de la empresa”¹⁰¹. Tal derecho nace sólo “en determinadas circunstancias o frente a graves supuestos”. Se trata, por tanto, de una tesis que podría calificarse como “de inspiración unidireccional”, por cuanto entiende como único origen posible de la imposibilidad de la ejecución del contrato aquella que afecta exclusivamente al trabajador, convirtiendo el incumplimiento en un derecho a salvar la relación laboral, evitando la ruptura contractual.

GARCÍA ABELLÁN se inclina por destacar un aspecto de la imposibilidad sobrevenida: su componente de riesgo para los contratantes. Sostiene, ante la imposibilidad de prever y enumerar legalmente todos los riesgos imprevisibles, la necesidad de arbitrar una técnica que permita “el diagnóstico de las situaciones que, imprevisibles, remiten a una nueva y necesaria valoración de las obligaciones a realizar.” Introduce, asimismo, la idea de la *dificultad de la prestación*, matizando, por tanto, la rotundidad de la imposibilidad. La tesis se asienta sobre la propia flexibilización de la sinalagmaticidad que preside la relación laboral, a través de la que dicho principio se adapta a las peculiaridades del contrato de trabajo, tomando en consideración -porque así lo exige el contexto en el que tiene lugar la ejecución del contrato- las circunstancias del caso, “especialmente en punto a dificultades sobrevenidas que, no impidiendo, dificultan una de las prestaciones”.

El eje central de su tesis es la imputación de los riesgos a uno u otro sujeto contratante, y dicha tarea exige la previa determinación del riesgo imputable, que GARCÍA ABELLÁN define de la siguiente manera: “ante las diversas y aun divergentes posiciones adoptadas por la doctrina laboral en orden al tema, tal vez quepa considerar como riesgo laboral imprevisible *la producción de acaecimiento no tenido*

⁹⁹ KOTROSCHIN: “El deber de previsión en el contrato de trabajo”, en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria de Alejandro M. Unsain*, Buenos Aires, 1954, p. 309.

¹⁰⁰ CARRO IGELMO, A.J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Barcelona, 1959; y *Curso de Derecho del Trabajo*, Bosch, Barcelona, 1.985. Con anterioridad a él BENÍTEZ DE LUGO, siguiendo a BORSI y PERGOLESSI, había explicado ya la suspensión del contrato de trabajo sobre la base de la imposibilidad temporal en la prestación de trabajo.

¹⁰¹ Para JUAN D. POZZO, “la suspensión del contrato de trabajo se produce por la imposibilidad en que tanto empleadores como empleados se suelen encontrar para cumplir durante un término sus obligaciones contractuales”, por circunstancias ajenas a la voluntad de los mismos (POZZO, J. D.: *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, 1948, p. 309 y ss.).

en cuenta al contratar ni en las leyes y normas de trabajo, dada su naturaleza imponderable, y que dificulta, por el grave quebranto moral, físico o económico que entraña, el normal cumplimiento de obligaciones tanto del trabajador como del empresario.”¹⁰²

Giovanni LAVAGNINI¹⁰³ se desliga de la teoría del incumplimiento -excluido por el aleas contractual que deslegitima a la otra parte para resolver el contrato- y afirma que, sin duda, toda interrupción de la prestación laboral se sitúa en la esfera del trabajador, aunque quepa distinguir entre las interrupciones de la prestación debidas a hechos inherentes al trabajador y las conectadas a la esfera empresarial. En esta teoría se atribuye la imposibilidad a dos circunstancias: el caso fortuito y la fuerza mayor, que componen el supuesto de la inimputabilidad y por ello justificabilidad del incumplimiento del trabajador. Por el contrario, cuando la imposibilidad sea imputable al trabajador, el incumplimiento será injustificado y, por consiguiente, legitimará las acciones disciplinarias del empresario (bien sean en grado mínimo -sanciones- o bien la resolución por justa causa).

Esta tesis parece atender sólo a la imposibilidad que recae en el trabajador, olvidando la debida al empresario. Sin embargo, el vacío no es tal si se considera, como ya ha sido indicado, que toda interrupción de la prestación laboral se sitúa en la esfera del trabajador: es decir, se parte de la existencia de una prestación básica, principal o característica, en la relación contractual de trabajo, la prestación laboral, que es la que define el contrato de trabajo. Cualquier circunstancia que afecte a la misma significará la afectación de la propia relación laboral. Es así que tanto si ocurre de manera directa sobre la prestación laboral, como si la imposibilidad afecta al empresario, impidiéndole la “colaboración creditoria”, es decir, el ofrecimiento por parte de éste al trabajador de la ocupación efectiva y la aceptación de la prestación¹⁰⁴, es la prestación laboral la que en definitiva va a quedar impedida. Por tanto, a ella debe atenderse para hallar la naturaleza y efectos de la imposibilidad.

El desarrollo del contrato se basa en la reiteración del cumplimiento, y éste se identifica con la *causa* del contrato. Es así que cuando ésta falla, se interrumpe la prestación, dando lugar a la modificación de la relación. Por ello LAVAGNINI, igual que

¹⁰² Op.cit., ps. 48 y ss.

¹⁰³ LAVAGNINI, G.: *La sospensione del rapporto di lavoro*. Università degli Studi di Pisa. Ed. Feltrinelli, 1.961.

¹⁰⁴ Cuando dicha imposibilidad de ofrecer el trabajo y de recibir la prestación sea inherente al empresario o a la organización empresarial, se tratará de un supuesto de *mora accipiendi*, asumible por éste como manifestación del alea empresarial, partiendo de una consideración en torno a la naturaleza de la prestación de trabajo: y es que ésta no está constituida por la realización material del trabajo, sino por la puesta a disposición del empresario para la oportuna utilización de su energía productiva. En tanto ésta se produzca, su eventual no utilización deberá asumirse como parte del riesgo empresarial (LAVAGNINI, op.cit., p. 166).

SANTORO PASARELLI, busca en la causa del contrato, que desaparece a consecuencia de la imposibilidad sobrevenida, la esencia de la suspensión. El resultado de dicha búsqueda pasa por enunciar como los tres defectos funcionales de la causa el incumplimiento, la excesiva onerosidad y la imposibilidad sobrevenida, que permiten construir otras tantas explicaciones válidas de la naturaleza de la suspensión contractual en el ámbito de las relaciones laborales¹⁰⁵.

Ubaldo PROSPERETTI¹⁰⁶ distingue la imposibilidad que emana del empresario de la que se relaciona con la esfera personal del trabajador. En cuanto al empresario, la prestación puede devenir de imposible cumplimiento en cuanto a la obligación de consentir el desarrollo de la relación laboral. En tal caso, “la normativa aplicable es la del despido por justa causa, cuya relevancia es valorada por el empresario en relación al eventual interés por la conservación de la relación laboral (así, para evitar la pérdida de los colaboradores de más valía). En cuanto al trabajador, la imposibilidad puede referirse a sus condiciones físicas (v.gr., enfermedad) o al cumplimiento de funciones públicas como ciudadano (v.gr., servicio militar obligatorio), que si bien no pueden entenderse como imposibilidad material, son “casos en los que la indisponibilidad de la persona del trabajador consiente en considerar la situación como imposibilidad de la prestación”, resolviéndose en una imposibilidad parcial¹⁰⁷.

Guillermo CABANELLAS¹⁰⁸ prefiere recurrir a la menos contundente expresión de “causas impeditivas” (relacionadas con “hechos sólo inherentes al trabajador o a la empresa”) de la ejecución del contrato, porque éstas se hallan directamente conectadas a la naturaleza del contrato de trabajo, de tracto sucesivo. Concibe la suspensión como una interrupción de la ejecución del contrato fundada en *causa específica*, consistente en un motivo justificado que exige a una de las partes de su obligación recíproca (dar ocupación al trabajador o prestar un servicio, respectivamente), porque *no está en condiciones* de cumplirla¹⁰⁹. Dicho motivo ha

¹⁰⁵ La imposibilidad que funda la interrupción de la ejecución contractual será siempre “parcial *ratione temporis*”, al recaer sobre el elemento temporal: sólo durante un periodo que *a priori* se perfila como limitado quedará impedida la prestación. Ello tiene consecuencias en el campo de la extinción contractual: mientras la imposibilidad parcial significa que la suspensión reconduce la extinción ordinaria a la extinción por justa causa, por el contrario, la “total” seguiría el régimen ordinario de extinción al afectar a la existencia del vínculo contractual. Sus efectos operan *ex nunc*: es pacífico entre la doctrina admitir la irretroactividad de los efectos de la intervención de la imposibilidad sobrevenida, porque durante el periodo subsiguiente al acaecimiento del evento impeditivo la relación contractual se mantenía en vigor, extinguiéndose por razones ajenas a las que motivaron su suspensión.

¹⁰⁶ UBALDO PROSPERETTI: *Il lavoro subordinato*. Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milán, 1.964.

¹⁰⁷ Op.cit., p. 139.

¹⁰⁸ CABANELLAS, G.: *Contrato de Trabajo. Parte General*. Vol. III. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1.964, p. 25 y ss.

¹⁰⁹ Dicha imposibilidad es la que, a juicio de CABANELLAS, permite distinguir las interrupciones de la prestación laboral de la suspensión, ya que en el primer caso no existe imposibilidad alguna, “y,

de figurar positivado¹¹⁰, no pudiendo fundarse la suspensión ni en la arbitrariedad ni en la voluntad unilateral de una de las partes.

VIDA SORIA¹¹¹ destaca (en una primera formulación¹¹²) la concurrencia de varios elementos determinantes de la suspensión del contrato: la existencia de imposibilidades sobrevenidas no imputables, su carácter temporal y el debilitamiento de la regla general de Derecho común o quiebra del principio de la *exceptio non adimpleti contractus*, que impide la resolución del contrato por incumplimiento.

CORRADO¹¹³ llama la atención sobre un olvido en el que incurre la doctrina iuslaboralista -al menos la doctrina prevalente- en torno al concepto y naturaleza de la imposibilidad temporal. Señala que en el Derecho del Trabajo no se tiene en cuenta el principio de la teoría general de las obligaciones en virtud del cual en los contratos de tracto continuado toda imposibilidad temporal se resuelve en una *imposibilidad parcial*, porque en ellos la entidad cuantitativa de la prestación es determinante con referencia al tiempo. Por tanto, del mismo modo que los teóricos de la suspensión-resolución (así, LEBRET), defiende la divisibilidad de la prestación, que permite rechazar el principio de conservación del negocio o del puesto de trabajo, porque *no existe riesgo alguno de extinción o pérdida* de éstos. Por contra, sostiene que si el objeto del contrato deviene irrealizable, aunque sólo sea de manera temporal, la consecuencia que a tal evento debe ligarse es la extinción del contrato, no siendo concebible la persistencia de un vínculo que observa un comportamiento objetivamente no actuable. Ello le lleva a negar, asimismo, la existencia de la figura de la suspensión o de la conocida entre la doctrina italiana como “*quiescenza*” del contrato, sobre la base de la permanencia de las obligaciones accesorias del trabajador. En realidad, argumenta el autor, los supuestos llamados de suspensión no son más que derogaciones a la disciplina del riesgo y del peligro del contrato de trabajo, motivados por la necesidad de interrumpir la ejecución del trabajo. Ocurre, no obstante, que la causa de tal interrupción no ha de reconducirse necesariamente a una imposibilidad sobrevenida

sin embargo, por decisión del legislador no se puede efectuar esa prestación de servicios”. El elemento determinante es, pues, la imposibilidad, imprescindible en un caso (suspensión) e inexistente en el otro (interrupción: licencias, vacaciones o descansos).

¹¹⁰ “La virtud de la suspensión del contrato de trabajo estriba en la atención concedida por el legislador a la situación especial en que el trabajador se encuentra” (op.cit., p. 26).

¹¹¹ VIDA SORIA, J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, 1.965.

¹¹² Años más tarde, en su aportación a los *Comentarios a las leyes laborales* (“Suspensión del contrato de trabajo”, en AA.VV.: *Comentarios a las leyes laborales* (dir. E. BORRAJO DACRUZ). Vol. IX. Madrid 1.983), conviene en una reelaboración de su teoría, considerando que la fuerza mayor temporal no permite explicar más que un ínfimo número de casos suspensivos, y que el principio de excepción a la mecánica extintiva es inadecuado como base teórica de la suspensión contractual.

¹¹³ CORRADO, R., op.cit., p. 534 y ss.

de la prestación, siendo reflejo o consecuencia de las particulares características de la prestación de trabajo, de naturaleza periódica, en la que se entienden implícitos ciertos periodos de reposo. Por tanto, se trata de *supuestos de exoneración de la actividad laboral*, justificadas por la imposibilidad sobrevenida de la prestación (que actúa como límite a la responsabilidad por incumplimiento del deudor).

GIORGIO BRANCA¹¹⁴ suscribe también la tesis de la imposibilidad sobrevenida, pero la sitúa dentro de los confines del Derecho del Trabajo, como una figura dirigida a fines completamente opuestos a los que inspiran la aplicación del principio en el ámbito de los contratos comunes¹¹⁵. No entiende, por tanto, la suspensión como inevitable reacción del Ordenamiento jurídico a los obstáculos que se oponen a la ejecución del contrato, sino como una figura que responde a la tutela de un *interés cualificado*.

Concibe la suspensión del contrato de trabajo como una de las vicisitudes por las que éste puede pasar en su ejecución (si la “quiescenza” o paralización de ésta puede entenderse como *modificación*)¹¹⁶, causadas por una serie de fenómenos reconducibles a dos causas: la imposibilidad sobrevenida y el ejercicio del derecho de huelga (dado su carácter voluntario). No deja de resultar cuanto menos curiosa tal estructura de los fenómenos o circunstancias suspensivas, que responde a un intento de explicar la figura como resultado de una imposibilidad física o técnica de prestar el trabajo, en el que no puede encajar el supuesto de la huelga, que queda, de este modo, desplazado del régimen general previsto para el resto de los casos de imposibilidad de la prestación. En todo caso, argumenta el autor, enfrentándose a la doctrina mayoritaria, carece de relevancia el hecho de que la circunstancia que se opone al desarrollo del contrato sea de origen voluntario o imputable a las partes (v.gr. la huelga) o inimputable (v.gr. la imposibilidad sobrevenida).

¹¹⁴ BRANCA, G.: *La sospensione nelle vicende del rapporto di lavoro*. CEDAM. Padua, 1.971.

¹¹⁵ Por consiguiente no es de recibo caracterizar el efecto suspensivo sobre la base de aplicar estructuras propias de los contratos civiles, aunque existan similitudes respecto de los contratos de tracto continuado, que en su mayor parte tienen por objeto negocial una prestación no personal.

¹¹⁶ La califica como “vicisitud extraordinaria”, en los siguientes términos: “... la sospensione del rapporto, raffigurata quale quiescenza dello stesso e delle posizioni che alle parti derivano dal titolo contrattuale, è configurabile come momento nel quale, a fronte dell’esaurirsi della situazione giuridica, in relazione al sopravvenire di circostanze idonee a tale modificazione estintiva, è disposto un effetto modificativo consistente nella permanenza del vincolo, ma col venir meno o la trasformazione delle conseguenze tipiche.” Argumenta, en definitiva, que, entendida en tal sentido la “quiescenza” del contrato, puede hablarse de efecto suspensivo como vicisitud de la relación (BRANCA, op.cit, p. 140).

En el mismo sentido, ALLARA: *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Turín (sin fecha cierta, aprox. 1949-50); y *Vicende del rapporto obbligatorio, fattispecie, fatti giuridici*. Turín (sin fecha cierta, aproximadamente 1941-1942), p. 87 y ss.

De nuevo se conjuga la tesis de la imposibilidad sobrevenida con el principio de conservación del negocio jurídico, que en el ámbito del Ordenamiento laboral adquiere tintes propios¹¹⁷. Dicho principio (de conservación del negocio) se concibe como un axioma en el Derecho individual del Trabajo que planea sobre las instituciones fundamentales del contrato de trabajo. En efecto, su aplicación tiene lugar tanto en la válida constitución del contrato como en la extinción del vínculo jurídico, pues en el nacimiento del contrato adquiere el carácter de procedimiento integrador de los defectos contractuales (salvando los elementos inválidos del contrato¹¹⁸) y en el desarrollo de la relación impide que el acaecimiento de un suceso que provoca la inoperancia del contrato, al devenir imposible la realización de su función, sea causa de rescisión empresarial del mismo. Se trata de un enfoque orientado hacia una de las partes del contrato, a la que trata de tutelarse frente al ejercicio de la facultad rescisoria de la otra, sea debida la imposibilidad a circunstancia relacionada con el ámbito personal del trabajador o con la organización empresarial. De ahí que la imposibilidad deba predicarse en todo caso de la obligación debida por el trabajador: la prestación laboral, a la que se reconduce cualquier imposibilidad sobrevenida, ya sea directamente sobre el trabajador (v.gr., enfermedad) o sobre el empresario, en cuyo caso tal imposibilidad se califica técnicamente como “imposibilidad de cooperar al cumplimiento del deudor de trabajo” (por tanto, imposibilidad de recibir la prestación de éste)¹¹⁹. Esta tesis es compartida por parte de la doctrina, en la que puede hallarse a autores como GHEZZI y LAVAGNINI. Frente a ella se sitúa la de aquellos que, considerando insatisfactoria la tesis de la imposibilidad sobrevenida para dar cumplida explicación de todos los fenómenos suspensivos¹²⁰, esgrimen la teoría de la *mora creditoris* para fundar la falta de colaboración del empresario a la ejecución de la prestación laboral.

¹¹⁷ BRANCA distingue dos manifestaciones del principio de conservación del negocio: la que se refiere a la creación o nacimiento del contrato y la que opera durante el desarrollo de la relación laboral: “anzi si osserva che nella disciplina particolare riservata dall’ordinamento alla impossibilità della prestazione del negozio, propio dell’ordinamento dei rapporti di lavoro, non solo nella valida costituzione del contratto, ma anche all’atto della sua continuativa esecuzione” (op.cit., p. 27). A pesar de gozar de cierta autonomía en el Derecho del Trabajo, sostiene el autor que no puede hablarse de un principio de conservación del negocio propio y característico de tal disciplina jurídica, en contra de la opinión manifestada por la doctrina italiana más representativa: MAZZONI, RIVA SANSEVERINO, CESSARI, ZAGO-GARELLI o LAVAGNINI.

¹¹⁸ Suprime su eventual nulidad y sustituye las cláusulas nulas por lo dispuesto en la ley (G. BRANCA, op.cit., p. 22).

¹¹⁹ De ahí que tal imposibilidad deba ser absoluta y objetivamente constatable para liberar al empresario de su obligación (op.cit., p. 52 y ss.).

¹²⁰ Especialmente cuando se sitúa en la esfera empresarial, al ser la prestación del empresario de carácter fungible. Para BETTI (*Teoria generale delle obbligazioni*. Milán, 1953, vol. I, p. 112-113), la imposibilidad siempre es relativa, porque sólo la prestación de trabajo es infungible: la prestación salarial es siempre fungible y por ello coercible.

En cualquier caso, debe concluirse que ninguna de tales teorías tiene por sí misma valor suficiente para permitir la construcción de una teoría global y sólida sobre la suspensión del contrato de trabajo. Por ello el autor opta por una teoría “bifronte”, consistente en fundamentar el incumplimiento de cada una de las partes del contrato sobre la base de principios diferentes: *entiende referida al trabajador la imposibilidad sobrevenida, y explica el incumplimiento del empresario como mora creditoris*. Puede hablarse, pues, de dos distintos regímenes, uno de los cuales deroga los principios del Derecho común para responder a exigencias particulares del desarrollo de la relación laboral. El estudio conjunto de ambas posiciones - intrínsecamente distintas y, por tanto, generadoras de efectos jurídicos radicalmente opuestos- produciría disfunciones en la investigación de la naturaleza de la suspensión, que impedirían llegar a conclusiones acertadas.

BRANCA observa entre la doctrina una tendencia común a reconducir la suspensión a la conservación de la relación, hallando una propensión del ordenamiento jurídico hacia la continuidad y la duración de ésta¹²¹. De tal manera que el concepto que dimana de la normativa laboral en torno a la suspensión se sustenta en la coordinación de tres tipos de disposiciones: las que regulan la conservación del puesto de trabajo, que limitan el libre ejercicio de la facultad rescisoria del empresario, las relativas al cómputo del periodo de suspensión como tiempo de antigüedad en el puesto y, por último, las referentes a las consecuencias patrimoniales que se conectan al contrato que permanece en vigor.

RIVERO LAMAS¹²² se adhiere a la teoría de la fuerza mayor temporal, cuyo efecto directo es provocar la inexigibilidad de las obligaciones recíprocas de trabajador y empleador (evitando la aplicación del art. 1.124 C.c., es decir, la resolución del contrato), que es precisamente la esencia de la suspensión o aquello en lo que ésta se traduce. Entiende el autor que no es necesario recurrir a una construcción iuslaboralista para explicar la suspensión, porque resulta suficiente la solución prevista por el Derecho común para los contratos con prestaciones recíprocas, categoría de la que constituye una especie el contrato de trabajo. Se trata de la liberación del deudor, a quien no le resulta posible el cumplimiento, y la simultánea exoneración de la contraparte. La única aportación del Derecho del Trabajo a dicha solución se resume en dos extremos: 1º el establecimiento expreso de la solución

¹²¹ Detecta también la existencia de dos corrientes: en primer lugar, una doctrina prevalente que recurre al concepto de suspensión en el intento de clasificar los fenómenos en los que la ejecución del contrato aparece interrumpida y provisionalmente dilatada, permaneciendo no obstante el vínculo, que no pueden explicarse a través de otras instituciones claramente delineadas. Y, en segundo lugar, y contrapuesta a la primera, la de aquellos autores que tienden a la ampliación de la figura hasta comprender todos los supuestos en los que existe una interrupción de la prestación de trabajo (fiestas, pausas, etc.) o bien una imposibilidad de ésta (cierre y *mora accipiendi*). Frente a ellas, el Derecho positivo se limita a considerar las interrupciones como limitaciones a la duración de la prestación debida por el trabajador, que deben ser soportadas por el empleador.

¹²² RIVERO LAMAS, J.: op.cit., ps. 181-185.

suspensiva en la ley (está pensando en la *Ley del Contrato de trabajo*), eliminando otras posibles alternativas y, paralizándolo, por tanto, la consistente en la extinción del contrato, y 2º la equiparación con la fuerza mayor de supuestos que estrictamente no lo son, porque no existe ni involuntariedad en su producción ni imposibilidad de la prestación (v.gr., los constitutivos de excedencia).

4. El principio de estabilidad del empleo

Uno de los primeros estudiosos de la teoría de la suspensión del contrato de trabajo es Paul DURAND¹²³, que formula la teoría de la estabilidad del empleo para dar explicación de la figura de la suspensión del contrato (pilar básico sobre el que posteriormente se asentará la doctrina europea sobre dicha institución)¹²⁴, que se conjuga con la doctrina del riesgo imprevisible. También CAMERLYNCK y LYON-CAEN¹²⁵ expresan una honda preocupación por la seguridad en el empleo, que ven como principio inspirador del “creciente recurso del Derecho del Trabajo a la técnica de la suspensión” (tanto en beneficio del asalariado como, en menor grado, de la propia empresa), aunque se remontan como fundamento último de la misma a la imposibilidad temporal de ejecución.

El principio de estabilidad del empleo se presenta como actualización iuslaboralista del principio civilista de conservación del negocio jurídico¹²⁶, al socaire de las nuevas tendencias sociales que especialmente durante los años sesenta inspiran movimientos legislativos y que traducen la inquietud reinante en toda Europa ante los

¹²³ DURAND, V.P.& VITU, A.: *Traité de droit du travail*, T.II. París, Dalloz, 1950. Paul DURAND funda la suspensión en la imposibilidad de ejecución y en una finalidad: garantizar la *estabilidad del empleo*. A la que le dedica varios estudios: entre otros, “La stabilité de l’emploi en droit français”, en C.E.C.A.: *La stabilité de l’emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.* Luxembourg, 1958, ps. 189 y ss.. Le siguen, entre otros, BROCHARD (BROCHARD, J.: *Manuel du Contrat du Travail*. París, Librairie Dalloz, 1.960, p. 107).

¹²⁴ Ello no significa que deba atribuirse la noción de estabilidad del empleo a dicho autor, ya que el principio es una constante en la historia del Derecho del Trabajo, principalmente como principio inspirador de la figura de la extinción del contrato. Incluso motivó el impulso institucional de un estudio sobre el mismo, por parte de la CECA EN EL AÑO 1958: *La stabilité de l’emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.* Luxembourg, 1958.

¹²⁵ CAMERLYNCK, G.H.: *Traité pratique de la rupture du contrat de travail*. París, Librairies Techniques, 1959. LYON-CAEN, G.: *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*. París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955.

¹²⁶ Aunque a menudo aparece ligado al mismo, como principios diferentes. En tal sentido, BLASCO SEGURA (BLASCO SEGURA: “La suspensión del Contrato de Trabajo: los apartados J y M del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores”, A.L., núm. 28, 1.995, p. 474), que utiliza el término “operatividad conjunta” (de ambos principios) y concibe como fundamento de la suspensión la consecución de un objetivo: obtener la máxima pervivencia del contrato de trabajo; y SÁNCHEZ-CERVERA, que cita como principios informadores de las novaciones modificativas del contrato de trabajo los de conservación del negocio y de estabilidad en el empleo, siendo uno garante del otro (SÁNCHEZ-CERVERA, J.M.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Editorial Instituto de Empresa, Madrid, 1.983, p. 153).

cambios económicos que se suceden velozmente¹²⁷. Éstos motivarán una rápida reacción social en pos de la seguridad en el empleo, hasta el momento implícita en la relación laboral¹²⁸, y que empieza a contemplarse como bien escaso y de carácter precario. Por ello la sociedad industrial se alinea en torno al principio de estabilidad, que cobra una relevancia hasta entonces desconocida (y que propicia el surgimiento de abanderados de la tesis de la estabilidad como principio fundamental en el contrato de trabajo), definido como intención legislativa de *introducir en el mecanismo contractual laboral unos valores socioeconómicos como la posesión de un puesto de trabajo por parte del trabajador y la estabilización de las ofertas de trabajo ya cumplidas*¹²⁹. La intervención legislativa en todos los países de la Europa occidental se dirige a reforzar la estabilidad del asalariado o la garantía de conservación de su puesto de trabajo, frente a la inseguridad en el empleo que propicia esta nueva etapa en las relaciones laborales, intercambiando *inseguridad por flexibilidad laboral*. Tampoco el legislador español ha escapado de esa tendencia, y ha asumido como tarea pública la defensa del principio de estabilidad en el empleo: así, la *Ley de Contrato de Trabajo* (inspirado por la Declaración III. 6ª del *Fuero del Trabajo*, de 9 de marzo de 1938, en la que se decía que “el Estado velará por la seguridad y continuidad en el trabajo”) parece haber tenido presente dicho principio en su formulación del art. 79, en el que se enunciaba en términos negativos, como prohibición de extinción del contrato.

¹²⁷ Así lo señala también GUILARTE, que describe el principio de estabilidad en el empleo como “objetivo de las actuales corrientes”, siendo su finalidad garantizar al trabajador “la posibilidad de hacer valer, ante aquél (el patrono), los derechos que la Ley le otorga en cualquier aspecto de la relación laboral” (GUILARTE, A.M.: *Manual de Derecho del Trabajo*. Ed. Clares. Valladolid, 1968, p. 177).

¹²⁸ MONGE RECALDE (*La excedencia laboral en la jurisprudencia*, Bosch, 1.987, ps. 29-30) apunta como momento inicial de introducción del principio de estabilidad en el trabajo en la legislación social española la promulgación de la Ley de Reglamentaciones de Trabajo, de 16 de octubre de 1942, porque ésta parte de una asimilación de las relaciones de trabajo privadas a la relación funcional, en la que el funcionario es “propietario” de su puesto de trabajo (VIDA SORIA, “Suspensión del contrato de trabajo”, en AA.VV.: *Comentarios a las leyes laborales* (dir. E. BORRAJO DACRUZ). Vol. IX. Madrid 1.983, p. 100). Señala, asimismo, que el robustecimiento de dicho principio se anuda a la política legislativa en torno a la figura de la excedencia, que se presenta como mecanismo obstaculizador de la facultad rescisoria del empresario. En todo caso, el punto de inflexión se encuentra en el paso a un sistema de contratación por tiempo indefinido, impuesto por la Ley de contrato de trabajo de 1944, cuyo art. 76 introduce el principio de permanencia de la relación laboral, presumiendo incluso la existencia de la duración indefinida del contrato, así como por las Reglamentaciones de Trabajo.

¹²⁹ VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato de trabajo”. *Comentarios a las leyes laborales*, op.cit., p. 29. MAINGAIN, por su parte, concede a la estabilidad del empleo el carácter de “valor esencial de la colectividad”, que justifica el esfuerzo legislativo realizado al respecto, basado en el hecho de que “la personne qui n’a d’autres ressources que son travail se trouve en position de faiblesse essentielle dès lors que ses revenus, sa protection sociale, son identité sociale même, dépendent d’une personne tierce qui, selon son gré, pourrait donner ou retirer le bénéfice du contrat de travail” (MAINGAIN, B.. “Employeurs et salariés en droit belge”, en VV-AA. (dir. Jacques GHESTIN y Marcel FONTAINE): *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*. LGDJ. Université Catholique de Louvain-la-neuve. 1.996, p. 140).

Como reflejo de ello, comienza a observarse con mayor fuerza el recurso a ciertas técnicas que, si bien no desconocidas en el ámbito de las relaciones laborales, habían sido relegadas a un segundo plano, en la medida en que la coyuntura del mercado de trabajo no las requería¹³⁰. Se producen entonces los intentos de limitar el poder extintivo del empresario, es decir, de someter el despido a una justa causa, restringiendo la discrecionalidad empresarial¹³¹. Entre estas medidas y como

¹³⁰ Señalaba en el año 1970 al respecto HORION (“Suspension et interruption du contrat du travail”. *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato de Lavoro*, nº 2, julio-diciembre, 1970, p. 170) que la estabilidad relativa del empleo es asegurada mediante técnicas desarrolladas durante los últimos decenios, entre las que cita: 1º la reglamentación de las cláusulas de prueba, 2º el sistema de causas legítimas de suspensión de la ejecución del contrato, 4º la reglamentación de la disolución del contrato y 4º las indemnizaciones extraordinarias por ruptura contractual.

¹³¹ Debe recordarse que la protección de la estabilidad en el empleo pasa por la garantía del mismo contra el despido. Es decir, el referido principio forma parte de un tándem en el que figura la conservación del puesto de trabajo frente a su extinción. Así se constata en la legislación comparada (v.gr., el Código del Trabajo chileno, cuyo Título V reza: “De la Terminación del Contrato de Trabajo y Estabilidad en el Empleo”), y precisamente ésta es la medida a la que recurren los ordenamientos europeos ante la crisis de empleo que se avecina en los años sesenta. V.gr., el Código civil italiano de 1942, que recoge en su artículo 2.097 - Libro V, arts. 2096 a 2129, regulador del contrato de trabajo- el principio de estabilidad en el empleo y de conservación del puesto de trabajo, presumiéndose, según se deduce de la posterior interpretación que del precepto realiza la Jurisprudencia, la existencia de una cláusula de estabilidad tácita cuando la duración del contrato sea especialmente extensa. También la vieja ley de empleo privado establecía que “el patrono conservará el puesto al empleado” (art. 6). Aunque en el caso italiano, se produzca la derogación de la citada cláusula, derivada del art. 2097 del Codice civile, por la ley de 18 de abril de 1.962, número 230, la medida no se dirige a la destrucción del principio, sino a la flexibilización de la contratación, para favorecer la celebración de contratos temporales; así se deduce del art. 1 de la propia ley 230/1.962, que acoge el principio de “permanencia” del contrato y de la ley de 15 de julio de 1.966, que recoge los principios del acuerdo interconfederal de 10 de febrero de 1.969, *sobre la seguridad en el empleo*, por el que se limita la posibilidad del despido a la concurrencia de justa causa (RIVA SANSEVERINO afirmaba en el año 1.969 *la clara tendencia del ordenamiento italiano a multiplicar los casos de simple suspensión del contrato, como presunción general frente a la cesación*, lo cual confirma el principio de conservación típico de la relación laboral, op.cit., p. 302). En el mismo sentido se pronuncia la Ordenanza francesa de 13 de julio de 1.967, por la que se instituye la obligación indemnizatoria en caso despido, o la Ley alemana de 4 de agosto de 1.969 (que refuerza la protección por primera vez reconocida en 1951). La preferencia constatada hasta el momento por el contrato estable (por tiempo indefinido y a jornada completa) comienza a perder intensidad, dejándose paso a formas de contratación más flexibles (v.gr., contratos de duración determinada o temporales). Por ello se intensifica la necesidad de seguridad en el trabajador asalariado, que se canaliza a través del refuerzo de las medidas protectoras de la estabilidad en el empleo, especialmente a partir de los años setenta, en los que comienzan a proliferar las medidas flexibilizadoras, de “fomento del empleo”. El fenómeno puede observarse incluso en el Reino Unido, un país tradicionalmente flexible en materia de extinción contractual; en 1.971 se dicta la *Industrial Relations Act*, dominada por la nueva idea de estabilidad en el empleo: en ella se crea la figura del despido injusto o sin justa causa, limitándose por primera vez la libertad extintiva del empresario; asimismo, en 1.978 se promulga la primera ley dirigida directamente a la tutela contra el despido injusto o arbitrario: la *Employment Protection Act* (*ley de protección del empleo*). También el legislador belga se inscribe en tal tendencia, de “mejora de la estabilidad del empleo”, con la ley de 4 de marzo de 1954, por la que se ampliaron las causas de suspensión; la ley de 10 de diciembre de 1.962 continua dicha línea legislativa, reformando el régimen del despido (que se unifica para ambas categorías de trabajadores: los empleados o “asalariados” y

correlativo del estrechamiento de las causas extintivas se sitúa la suspensión del contrato de trabajo, cuyas causas legitimadoras, con anterioridad reducidas en ciertos ordenamientos a las obligaciones militares y a las circunstancias relacionadas con la salud, la maternidad y las obligaciones familiares¹³², se multiplican a partir de esta fecha, para dar cabida a aquellos acontecimientos incompatibles con la ejecución continuada del contrato pero carentes de virtualidad legal para provocar su extinción, formulándose en términos negativos, es decir, como restricciones a la facultad rescisoria del empresario. A la vez se amplía su protección social a través de la creación de indemnizaciones adicionales a cargo de la Seguridad social o el reconocimiento del derecho al salario a cargo del empresario¹³³.

También la doctrina se hace eco de dicha tendencia latente en la sociedad y recogida por el legislador, recurriendo al principio de la estabilidad del empleo como fundamento de la suspensión del contrato de trabajo¹³⁴. Puede decirse, por tanto, que se produce una “socialización” de la teoría jurídica de la institución¹³⁵, en la que la teoría se construye para justificar y explicar jurídicamente una función social: la estabilidad del empleo.

La traslación del principio, que adquiere en el tránsito el carácter social propio de las normas laborales, significa un cambio sustancial en su naturaleza, al operarse una sustitución del bien jurídico protegido. En efecto, si la finalidad perseguida por el principio de conservación del negocio era preservar la existencia del negocio en sí mismo considerado, en beneficio especialmente del acreedor perjudicado por el incumplimiento del deudor, la del principio de estabilidad del empleo es garantizar la

los “trabajadores manuales” u obreros, vinculados respectivamente por *contrat d’emploi* y *contrat de travail*).

¹³² V.gr., *Loi sur le contrat d’emploi* belga, de 3 de julio de 1.978. V. comentario a la misma en *Loi relative aux contrats de travail. Loi du 3 juillet 1.978. Commentaire législatif*. Bruylant. Bruxelles, 1.978.

¹³³ Así sucede, entre otros países, en Alemania -ley de 27 de julio de 1.969, por la que se prolonga el periodo de enfermedad y se reconoce el derecho a conservar la remuneración a cargo del empresario-, y en Francia -declaración común de 20 de abril de 1.970, entre el Conseil national du Patronat français y las principales organizaciones sindicales, de la que serán fruto los acuerdos profesionales por los que se reconocen indemnizaciones adicionales a las de la Seguridad social, a cargo del empresario-.

¹³⁴ Así se expresa BLANC-JOUVAN en el año 1.970: “el mayor interés de la teoría de la suspensión es indiscutible: es el de alumentar la estabilidad del empleo y asegurar, en cao de interrupción temporal del trabajo, la supervivencia del vínculo contractual” (BLANC-JOUVAN, X.: “Suspension et interruption du contrat du travail”. *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato di Lavoro*, nº 1, enero-junio, 1970, p. 65). De ahí que vaticine un crecimiento importante de las causas de suspensión.

¹³⁵ En cuanto a su reflejo legislativo en el Derecho español, sostiene VIDA SORIA que la primigenia intención neoliberal quedó recortada en su plasmación en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, por virtud de la carga doctrinalista del mismo, dando lugar a la consolidación y refuerzo de la vicisitud suspensiva (VIDA SORIA, “Suspensión...”, op. cit., p. 31).

continuidad de la relación laboral en beneficio del *trabajador*¹³⁶, para el cual ésta constituye “algo más que un vínculo jurídico”: el bien jurídico protegido pasa a ser en este caso el puesto de trabajo, no el negocio jurídico, en tanto constituye medio de vida del trabajador y de su familia¹³⁷.

El carácter tuitivo del Derecho del Trabajo se plasma en este supuesto en la garantía de la conservación del puesto de trabajo frente a circunstancias obstativas a la ejecución del contrato por parte del trabajador o del empresario, pero que tienen carácter meramente *temporal o transitorio*, lo que provoca que, desaparecida la circunstancia que provocó dicha imposibilidad, nada impida continuar o reanudar la ejecución del contrato cuyos efectos quedaron suspendidos. Por tanto, a través de este principio se da entrada a conceptos que no son estrictamente jurídicos¹³⁸, sino sociales, pero que deben ser objeto de atención como en cualquier otro tipo de contrato se toma en cuenta la voluntad e intereses de cada uno de los contratantes¹³⁹. Si se trata de una relación jurídico-social, también sus disposiciones reguladoras deben contemplarlo así, si no se quiere desvirtuar la finalidad de la ley: regular la realidad que contempla.

La tesis de la estabilidad del empleo, formulada por los tratadistas franceses, ha tenido gran predicamento entre la doctrina científica, hasta el punto de poder afirmarse que constituye hoy día axioma inmutable en el Derecho social, en el que se destaca como fundamento de la figura de la suspensión. Junto a él continúan esgrimiéndose las viejas teorías de la imposibilidad o el incumplimiento de la prestación. La doctrina más reciente, y cabe decir que mayoritaria, se inscribe en una

¹³⁶ En palabras de SAGARDOY, los efectos que se derivan de la suspensión están concebidos, en una gran mayoría de los supuestos, para no perjudicar a la parte más débil de la relación laboral: el trabajador (SAGARDOY BENGOCHEA, DEL VALLE VILLAR, GIL y GIL y GETE CASTRILLO: *Prontuario de Derecho del Trabajo*. 1.995, p. 340).

¹³⁷ En ciertas culturas, de filosofía calvinista (v.gr., la americana), el trabajo es algo más que un medio de vida: es el instrumento al alcance de cualquier individuo para ver colmado su afán de éxito en la vida, que cobra un sentido religioso: el trabajo constituye un deber moral, porque lograr el éxito es un medio de servir y honrar a Dios. Al respecto comenta V. VERDÚ, en su obra *El planeta americano*, (Anagrama, 1.996, ps. 47-48) que “los americanos son trabajadores acérrimos en busca de su prosperidad individual. Cuentan apenas con 10 o 15 días de vacaciones anuales, pero, además, el 38% confesaba en una encuesta de julio de 1.995 (Strategic Consulting Research) no haberse tomado un solo día de descanso en 1.994. Dos años antes el porcentaje de estos supertrabajadores era del 26%; 12 puntos porcentuales más bajo. No sólo no trabajan menos a medida que crece su renta, sino que cada vez trabajan más.”

¹³⁸ GARCÍA ABELLÁN califica a tal principio de “extrajurídico” (GARCÍA ABELLÁN: *El riesgo imprevisible en el Contrato de Trabajo*, op.cit., pág. 41).

¹³⁹ RODRÍGUEZ-SAÑUDO (op.cit., p. 38) aboga por la necesidad de observar detenidamente la repercusión que haya de tener la interrupción imprevista de la prestación sobre el fin del negocio tal y como había sido previsto por las partes en el momento de su conclusión. En este momento desplegaría sus efectos el principio de estabilidad en el empleo, por medio del cual el Ordenamiento jurídico sustituye la voluntad conjunta de las partes (presumiendo que no será común) por la voluntad presunta del trabajador (suponiendo su voluntad de conservar el puesto de trabajo).

corriente que podría denominarse *teoría de la imposibilidad-estabilidad*, ya que concibe inseparablemente las tesis de la imposibilidad sobrevenida y el principio de estabilidad del empleo, conformando ambos dos caras de un mismo fenómeno. En virtud de dicha tesis, el fundamento de la suspensión tendría un doble carácter: de un lado, el jurídico estaría constituido por la imposibilidad de ejecución y, de otro, el fundamento social estaría basado en la estabilidad del empleo. Uno funciona como causa directamente generadora de la suspensión y el otro como la finalidad perseguida por el legislador al crear y regular la figura. Juntos conformarían el fundamento de la institución¹⁴⁰.

El principio de estabilidad del empleo ha recibido desde su primera formulación tratamientos muy diversos por parte de la doctrina europea¹⁴¹, especialmente en torno a su ensamblaje con el fundamento estrictamente jurídico de la figura de la suspensión:

MENGGONI¹⁴² concibe la suspensión como un supuesto de colisión de dos deberes, cuya concurrencia provoca la imposibilidad *técnica* de cumplimiento de uno de ellos, el de prestar el trabajo, pues el deber de diligencia que se compromete a asumir el trabajador y que es propio de la “fase preparatoria del cumplimiento” de la prestación no es exigible incondicionalmente hasta el punto de prohibir o impedir a aquél toda manifestación de su personalidad¹⁴³: “el cumplimiento de un deber, en

¹⁴⁰ En esta línea se inscriben, entre otros, DIÉGUEZ CUERVO (DIÉGUEZ CUERVO, G.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*. 2 volúmenes. Civitas. Madrid), quien reconduce la suspensión a imposibilidad del trabajador, ya sea ésta física o legal, siendo atribuible al empresario sólo en el supuesto de que la imposibilidad tenga carácter colectivo (en cuyo caso su origen será la fuerza mayor o bien la excesiva onerosidad: de nuevo se esgrime el concepto de excesiva onerosidad, utilizado por la civilística italiana, para fundamentar la suspensión debida a la organización empresarial cuando se trata de causas económicas o técnicas en relación con la organización de la empresa), si bien en cualquier caso la imposibilidad es “corregible”; (PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*. Ceura, Madrid, 1.995, p. 829), y ÁLVAREZ ALCOLEA (ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: “La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores.” REDT, Civitas, NÚM. 5, 1.981, p. 19 ss.), quien afirma, sin ningún género de duda, que los supuestos de suspensión son, en su mayor parte, resultado de una modificación sobrevenida de las circunstancias subyacentes a la relación obligatoria, de ejecución prolongada en el tiempo, de manera que el estudio de la suspensión se convierte en la búsqueda de la incidencia de tal modificación sobre la relación de trabajo.

¹⁴¹ Debe decirse continental, ya que lo que se conoce en el Derecho británico como “suspensión” no es más que un aspecto parcial de la suspensión de los Derechos del Continente. Vid. sobre el particular, HAHN-FREUND: “Suspension of the contract of employment in English Law”, *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato de Lavoro*, nº 2, julio-diciembre, 1970, ps. 3 y ss. En el Derecho británico la suspensión sólo puede ser motivada por tres causas: 1ª un conflicto colectivo (huelga) o la suspensión disciplinaria; 2ª el acuerdo entre las partes, y 3ª el *redundancy* o paro técnico.

¹⁴² MENGGONI, L.: “La stabilité de l’emploi en droit italien”, en *La stabilité de l’emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.* Luxemburgo, 1958, y “Note sull’impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro”, en *Scritti in Onore di Scialoja*, vol. IV, p. 265. (Traducción de J. GARCÍA ABELLÁN, en op.cit.).

¹⁴³ En el mismo sentido, LAVAGNINI (op.cit.), para quien el cumplimiento por parte del trabajador de otras obligaciones, consideradas prevalentes frente a la prestación de trabajo, justifica la falta de

colisión con la obligación contractual, y objetivamente valorado como prevalente con respecto de ésta, constituye causa legítima de suspensión o, según los casos, interrupción de la relación de trabajo, la que sin embargo subyace en todos sus efectos bajo la sobrevenida imposibilidad no culpable, de la prestación”. La tesis de la *imposibilidad técnica* permite calificar hechos voluntarios de impeditivos, sin que ello signifique incumplimiento contractual.

MENGONI suscribe la tesis de la estabilidad del empleo y entiende que el interés tutelado por las normas que regulan la suspensión del contrato de trabajo es el propio puesto de trabajo como bien autónomo. Sitúa, por consiguiente, el ámbito de la protección que dimana de la figura de la suspensión en una de las partes de la relación contractual: el trabajador (quedan, por tanto, sin explicación aquellas causas en las que la suspensión no se debe al cumplimiento de un deber).

Toshio YAMAGUCHI, partiendo de la insuficiencia de la tesis de la “*exceptio non adimpleti contractus*”¹⁴⁴, y siguiendo a DURAND, considera que la construcción propia de la figura de la suspensión en el ámbito laboral, que sitúa en las postrimerías de la Primera Gran Guerra, se funda en el concepto de imposibilidad temporal de ejecución del contrato (resultante de un acontecimiento que escapa al control de las partes), configurándose como restricción de los efectos extintivos de la fuerza mayor. Atribuye su nacimiento a la necesidad de explicar la paralización de la ejecución de los contratos por fuerza mayor cuando ésta tiene carácter temporal (en cuyo caso el deudor no queda liberado y la obligación queda sólo suspendida hasta que aquélla desaparezca, siempre y cuando el retraso en el cumplimiento no comprometa el acuerdo de las partes al violar una cláusula esencial).

En la tesis de YAMAGUCHI, de inspiración esencialmente pragmática, ya que, a juicio del autor, la finalidad de la suspensión es la obtención de un resultado material:

prestación o “ausencia justificada del trabajo”, excluyendo, por tanto, el incumplimiento voluntario.

¹⁴⁴ Entiende que existen dos nociones bien diferentes de suspensión: una de ellas constituye un aspecto de la teoría de la *exceptio non adimpleti contractus*, y la otra se aplica a la restricción de los efectos extintivos de la fuerza mayor, que se configura como noción independiente de suspensión. Se trata de dos figuras bien distintas, por más que ambas sean excepciones que permiten no ejecutar temporalmente un contrato. El mecanismo de la interrupción de la ejecución en el caso de la *exceptio non adimpleti* juega únicamente sobre la relación de causalidad, sobre la interdependencia de las obligaciones recíprocas que comporta el contrato sinalagmático: si la obligación de cada parte tiene por causa jurídica la obligación correlativa de la otra, el incumplimiento por uno de los contratantes de sus compromisos debe justificar para el otro el ejercicio de la facultad de no ejecutar los suyos. Argumenta el autor que de esta teoría resulta que el incumplimiento parcial producto de la interrupción de la ejecución en caso de suspensión es una consecuencia accidental, determinada por la naturaleza particular del contrato, cuando en realidad es la consecuencia esencial de la suspensión. Por el contrario, el concepto independiente de suspensión viene a ser un incumplimiento justificado del contrato por una de las partes, resultando no de la carencia de la otra, sino de un acontecimiento impeditivo de la ejecución de sus compromisos: el deudor es liberado temporalmente por el efecto de la fuerza mayor, conservando el contrato su existencia en razón del carácter temporal del impedimento.

mantener la vigencia del contrato en beneficio de ambas partes (pero especialmente del trabajador, ya que para él constituye medio de vida), destaca particularmente como esencia jurídica de la figura el efecto dilatorio sobre la ejecución del contrato. La institución jurídico-laboral se asienta sobre un fundamento jurídico, que permite describir la naturaleza de la suspensión, y otro social, que justifica su existencia:

- El *fundamento jurídico* se identifica con la imposibilidad temporal de ejecución. La idea básica es que la imposibilidad temporal de ejecución debida a caso fortuito o a fuerza mayor tiene un efecto dilatorio sobre la ejecución del contrato, por oposición a la imposibilidad definitiva, que produce un efecto extintivo.

El concepto de suspensión halla su fundamento jurídico en el rechazo de una reacción excesivamente formalista del Ordenamiento jurídico contra un hecho que, siendo de carácter temporal, no ha de impedir la continuación de la relación contractual, pues no es ése el deseo de las partes, ya que se trata de un hecho impeditivo ajeno al control y diligencia de las mismas. La suspensión supone que la ejecución no es exigible, siendo aplazado su cumplimiento o dilatados sus efectos.

- El *fundamento social*: de él emana el principio de la estabilidad del empleo (“stabilité de l’emploi”), ya aludido por DURAND. Para YAMAGUCHI, la suspensión contractual es una técnica que permite mantener en vigor la relación laboral cuando la ejecución del trabajo debe ser interrumpida temporalmente por causa de incidentes exteriores y devolverle plenamente el vigor cuando los obstáculos desaparecen. Se trata de una figura que funciona no sólo en favor del trabajador, sino también del empresario¹⁴⁵, pues protege a los trabajadores en numerosos casos contra los despidos eventuales por circunstancias que tienen mero carácter temporal (y que se relacionan con la esfera personal de éste o con eventos concernientes al funcionamiento de la empresa), y a la economía de la empresa, en tanto evita el coste del despido en caso de crisis temporal y el de la nueva contratación cuando ésta cese.

¹⁴⁵ YAMAGUCHI señala a un tercer beneficiario de los efectos beneficiosos de la suspensión: el mercado de trabajo, en tanto evita su desorganización masiva. Entiende que el concepto de garantía del empleo es incompatible con un sistema económico basado en la libertad de comercio y de industria, resultando inválido este argumento si se concibe la empresa como una institución, a través de la que se sostiene no sólo el trabajador, sino todos aquellos que están a su cargo. De manera que es la colectividad de las empresas la que soporta la carga de la remuneración de la colectividad de los trabajadores (“socialización de la remuneración”). Tal circunstancia debe tenerse en cuenta en la fijación del salario, y por tanto, es la base sobre la que se sostiene el deber de garantizar el empleo, manifestada o propia del Derecho contemporáneo del Trabajo, es una de las tendencias más marcadas dentro de éste (YAMAGUCHI, op.cit., p. 45 y ss.)

Desde el punto de vista jurídico, YAMAGUCHI explica la estabilidad del empleo como respuesta a la propia naturaleza peculiar del contrato de trabajo, frente al resto de contratos sinalagmáticos. Dicha especialidad reside en la particular fragilidad¹⁴⁶ del mismo, frente a la cual se alza la política moderna del empleo, para asegurar la continuidad de la relación contractual de trabajo¹⁴⁷. En el Derecho del Trabajo moderno, entiende YAMAGUCHI que, siendo el principio básico el rechazo de la pretendida igualdad entre las partes contractuales, la tendencia es al establecimiento de un régimen que responda a la realidad económica y social de las relaciones de trabajo, razón por la cual el Derecho del Trabajo se aleja de las reglas del Derecho común, afirmando su singularidad. Una de las notas que componen el cuadro de esa particularidad es la garantía de la estabilidad del empleo, principio de carácter esencialmente unilateral, en cuanto actúa en favor del trabajador¹⁴⁸, y que despliega sus mayores efectos sobre el contrato de duración indefinida.

¹⁴⁶ La fragilidad inherente al contrato de trabajo resulta tanto de circunstancias exteriores al contrato (relativas al funcionamiento de la empresa, a la persona de una de las partes, o a conflictos colectivos de trabajo, respectivamente el cierre temporal por causa de crisis en el primer caso, la enfermedad, maternidad o cumplimiento de obligaciones públicas en el segundo, y la huelga y lock-out en el tercero) que pueden hacer peligrar su continuidad, como del propio carácter personal del mismo (dado el carácter sucesivo del contrato, su precariedad puede ser agravada por causa de la libertad de las partes a liberarse del vínculo contractual). Deben destacarse tres factores: el derecho de rescisión unilateral, el efecto inmediato de la ruptura (pues el control judicial se *ejerce a posteriori*, una vez se ha consumado la ruptura, sin que sea posible la reintegración del trabajador a su puesto de trabajo si existe oposición del empresario, pues éste es un contrato no susceptible de ejecución forzosa) y la inestabilidad de las condiciones de trabajo (puesto que el estado del mercado de trabajo, en el que la demanda de empleo supera a la oferta, no permite al trabajador rechazar las modificaciones que tenga a bien imponer el empresario (que está en condiciones de decir, “si vous n’acceptez pas ces conditions de travail, il y en a beaucoup d’autres qui les accepteront.” dada la falta de igualdad entre las partes). Es así que, además de la inestabilidad resultante del derecho de rescisión empresarial, el trabajador se halla, aun conservando su empleo, sometido a la amenaza constante de medidas de mutación, o de disminución salarial, que dependen de la voluntad del empresario (p. 55).

¹⁴⁷ No olvida el autor la existencia de ciertos efectos perniciosos de la política de la estabilidad del empleo, tanto de orden técnico (al provocar la aparición de un sistema jurídico complejo, que pudiera ser fuente de frecuentes contenciosos), como económico-social (por lo injusto de una política que obliga al empresario a soportar en solitario las cargas financieras resultantes, lo cual puede provocar profundas perturbaciones en el funcionamiento de la empresa y, por tanto, genera la necesidad de su reparto, v.gr. con la institución de la Seguridad social (debe recordarse que YAMAGUCHI hace tales afirmaciones en una época en la que la Seguridad social no cubre tales riesgos), y en cuanto a la política general del empleo (ya que causa rigidez dentro de las relaciones de trabajo, en cuanto el empresario puede tender al despido de los trabajadores antes de que alcancen cierta antigüedad en la empresa que pueda proporcionarles ciertas ventajas ligadas a la duración de sus servicios), pero destaca que importancia de tales inconvenientes no es mayor que la de sus ventajas.

¹⁴⁸ Ya que, en caso de ruptura, mientras para el trabajador lo que está en juego es la libertad personal (por cuanto lo que se compromete es la propia persona), para el empresario sólo lo es la libertad de iniciativa económica, la libertad de organizar y dirigir la empresa (p. 57). Por lo tanto, “desde el punto de vista del principio de salvaguarda de la libertad individual, el sistema de la ruptura unilateral, basado en una idea de completa reciprocidad entre las partes, no encuentra

Es así que, frente al Derecho común, en el que el principio de estabilidad del contrato (o principio de conservación del negocio jurídico) tiene carácter bilateral (funciona en favor de ambas partes), en el Derecho del Trabajo moderno se configura como mecanismo de protección del trabajador, siendo su carácter esencialmente unilateral: se presenta como instrumento de tutela del trabajador contratado por tiempo indefinido contra el ejercicio arbitrario del poder de despido del empresario¹⁴⁹. Pero a la vez, la política de estabilidad del empleo se manifiesta en un segundo plano, de sentido positivo: pretende asegurar el mantenimiento del contrato de trabajo durante un tiempo ilimitado¹⁵⁰.

C. El estado actual de la cuestión en la doctrina española

Como ya se ha puesto de manifiesto, la doctrina española más reciente suscribe la tesis de la estabilidad del empleo, que aparece como principio indiscutible e indiscutido¹⁵¹, y de ahí que, en muchas ocasiones, se obvие su construcción dogmática o se remita a la doctrina más autorizada sobre el tema (v.gr. YAMAGUCHI, DURAND...).

fundamento válido alguno, y que la atribución al empleador de un poder de despido *ad nutum* aparece como absolutamente injustificable” (p. 57). Por el contrario, el interés del empresario de gozar de una plena libertad en materia de ruptura del contrato debe ceder ante el interés opuesto del trabajador a conservar su empleo (p. 60). De ahí la particular significación de la regla de la estabilidad en el Derecho del Trabajo moderno.

¹⁴⁹ Pero no afecta al derecho recíproco del trabajador de instar la ruptura, mediante el mecanismo de la libre dimisión. Las medidas utilizadas para promover la estabilidad del empleo son de carácter bifronte: por un lado, deben destacarse las que tienden a evitar la cesación de las relaciones de trabajo (que se traduce en la existencia de dos medidas complementarias: las que previenen contra incidentes externos susceptibles de afectar el curso normal de la relación: así las causas económicas; y, en segundo lugar, el incumplimiento voluntario de la prestación de trabajo consecuencia del ejercicio de un derecho -v.gr., funciones sindicales-, que, consiguientemente, no pueden ser calificados de falta), y por el otro, las que persiguen limitar el ejercicio del derecho al despido por el empresario, reglamentando el poder disciplinario.

¹⁵⁰ Sin embargo, las reglas bajo las que se presenta la política de estabilidad en el Derecho positivo son limitadas (“la regla de la estabilidad del empleo no puede ser ni absoluta ni uniforme”, citando el ejemplo del personal de alta dirección, cuya relación se rige por normas distintas a las aplicables al resto del personal, basadas en la relación de confianza existente entre las partes.), ya que únicamente pueden asegurar una estabilidad relativa de la relación contractual, pues, no pudiendo suprimir el poder de despido empresarial (ello supondría eliminar la libertad individual del empresario, lo cual no casaría con una sociedad pluralista), se limitan a restringirlo, en un esfuerzo por conjugar ambos intereses contrapuestos, respetando el poder de organización del empresario. Por lo demás, la estabilidad en el empleo asegura al trabajador una “movilidad organizada”, evitando su exposición a una perpetua movilidad (que le obligue a peregrinar de empleo en empleo de forma precaria).

¹⁵¹ Así lo entiende RAMÍREZ MARTÍNEZ, quien arguye que “hay un claro acuerdo” entre la doctrina. Para dicho autor, “la suspensión del contrato sería una manifestación jurídico positiva del principio de estabilidad” (*Cuadernos del Poder Judicial*, op.cit., p. 17). Se observa en este autor una tendencia, que es común a la generalidad de la doctrina, a justificar o sostener la teoría de la suspensión bajo una multiplicidad de tesis al tiempo: principio de estabilidad del empleo, excepción de contrato incumplido *ex art. 1.100 in fine C.c.* ... ORTIZ LALLANA prefiere acudir a un principio general de justifica para justificar la suspensión del contrato. Sostiene que la dinámica

La anterior conclusión es trasladable al ámbito de la ley y la jurisprudencia. Ya el art. 79 de la Ley del Contrato de Trabajo asumía el principio como prohibición de extinción del contrato¹⁵². En cuanto a la jurisprudencia, se ha afirmado por el Tribunal Supremo que “la estabilidad de la relación laboral es esencial, por ser el derecho al trabajo el primero y básico establecido en el art. 4.1 del Estatuto de los Trabajadores¹⁵³.”

Por ello son pocos los autores que van más allá de la simple enunciación del principio¹⁵⁴, que se da por asumido.

Entre ellos están MARTÍN VALVERDE¹⁵⁵, para el que la suspensión constituye una opción en favor de la estabilidad del empleo del trabajador, presumiéndose su interés - más digno de protección que el de su contraparte en el contrato¹⁵⁶- en la continuidad del vínculo, cuando acontecen *situaciones, provocadas por una causa obstativa, que impiden el normal desenvolvimiento¹⁵⁷ de la relación de trabajo*. Así como SAGARDOY¹⁵⁸,

del contrato de trabajo ofrece una pluralidad de instituciones en las que, no habiendo prestación de una de las partes obligadas, se exige por ley el cumplimiento de la contraparte, y ello en función del “restablecimiento de una mayor justicia y aun la consecución de una mayor igualdad entre las partes, unidas por una relación contractual cuya peculiar configuración, dado el contexto social en que se desenvuelve, los sitúa en una posición inicial desigual y diferente” (op.cit., p. 35). También la jurisprudencia se adscribe a la tesis de la estabilidad del empleo: a título de ejemplo, STS de 12 de noviembre de 1.986 (R.J. 1.986, 6191).

¹⁵² El art. 79 LCT 1944, en lugar de hablar de causas de suspensión, establecía que no podrá fundarse la extinción del contrato en determinadas circunstancias, lo cual convertía a éstas en prohibiciones de despido. La técnica legislativa no merecía, por otra parte, mayores críticas por la doctrina (por el contrario, son mayoría los ordenamientos jurídicos que la prefieren sobre la técnica alternativa, si no de listar las causas de suspensión, típica del Derecho español, de definir en sentido positivo los supuestos que deban considerarse suspensivos), si bien la nueva concreción legislativa fue aplaudida, entre otros, por BENÍTEZ DE LUGO (op.cit., p. 16), por su virtualidad para despejar posibles dudas en torno a la consideración de ciertas hipótesis como causas de suspensión.

¹⁵³ STS de 17 de diciembre de 1.982. Ponente: Sr. García-Murga Vázquez.

¹⁵⁴ Los hay que incluso prescinden de ello, optando por una formulación neutra de la figura de la suspensión: v.gr., RAMÍREZ MARTÍNEZ (GARCÍA ORTEGA, J.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. (dir.) y SALA FRANCO, T.: *Curso de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch. Valencia), que la describe como circunstancias que aparecen a lo largo de la vida del contrato, derivadas del hecho de no ser éste de ejecución instantánea, en virtud de las cuales el trabajador no realiza la prestación a que está obligado (sin producir la pérdida del empleo).

¹⁵⁵ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del trabajo*. Tecnos, Madrid. 1.996.

¹⁵⁶ Ello significa que, sin olvidar el interés empresarial, se otorga mayor tutela al del asalariado.

¹⁵⁷ BENÍTEZ DE LUGO ya había utilizado con anterioridad la expresión “facetas de la relación jurídica que pueden perturbar el discurso de su vida normal” (BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO: *Extinción del contrato de trabajo*, I.E. Reus, Madrid, 1945, p.16)

¹⁵⁸ SAGARDOY BENGOCHEA, DEL VALLE VILLAR, GIL y GIL y GETE CASTRILLO: *Prontuario de Derecho del Trabajo*. 1.995, p. 339.

que nos recuerda el carácter objetivo de la imposibilidad que motiva la suspensión¹⁵⁹ y que conforma los efectos de la misma, al beneficiar incluso a quien incumple (incapacidad temporal y causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, respectivamente). Y, especialmente, ÁLVAREZ ALCOLEA¹⁶⁰, quien fundamenta la suspensión del contrato en la imposibilidad sobrevenida, descrita como una de las posibles “consecuencias derivadas de la actualización de la modificación sobrevenida de las circunstancias subyacentes al contrato”, siempre que se respete la cláusula *rebus sic stantibus*, desvirtuando el sentido del negocio tal y como fue constituido (por tanto, sin llegar a afectar al núcleo del mismo¹⁶¹). Por último, debe citarse a RAMÍREZ MARTÍNEZ, que identifica la existencia de dos finalidades en la suspensión: en primer lugar, la legitimación de la negativa al cumplimiento ante el previo incumplimiento de la otra parte (ex art. 1.100 C.c., como excepción al principio contenido en el art. 1.124 o, mejor dicho, como concreción de la misma), y, en segundo término, la exoneración del incumplidor de la responsabilidad por incumplimiento ex arts. 1.101 y ss. C.c. Cabe oponer a esta interpretación su asentamiento sobre la regla de la *exceptio non adimpleti contractus*, en la que no cabe el concepto de “causa justificativa del incumplimiento” y sobre la que ya se han realizado las consideraciones pertinentes. Sobre ambas finalidades parece planear, a juicio del autor, un fin único: garantizar la estabilidad en el empleo¹⁶².

Al margen de tales consideraciones, algunos autores, adscritos a la teoría civilista de los riesgos, prefieren buscar la base jurídica de la figura en el Derecho común, en la creencia de que no es necesario construir una teoría paralela de signo social, sino que basta con ajustar la teoría general a los esquemas propios del Derecho del Trabajo, cuya esencia es la de desnivelar la balanza *Derecho público-autonomía de la voluntad* en sentido inverso al del Derecho común, por tanto, en favor del papel del Derecho público y en detrimento de la autonomía de la voluntad, sobre la base de la existencia de una desigualdad material entre las partes contratantes que el Derecho común no puede corregir. Entendiendo, pues, que es posible la aplicación de los principios comunes, en los que cabe encontrar soluciones adecuadas también a las cuestiones de

¹⁵⁹ La imposibilidad constituye un incumplimiento objetivo: al Ordenamiento jurídico no le preocupa el comportamiento subjetivo de quien incumple. Por ello resulta preferible recurrir al concepto de imposibilidad, frente al de incumplimiento, más tendente a la subjetivación.

¹⁶⁰ ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: “La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores.” REDT, Civitas, núm. 5, 1.981, p. 19 ss.

¹⁶¹ Ello significa que la imposibilidad tendrá efecto extintivo cuando se produzca un desequilibrio en la relación de equivalencia entre las prestaciones o se frustre la finalidad del negocio.

¹⁶² El principio de estabilidad en el empleo constituye para PEDRAJAS MORENO, a quien cita el autor, el fundamento “remoto” de la suspensión, junto al que se alza como fundamento próximo “la tutela de determinados intereses o valores concretos del trabajador”. Al margen de su mayor o menor base científica, la tesis parece obviar la existencia de una contraparte en la relación laboral, laguna que trata de colmar RAMÍREZ MARTÍNEZ, aludiendo a los valores que afectan al empresario.

índole laboral, ÁLVAREZ ALCOLEA¹⁶³ considera que el supuesto de la suspensión del contrato de trabajo está contemplado en las disposiciones reguladoras del riesgo inherente a cada posición contractual, en las que se establece que el riesgo derivado de la imposibilidad de la prestación, por causa de fuerza mayor o por caso fortuito, no es atribuible a ninguna de las partes, pero tiene virtualidad para liberar al deudor de su obligación de hacer, dibujando un esquema extrapolable al contrato de trabajo. Se trata de los arts. 1.184 y 1105 del C.c.:

- El art. 1.184 C.c. libera al deudor del cumplimiento de la prestación en las obligaciones de hacer, por imposibilidad legal o física de la prestación. En perfecta reciprocidad, el acreedor queda exonerado en las obligaciones recíprocas, ex art. 1.100. Sucede, sin embargo, como destaca RIVERO LAMAS¹⁶⁴, que, en el contrato de trabajo la suspensión no es opción del acreedor ante el cumplimiento del deudor, sino derecho de una de las partes reconocida por ley en casos estrictamente delimitados (*numerus clausus*), es decir, viene impuesta por la ley.
- Según el art. 1.105 C.c., “fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables”. El legislador social utiliza la habilitación legal (“...expresamente mencionados en la ley...”), invirtiendo el principio, ya que, al imputar el riesgo a una de las partes, la excepción deviene regla general.

Siguiendo tal argumentación, lo anterior significa que la suspensión del contrato de trabajo no es una excepción a la norma del art. 1.105, *porque ésta la contempla expresamente*. Es decir, se respeta el principio de “irresponsabilidad” por los riesgos imprevisibles o inevitables. Sucede, pues, que no responden ni trabajador ni empresario, con independencia de cuál de los dos sea quien haya quedado directamente afectado por la imposibilidad. Y de ahí que proceda la suspensión, cuya misión es la de no perjudicar a ninguno de los dos, ya que se suspenden ambas prestaciones. Otra cosa es que existan excepciones como la enfermedad, en la que sólo una de las prestaciones queda suspendida, pero no deja de ser una excepción, basada en la singularidad del caso¹⁶⁵, en tanto es inherente a la naturaleza humana del trabajador (el fundamento es, pues, el mismo que justifica la conservación del salario en las llamadas “interrupciones”)¹⁶⁶.

¹⁶³ ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: “La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores.” REDT, Civitas, núm. 5, 1.981, p. 19 ss.

¹⁶⁴ RIVERO LAMAS, J.: op.cit., p. 185.

¹⁶⁵ En tal caso, ÁLVAREZ ALCOLEA prefiere hablar de “conservación del derecho a la prestación por una de las partes”, en lugar de “suspensión”. No existe en tales supuestos suspensión sino “exoneración del deudor”, a pesar de que la doctrina los haya venido calificando como tales.

¹⁶⁶ MARÍN CORREA, J. M^a: “Las causas de suspensión del contrato de trabajo extrañas a los arts. 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores, y las causas de los apartados “a” y “b” del número 1 de dicho

Entre la doctrina jurisprudencial, ciertos pronunciamientos (v.gr., STSJ La Rioja, de 7 septiembre de 1.992¹⁶⁷) hablan de “circunstancias, que aparecen enumeradas de forma exhaustiva y han de ser interpretadas restrictivamente dado su carácter excepcional, (que) *alteran el normal desenvolvimiento de la vida del contrato sin afectar a la pervivencia del vínculo*”.

1.2.2. Conclusiones

No existe duda alguna sobre el presupuesto o punto de partida obligado de cualquier análisis sobre la suspensión del contrato de trabajo. La teoría de la suspensión debe asentarse sobre la propia naturaleza periódica y personalísima del una de las prestaciones objeto del contrato.

La explicación y génesis de la figura de la suspensión en el contrato de trabajo ha de buscarse en la *propia naturaleza de contrato*. Al ser éste de *tracto continuado*, su ejecución puede encontrarse con determinadas circunstancias cuyos efectos pueden incidir en su desenvolvimiento, y precisamente del desarrollo del contrato se deriva la posibilidad de que en cierto momento surjan vicisitudes (inherentes al desarrollo del contrato¹⁶⁸) incompatibles con aquél. Ello forzaría, en consecuencia, a una opción legislativa entre dar preferencia a una u otra. El Ordenamiento jurídico-laboral opta, pues, por dar preferencia a esas otras circunstancias y, por tanto, las regula como causas de suspensión del contrato, considerando desproporcionado que, siendo tales vicisitudes de carácter temporal, hayan de fundar la extinción del vínculo. Todas estas razones justifican la interrupción temporal del contrato cuando acaezca una circunstancia coyuntural que, por tiempo limitado, provocará la dedicación de uno de los obligados a actividad distinta de la prestación pactada (que será una de las básicas del contrato). Ello no impide la existencia independiente de un hipotético derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo o a la conservación de su puesto de trabajo, como fuente inspiradora de la institución, cuyo carácter tutelar emana de la propia significación y entidad del Derecho del Trabajo.

Así pues, debe afirmarse, con RAMÍREZ MARTÍNEZ, que la suspensión no constituye “excepción a la norma” (o “situación anormal”, como afirmaba VIDA SORIA). Por el

precepto”, en AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1.994, p. 58.

¹⁶⁷ A.S. 1.992, 4266, Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Loma-Osorio Faurie.

¹⁶⁸ En tal sentido, BRANCA, op.cit. Asimismo, VIDA SORIA (*Comentarios al Estatuto... op.cit.*, pág. 33), que, superando la teoría de la flexibilización de la extinción, “excepción a la mecánica extintiva”, la configura como *vicisitud* de la ejecución, propia del contrato de trabajo, derivada de “las peculiaridades de la ejecución del contrato de trabajo”. Ello no supone asimilar la figura de la suspensión a la de una *alteración* del contrato, pues el contrato en nada queda modificado: las obligaciones pactadas conservan su carácter originario; lo único que sucede es que *temporalmente* se deja de ejecutar, en virtud de una *circunstancia que lo impide*.

contrario, forma parte de la naturaleza misma del contrato, y se funda en la naturaleza personalísima de la prestación característica y en la tipicidad de la misma, consistente en una puesta a disposición continuada, aunque limitada diaria y semanalmente, por puras razones de humanidad, pues el trabajo debe ser compatible con el esparcimiento individual y familiar y con el ejercicio de otros derechos o con el cumplimiento de otros deberes sociales¹⁶⁹. Se trata de una situación menos habitual frente a la normalidad de su ejecución continuada, pero normal en tanto ésta es continuada (y puede, pues, llegar a coincidir en el tiempo con otra actividad personal del prestador del trabajo)¹⁷⁰.

Su carácter continuado obliga a rechazar la existencia de una imposibilidad sobrevenida como base de la suspensión del contrato, porque justamente la idea de imposibilidad implica su carácter insólito o contradictorio con el contrato¹⁷¹. La interrupción de la ejecución de las prestaciones se conecta a la ejecución periódica, y de ahí que no deba considerarse manifestación o consecuencia de una imposibilidad sobrevenida, sino exteriorización de la propia naturaleza del contrato. Su carácter es *regular* porque nace de la naturaleza periódica del contrato, forman parte del aleas de éste. Si, en cambio, se asentara en la imposibilidad sobrevenida de su ejecución, estaríamos afirmando su carácter irregular. Además, dicha tesis se topa con un obstáculo jurídico importante, relacionado con el propio carácter del evento obstativo: cómo reconocer tal carácter en la suspensión prevista expresamente por las partes en el momento de constituir el contrato.

Tampoco la tesis de la estabilidad del empleo parece científicamente suficiente como expresión de las razones que justifican la suspensión del contrato, pues, además de tener tintes más sociológicos que jurídicos, no explica por sí misma, si no es en

¹⁶⁹ BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid. 1.994. P. 36.

¹⁷⁰ En el mismo sentido, RIVAS, toda vez que sitúa a la suspensión entre las pausas del contrato de trabajo, junto a los permisos y licencias, pues todas ellas se fundan en el desarrollo del contrato que no puede ser continuado, sino necesariamente “sujeto a diversas pausas” (RIVAS, J.M^a: *Manual de Derecho del Trabajo*, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1.966, p. 157). También SÁNCHEZ-CERVERA (aunque, como tantos otros -MOLERO MANGLANO, BLASCO SEGURA...-, suscribe la definición dada por VIDA SORIA en el año 1.965, como situación anormal por la que atraviesa el contrato), que destaca la permeabilidad de las relaciones laborales a la propia movilidad social y económica que caracteriza a la sociedad industrial. Ello se refleja en un maremagnum de fluctuaciones en las condiciones de trabajo que afectan a cualquiera de los elementos del contrato, entre los que se halla el denominado como “suspensión”, fenómeno provocado por determinadas circunstancias que paralizan la eficacia real del contrato (SÁNCHEZ-CERVERA, op.cit., p. 153.)

¹⁷¹ Además, en la mayor parte de los supuestos que encajan en la teoría de la imposibilidad no existe imposibilidad de cumplimiento. El cumplimiento no es imposible, sino *no exigible* (ORTIZ LALLANA, C.: *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1.985). En casi todos ellos, salvo excepciones como la enfermedad, la prestación es ejecutable y el obligado está en condiciones físicas de hacerlo. Sin embargo, su ejecución supone la renuncia o el abandono de otra actividad o deber, personal o legal, cuya trascendencia social motiva el reconocimiento del legislador como circunstancia “eximente” temporalmente de la ejecución de la prestación, en ocasiones incluso sin pérdida de remuneración.

relación con otros principios jurídicos la institución estudiada¹⁷². Por lo demás, y en el plano de lo social, son otras funciones sociales las que pretenden garantizarse a través del mecanismo de la suspensión, que deviene, por tanto, mero instrumento: es decir, en todo caso, la garantía de la continuidad del vínculo no constituye en sí misma la finalidad perseguida por el Ordenamiento jurídico, sino la consecuencia de la tutela del bien jurídico contemplado por el legislador¹⁷³.

Gran parte de la doctrina entiende la suspensión como técnica destinada a evitar la extinción del contrato¹⁷⁴. En buena parte ello es debido a su tradicional formulación positiva, mantenida todavía hoy en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, que la regulan como excepciones a la extinción del contrato, manifestándose como límite a la facultad extintiva empresarial¹⁷⁵.

¹⁷² Así lo pone de manifiesto RIVERO LAMAS, que identifica a la imposibilidad temporal de cumplimiento como la causa de la interrupción y a la estabilidad del empleo como la razón que impide que dicha causa provoque la extinción, "convirtiendo las que son causas suficientes para proceder a la extinción... en meras causas suspensivas, en la medida en que no significan un incumplimiento definitivo" (op.cit., p. 177; V. sobre el tema de la estabilidad en el empleo: "La estabilidad en el empleo", en *Régimen Laboral*, Vol. I, Barcelona, 1.971). En realidad, la preocupación relativa a la estabilidad del contrato no se traduce en la instauración de la figura de la suspensión contractual, ya que a tal efecto ya existe un régimen particular creado *ad hoc*: el del despido, que, con el objeto de evitar la ruptura del vínculo, causaliza la extinción del contrato, impidiendo que tenga lugar por motivos distintos de los permitidos por la ley (BÉRAUD, op.cit., p. 111).

¹⁷³ Jean Marc BÉRAUD, op.cit., p. 114. Sostiene, respecto de la suspensión que afecta al trabajador, que ésta se halla íntimamente ligada a cuestiones que afectan a la personalidad del trabajador.

¹⁷⁴ Tal es la tesis de CALDERA (CALDERA: *Derecho del Trabajo*, Caracas, 1939, p. 267) y de LLUÍS NAVAS (LLUÍS NAVAS, J.: *Manual de Derecho laboral*. Bosch, Barcelona, 1.975, p. 219), que aporta al concepto elaborado por el primero de los autores la idea de salvaguarda del interés empresarial de que no se ejecute el trabajo en ciertas circunstancias, es decir, entiende la suspensión como instrumento de salvaguarda del interés de la parte que incumple o no ejecuta su prestación (siendo el interés de cada uno completamente distinto: en un caso -el trabajador-, se cifra en la conservación del contrato, y en el otro -el empleador- en la simple intención de no colaborar a la realización de la prestación característica). Así como de SÁNCHEZ-CERVERA (op.cit., p. 154) y de BLASCO SEGURA (op.cit., p. 474), que ve en la extinción la consecuencia natural de la imposibilidad de ejecución de las prestaciones. RAMÍREZ MARTÍNEZ (op.cit., p. 22) apoya la referida tesis de este modo: "ésta es la finalidad típica de la suspensión: establecer los límites a la facultad resolutoria del contrato por incumplimiento; concretar cuándo no hay incumplimiento que permita la resolución; o, si se prefiere, establecer una situación intermedia entre la ejecución normal del contrato y el incumplimiento que permite la resolución del mismo". En el mismo sentido, PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA: "sistematizar la suspensión es dar relevancia a supuestos de incumplimiento del contrato que, normalmente, serían causa de extinción del mismo. Reforzar la suspensión es, correlativamente, restringir la actuación de supuestos extintivos que se pondrían en marcha por el mecanismo normal de las obligaciones recíprocas: ante el incumplimiento de uno de los obligados, el perjudicado puede escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación" (PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*. Ceura, Madrid, 1.995, p. 829). En la doctrina francesa, Jean-Marc BÉRAUD: *La suspension du contrat de travail*. Éditions Sirey, 1.980.

¹⁷⁵ Sirva como ejemplo la legislación suiza: el Código de obligaciones (Título Décimo, introducido por Ley de 30 de marzo de 1911, del Code des obligations) no se contempla la figura de la suspensión del contrato de trabajo, sino la imposibilidad de trabajar "sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale

Sin embargo, no puede considerarse la evitación de la extinción, o, en otras palabras, la conservación del contrato, como una técnica dirigida a una finalidad, sino como un *efecto de la temporalidad del incumplimiento*. Es decir, la suspensión no es una figura creada *ad hoc* para evitar la resolución del contrato por circunstancias menos graves que aquellas que justifican la extinción, sino que la propia dinámica del contrato -su ejecución continuada- es la fuente de tal medida, que vendría a concebirse como uno de los momentos en los que aparece un evento al que el Ordenamiento concede primacía sobre la ejecución de la prestación y, por tanto, permite que se deje de prestar temporalmente: ello está lejos de motivar consideraciones como la de “mal menor”.

El acontecimiento incompatible con la prestación carece de trascendencia suficiente -por su escasa duración temporal- para motivar la extinción de la relación (sería una medida desmesurada¹⁷⁶). Cuestión distinta es que el legislador decida conceder la misma naturaleza y efectos a circunstancias cuya duración no resulta tan escasa, y, sin embargo, se obvia tal hecho al contraponerlo a la trascendencia jurídico-social de la propia circunstancia: v.gr., la prestación del servicio militar, cuya entidad es tenida por el legislador en tan alta consideración -por su trascendencia pública para la seguridad del Estado- que le merece la concesión de garantías especiales, como la suspensión del contrato en lugar de su extinción.

ou d'une fonction publique” (enumeración no taxativa), es decir, por causas inimputables inherentes a su persona (art. 324), estableciéndose en la normativa reguladora del despido (art. 336 e), modificado por la Ley federal de 18 de marzo de 1.988 (RO 1.988 1472 1479), que será abusivo si se debe a cumplimiento de “service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, en vertu de la législation fédérale, ou parce qu'elle accomplit une obligation légale lui incombant sans qu'elle ait demandé de l'assumer.” A su vez, el precepto debe combinarse con lo dispuesto en el art. 336 c): “el empresario no puede rescindir el contrato, siendo nulo el despido: a) durante el cumplimiento de un servicio obligatorio, militar o dentro de la protección civil, b) durante una incapacidad de trabajo total o parcial resultante de enfermedad o accidente no imputables a culpa del trabajador, durante 30 días en el primer año de servicio, 90 en el segundo al quinto, y 180 a partir del sexto; c) durante el embarazo y las 6 semanas posteriores al parto; y d) durante la participación en servicio de ayuda en el extranjero ordenado por la autoridad federal”. Por tanto, el régimen de la suspensión no resulta sino de la combinación de preceptos diversos, reguladores de materias diversas: la imposibilidad para prestar el trabajo por una parte, y la extinción del contrato por otra.

Existen otros Ordenamientos en los que se define como “conservación del empleo”, que, por otra parte, no es más que la causa generadora del efecto, que es la suspensión. Es el caso de Uruguay, donde la enfermedad da derecho a la conservación del empleo, o de Chile, cuyo Código del Trabajo -art. 158- dispone, respecto del cumplimiento del servicio militar obligatorio, que “el trabajador *conservará la propiedad de su empleo...* mientras hiciere el servicio militar o formare parte de las reservas nacionales...”

¹⁷⁶ Así lo afirma también Pozzo, al hablar de “circunstancias que, por otra parte, son transitorias y ante las cuales no es lógico dar por terminado el contrato” (Pozzo, J. D.: *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, 1948, p. 309 ss.). En el mismo sentido, Bayón Chacón y Pérez Botija, con contundente sencillez “la suspensión no afecta a la extinción, sino a la ejecución del contrato” (Bayón Chacón, G.- Pérez Botija, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*. Vol. II. Madrid, 1.967, p. 507).

Las principales teorías utilizadas por la doctrina para fundamentar la teoría de la suspensión del contrato de trabajo (las de imposibilidad sobrevenida, resolución temporal o parcial, fuerza mayor, riesgos del contrato...) parten de la existencia de una anomalía en el desarrollo del contrato. Luego entienden que es impropio de la relación laboral ser interrumpida, es ajena a la misma la posibilidad de que la prestación pueda dejar de ejecutarse. ¿Cómo justifican, entonces, las interrupciones periódicas de la prestación? Especialmente teniendo en cuenta que buen número de tales autores, sobre todo entre la doctrina italiana, suscriben la tesis de que la suspensión es uno de los supuestos que encajan en la estructura de la interrupción de la relación laboral, junto a los descansos y las licencias. Encuadrándose en una misma institución, se sostiene que unas son inherentes a y habituales en el contrato de trabajo, mientras las otras han de explicarse recurriendo a la teoría de la imposibilidad sobrevenida¹⁷⁷.

La razón de ello puede hallarse en el propio método de investigación utilizado, el método inductivo, pues al partirse de los supuestos *positivados* para el análisis de la figura, el estudio queda limitado a los casos expresamente previstos por el legislador, a los que ha considerado suficientemente dignos de obtener el reconocimiento de dicha garantía -la de conservación del puesto de trabajo-, y siendo tales casos en un principio de carácter extraordinario, de tal naturaleza excepcional se ha partido por el analista científico. Ahora bien, si lo que nos interesa es hallar la esencia de la figura y las razones que han llevado a su creación, no podemos limitarnos al estudio de lo ya *positivado* como punto de partida, sino a las razones teleológicas que persigue la figura en sí misma, con independencia del caso concreto (que, sin duda, presentará caracteres propios).

Realizada la exégesis de todas las anteriores teorías y rechazada su validez en el ámbito del contrato de trabajo, cuya especialidad, fundada en la existencia de un conjunto de deberes conexos de carácter jurídico-personal¹⁷⁸ inexistentes en ningún otro tipo de relación contractual, debe ser el pilar en el que se asiente la teoría de la suspensión¹⁷⁹, puede llegarse a una conclusión: la de que la tesis más coherente con la

¹⁷⁷ VIDA SORIA, por el contrario, partiendo de su reconducción a las peculiaridades de la ejecución del contrato de trabajo, evita justificar la suspensión como excepción a la mecánica extintiva, pero recurre a la tesis de la “anormalidad” de la situación, calificando la suspensión de modo imperfecto de ejecución del contrato de trabajo. A ello RAMÍREZ MARTÍNEZ (op.cit., p.20) añade que se trata de una vicisitud contractual en la que el legislador admite la no ejecución o ejecución defectuosa.

¹⁷⁸ RIVERO LAMAS, op.cit., p. 177.

¹⁷⁹ De la misma opinión es MAINGAIN, que afirma la imposibilidad de los mecanismos de derecho civil tradicionales, tales como la teoría de la fuerza mayor, la *exceptio non adimpleti contractus*, la teoría de los riesgos... para resolver los problemas que plantea la suspensión temporal de las relaciones contractuales en el Derecho del Trabajo (MAINGAIN, B.. “Employeurs et salariés en droit belge”, en VV-AA. (dir. Jacques GHESTIN y Marcel FONTAINE): *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*. LGDJ. Université Catholique de Louvain-la-neuve. 1.996, p. 135).

naturaleza de la relación laboral es la de “colisión de dos deberes o facultades de imposible ejercicio simultáneo”. Dada una colisión o incompatibilidad de dos deberes o facultades de imposible ejercicio simultáneo, el sujeto en ella inmerso ha de optar por uno de los dos. Cuando la opción se decanta en favor de la obligación extraña al trabajo en perjuicio de éste, la prestación de servicios debe suspenderse hasta que finalice el desempeño de aquella otra. Por consiguiente, podríamos denominar a esta teoría como “*tesis de la incompatibilidad de obligaciones o de situaciones simultáneas*”: el estado del enfermo es incompatible con el ejercicio del trabajo, o el desempeño de una función representativa... y de ahí la necesidad de suspenderlo. La solución legal será dotar de inimputabilidad al incumplimiento nacido de tales circunstancias: es decir, el incumplimiento deviene *no imputable* (a ninguna de las partes). Pero *que sea una u otra la actividad interrumpida dependerá siempre del criterio del legislador*, que, ponderando ambos valores (para lo cual utilizará el criterio de su trascendencia social), concederá primacía a la actividad ajena al trabajo, garantizando en consecuencia su desarrollo. En tal caso, se producirá la suspensión del contrato, porque existe el presupuesto para ello: su reconocimiento legal (es decir, se produce el efecto liberatorio de determinados eventos, entre los cuales se incluye la autonomía de la voluntad de las partes, que así lo decida, a los que la ley atribuye carácter justificativo). Cuando no sea así, no estaremos ante un supuesto de suspensión. De tal modo que quien se halle en tal encrucijada sólo podrá optar entre la extinción del contrato o la renuncia a esa otra actividad.

Dicha tesis permite fundamentar la suspensión instada unilateralmente por parte del trabajador. Ahora bien, cuando el *incumplimiento no imputable* se deba a fuerza mayor o provenga de la esfera empresarial, no puede mantenerse la existencia de tal incompatibilidad de actividades, deberes o situaciones, porque su prestación no es personalísima. Podría argumentarse que también en este caso existe una incompatibilidad, entre la organización económica y logística de la empresa y la posibilidad de abonar el salario¹⁸⁰, por ejemplo, cuando la suspensión fuera debida a circunstancias relacionadas con la organización económico-logística de la empresa o, en caso de fuerza mayor, por la existencia de un *bloqueo* en el sistema productivo de la empresa; o entre la finalidad de la suspensión por causa disciplinaria y la remuneración (o, en una interpretación más acorde con el fin teleológico de la suspensión disciplinaria, el mantenimiento de la disciplina en la empresa, la incompatibilidad existiría entre el comportamiento del trabajador y el clima de trabajo en la empresa, que ha quedado alterado), pero ello llevaría a una interpretación

¹⁸⁰ A pesar de la común opinión según la cual la obligación del acreedor o empresario es siempre ejecutable porque es una prestación pecuniaria, no personal, puede sostenerse que en caso de crisis esa imposibilidad sí existe: cabe la imposibilidad para el pago, nacida de la carencia transitoria de medios económicos que pueden impedir incluso la adquisición de materias primas o el despliegue de los medios necesarios para que sea ejecutada la prestación recíproca: la prestación de trabajo.

forzada de la tesis expuesta. Así, en el último de los casos examinados -el de la suspensión disciplinaria-, debemos detenernos en la temporalidad de la suspensión: la medida se agota en la propia sanción, la incompatibilidad entre su conducta y el clima de trabajo de la empresa provocan la suspensión y en ella se agota, dure lo que dure ésta en el tiempo.

En todo caso, debe concluirse que el fundamento de la suspensión ha de objetivarse, porque, de lo contrario, sería imposible hallar una explicación unitaria, ya que cada uno de los supuestos obedece a necesidades diversas y, por consiguiente, se funda en presupuestos diferentes (siendo también variables los efectos atribuibles a la suspensión)¹⁸¹. No pueden reconducirse todos los supuestos a una misma proposición teórica. Por ello todos los intentos de explicación unitaria han conducido a construcciones forzadas.

Parece constatarse del análisis de la figura la existencia de una cierta tendencia, connatural a la misma, hacia la diversificación del fundamento según cuál sea el sujeto que accione la suspensión: el deudor o el acreedor de la prestación de servicios. Así lo ha constatado la doctrina¹⁸², que ha tendido a construir tesis diferentes para la suspensión que procede del trabajador y la que proviene del empresario, sobre la base de una contraposición de intereses, nunca coincidentes respecto a la conveniencia o necesidad de instar la suspensión (BÉRAUD¹⁸³). En otras ocasiones, sin embargo, la solución adoptada se apoya en otros elementos, como su origen voluntario o involuntario (HORION)¹⁸⁴.

¹⁸¹ Ya que estarán dominados por una filosofía diferente. En el mismo sentido, BRANCA, op.cit., p. 123., y VIDA SORIA, "Suspensión del contrato de trabajo". *Comentarios...*, op.cit., p. 34.

¹⁸² Así como el legislador. Por ello en ciertos Ordenamientos o no existe una figura que pueda denominarse suspensión del contrato (el caso de Suiza), o se plantea en términos negativos, como prohibición de despido (v.gr., Suiza, Chile, donde también se hace referencia a la "conservación de la propiedad del empleo", o España, en la derogada *Ley de Contrato de Trabajo*), o incluso positivos, como derecho a conservar el empleo (Uruguay: Ley 11.577) o, en aquellos en los que la institución recibe regulación expresa como tal, no se sistematizan todos los supuestos suspensivos bajo un mismo tratamiento y, en consecuencia, se distinguen los "personales", ligados a la persona del trabajador, de los "económicos o productivos", conectados a la unidad productiva empresarial.

¹⁸³ BÉRAUD sostiene que la suspensión refleja el antagonismo existente en las relaciones laborales entre ambas partes contractuales: frente a la suspensión que proviene del trabajador, conectada a su personalidad, la que se origina en la esfera del empresario se funda en el poder inherente a la cualidad de jefe de la empresa y en la teoría de la institución, en definitiva, en el concepto de propiedad o derecho de bienes. Por ello sintetiza el fundamento de la figura en una máxima: "el trabajador razona en términos de libertad y el empresario en términos de producción" (op.cit., p. 117-118).

¹⁸⁴ HORION concibe la suspensión como producto de la voluntad de una de las partes (fait volontaire) o fuerza mayor (HORION, Paul: *Suspensions de travail et salaire garantie*. Lieja. 1.961, p. 15). ÁLVAREZ ALCOLEA, por su parte, tras llegar a la conclusión de que la diversidad de supuestos impide un régimen jurídico unitario, distingue tres: imposibilidad sobrevenida de la prestación de trabajo, voluntad y ejercicio de facultad legal o convencionalmente asignada.

¿Quiere ello decir que es imposible la elaboración de una categoría común? No, por el contrario, nos permite afirmar que existe una cierta homogeneidad entre ellos -siendo la presencia de una “incompatibilidad” el elemento integrador-, pero que, al tiempo, puede constatarse la imposibilidad de reconducir a un esquema único la pluralidad de fenómenos que pueden motivar la suspensión y la existencia de algunos supuestos que escapan a dicha tendencia homogénea. En tal caso cabe afirmar que no se desvirtúa la figura de la suspensión, pero sí se utiliza *con fin distinto*. Así sucede, en primer lugar, con la huelga (y, en su caso, el cierre patronal), utilizada como medida de presión (o de defensa). Su divergencia respecto de otras posibles medidas de presión reside en su cualidad de “medio legal”, categoría que ha alcanzado por reconocimiento de la ley -incluso de rango constitucional en la mayoría de los ordenamientos jurídicos-. Si, en lugar de recurrirse a la interrupción del trabajo, se utilizara, por ejemplo, la movilidad funcional -ejercida unilateralmente por el colectivo de trabajadores-, la huelga habría de estudiarse entre los supuestos de modificación funcional. En segundo lugar, ha de hacerse referencia a la suspensión disciplinaria, cuya finalidad es mantener la disciplina en la empresa, para lo cual se recurre a una medida: la suspensión de empleo y sueldo.

Ello significa que la suspensión es *motivada por*, siendo elemento distintivo de las excepciones la incoación de la suspensión *para*, dirigida a la consecución de algún objetivo. Por tanto, la suspensión no es la consecuencia, sino el instrumento mismo. Por el contrario, la finalidad intrínseca de la suspensión no se dirige a la consecución de un resultado, sino que *ella es* el propio resultado: es el efecto o consecuencia de la interposición de un evento ajeno al trabajo en el desarrollo de un trabajo remunerado, o el mecanismo de solución de un conflicto de deberes u obligaciones de imposible ejecución simultánea.

Todo lo anteriormente expuesto permite afirmar que, no siendo irrealizable la elaboración de un fundamento común a todos los supuestos suspensivos, sí puede formularse una tesis general que capte la esencia de la institución y que resulte aplicable a cualquier otro supuesto que, no *positivado* hoy, pueda ser en el futuro contemplado por el legislador como motivo legítimo de suspensión¹⁸⁵. Es decir, no puede llegarse a la naturaleza de la institución hasta alcanzar la esencia primera que admita su exteriorización a circunstancias que no están consideradas como motivos de suspensión pero que podrían estarlo, porque lo que determina tal distinción es el

¹⁸⁵ El Derecho positivo en general y, en concreto, el español, no posibilita la investigación del fundamento de la suspensión, al optar por una definición de la figura basada en sus efectos. En el Derecho italiano la doctrina (LAVAGNINI) halla para la suspensión un fundamento constitucional, ya que el Texto Fundamental garantiza el derecho al trabajo y por tanto a la conservación del puesto de trabajo, como bien (que conforma el estatus) del que es titular el trabajador. La idea básica es el aseguramiento de la continuidad de la relación laboral, y de ahí la limitación al poder discrecional del empresario y el reconocimiento de determinados derechos ligados al contrato al trabajador, así como el despliegue de su tutela ante ciertas modificaciones introducidas en la relación contractual (LAVAGNINI, op.cit.).

criterio legislativo, mutable y sujeto a cambiantes orientaciones socio-políticas y también a oportunismos coyunturales.

1.3. Naturaleza

1.3.1. Introducción

Si hallar el fundamento de la suspensión es tarea difícil, no lo es menos, e incluso se podría decir que mucho más ardua, encontrar una respuesta satisfactoria a la cuestión de su naturaleza, al quedar ésta siempre definida por sus efectos. Se confunden en la institución de la suspensión esencia y efectos, identificándose a la una con la otra: es decir, la interrupción simultánea de las prestaciones básicas, prestar el trabajo y remunerarlo. Ello nos obliga de nuevo a realizar la misma exégesis que la efectuada en páginas anteriores en torno al fundamento de la figura.

Según el Diccionario de la *Real Academia de la Lengua Española*, suspender es “detener o diferir por algún tiempo una acción u obra”, y en una segunda acepción “privar temporalmente a uno del sueldo o empleo que tiene”, como corrección gubernativa.

La figura de la *suspensión* puede ser observada, pues, desde dos puntos de vista, de los que resultan otras tantas acepciones: una “común” y otra propia del ámbito *funcionarial*, en la que tiene el significado de medida correctiva o disciplinaria. Sin embargo, la acepción que nos interesa es la que hemos denominado “común”, que, aplicada al campo jurídico de la teoría de los contratos, implica la detención temporal de los efectos de un contrato o de las obligaciones que constituyen el objeto de éste.

1.3.2. Construcción del concepto

Debe tenerse en cuenta que para hallar la esencia de la suspensión del contrato no es necesario referirla al de trabajo. Una vez elaborado el concepto, sí deberá aplicarse a éste, para hallar la esencia de la figura dentro de la relación laboral y descubrir si en el campo laboral la figura goza de autonomía e independencia respecto de la suspensión común. Por tanto, procede cuestionarse en primer lugar qué es la suspensión del contrato.

La suspensión de un contrato, como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad, es la paralización temporal de su ejecución para ser reanudada posteriormente, afectando, por tanto, en lo que al de trabajo respecta, a trabajo y retribución, respectivamente, ya que se inscriben dentro de un contrato bilateral y sinalagmático, con prestaciones recíprocas. A pesar de la existencia de dos prestaciones básicas en el contrato de trabajo, cuestión que no parece despertar

controversia doctrinal alguna, puede señalarse, siguiendo a CABANELLAS¹⁸⁶, que la tipicidad del contrato de trabajo se apoya fundamentalmente en una de ellas, que por ello se configura como prestación característica: la prestación de trabajo. Ergo la esencia de la suspensión del contrato de trabajo es la *interrupción de la prestación básica* del mismo, la prestación laboral. Ahora bien, la obligación salarial no es exclusiva del contrato de trabajo, sino compartida por otros contratos del Derecho común, luego lo que permite tipificar al contrato de trabajo es la prestación laboral. Si ésta es la prestación esencial, bastará analizar en qué modo queda afectada para definir la figura: no será, necesario, por tanto, que quede alterada la prestación salarial. El hecho de que la prestación retributiva se mantenga o se pierda no desvirtuará la naturaleza de la suspensión: exista o no mantenimiento de la obligación retributiva, el presupuesto de la suspensión estará cumplido. Con ello quiere decirse que no será imprescindible que exista una recíproca interrupción de la contraprestación salarial. En todo caso, éste es un argumento de principio, que puede y debe admitir pronunciamientos contrarios como consecuencia de análisis alternativos, que en breve serán objeto de examen.

Siendo la suspensión una interrupción de la prestación laboral, ciertos sistemas jurídicos regulan la suspensión entre las "interrupciones" del contrato: así sucede en Italia, Francia, Bélgica e incluso Portugal.

Entre la doctrina italiana¹⁸⁷ cabe citarse a LAVAGNINI, por su originalidad en la exposición de una idea compartida por importantes tratadistas. El mencionado autor parte de la existencia de una modificación de la relación laboral motivada por la interrupción de la prestación. Ahora bien, dependerá del grado de afectación de ésta, en particular de la posición jurídica de las partes, la determinación de la naturaleza de la interrupción: en otras palabras, las modificaciones de la relación de trabajo debidas a defectos funcionales sobrevenidos de la causa pueden reconducirse a dos categorías: la *suspensión absoluta* y la *suspensión relativa*. La distinción se basa en los efectos consustanciales a ambas, así como en el origen de la suspensión (ya que es precisamente el modo en el que ésta nace el que determina los efectos que le serán

¹⁸⁶ G. CABANELLAS: "Elementos esenciales del contrato de trabajo", en *Estudios sobre derecho individual del trabajo, en homenaje al profesor Mario L. Deveali*.

¹⁸⁷ En el Derecho hispanoamericano, V. a título de ejemplo FERNÁNDEZ PASTORINO (*Lineamientos del contrato de trabajo*. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1975. P. 197), que halla en el sujeto que protagoniza la "interrupción" el elemento discriminador entre la figura de la suspensión y la de la interrupción: la suspensión se funda en la voluntad del empleador, siendo su origen razones disciplinarias o la disminución o falta de trabajo (pudiendo no ser estrictamente debidas a la voluntad del empleador, pero en todo caso su origen se sitúa en el círculo empresarial, v.gr., la debida a clausura del establecimiento). Por el contrario, "la interrupción se debe a razones involuntarias o naturales de las partes": v.gr., accidentes, enfermedad, servicio militar, alumbramiento... Esta concepción permite distinguir claramente ambas figuras, atendiendo a un solo elemento: la voluntariedad o "involuntariedad" en la producción del hecho que motiva la interrupción de la/s prestación/es. A la vez, explica el mantenimiento de la remuneración en caso de interrupción de la prestación laboral por razones ajenas a la voluntad del trabajador.

atribuidos por el Ordenamiento¹⁸⁸), entendiéndose por suspensión absoluta (o modificación de mayor intensidad) la que implica la inactividad total de las obligaciones principales -trabajar y remunerar- y de -casi- todas las obligaciones conexas a la efectiva continuidad de la prestación principal (ello significa la no consideración del periodo transcurrido como de trabajo efectivo¹⁸⁹). De simple o leve modificación de la relación se califica la suspensión relativa, en la que prácticamente todas las obligaciones subsisten intactas, considerándose al trabajador a todos los efectos como si permaneciera en servicio¹⁹⁰. Ciertamente, existen en este caso determinados deberes que devienen inoperantes, pero surgen otros nuevos de origen legal que eliminan la aplicación del principio de reciprocidad entre prestación y retribución, al disponerse la conservación de la retribución (excepto los emolumentos accesorios que deriven directamente de la prestación material del trabajo), si bien ésta *puede asumir* un nuevo carácter: el de indemnización¹⁹¹ o prestación derivada del genérico deber de previsión empresarial.

Para la doctrina francesa¹⁹² la suspensión es la interrupción de la prestación laboral; se considera que existen dos tipos de suspensiones: las periódicas (en las que quedarían comprendidas las interrupciones previstas en nuestro Ordenamiento bajo el nombre de descansos y permisos -interrupciones periódicas y no periódicas-) y las accidentales (que en nuestro Derecho serían las suspensiones *strictu sensu*: maternidad, huelga...), que constituirían dos especies de un mismo género¹⁹³. También el Derecho belga construye la suspensión de la ejecución del contrato sobre la ausencia de la prestación laboral y, en consecuencia, declara suspensivas todas las circunstancias que legitiman la interrupción de la misma¹⁹⁴. El sistema portugués

¹⁸⁸ Con ello quiere decirse que, cuando la suspensión tenga causa justificada merecerá la calificación como suspensión relativa y, cuando no sea así (por deberse a hecho imputable al trabajador, v.gr. huelga, o por constituir una prolongación injustificada del periodo constitutivo de suspensión relativa), la de suspensión absoluta.

¹⁸⁹ Implica, por tanto, que no se compute como antigüedad a ningún efecto.

¹⁹⁰ Constituye, por tanto, un periodo de conservación del puesto de trabajo. La ley 903/1.977 -art. 3.2-, sobre medidas de acción positiva en favor de la mujer, declaraba expresamente que el periodo de suspensión por maternidad debía considerarse como de trabajo efectivo, pese a lo cual se permitía la sujeción de la promoción profesional al requisito del servicio real vía negociación colectiva.

¹⁹¹ En tal sentido, ALONSO GARCÍA (*Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, 1.987, ps. 572-573).

¹⁹² Cfr. Jean-Marc BÉRAUD, op.cit. En España, algunos destacados autores se adscriben a la misma teoría: cfr. PEDRAJAS MORENO.

¹⁹³ El hecho de que compartan la misma naturaleza reside, como señala VIDA SORIA, en que en ambos casos no se produzca la ejecución de una de las prestaciones básicas (siendo éste un elemento que no permite diferenciar a las suspensiones de las meras interrupciones, especialmente las no periódicas).

¹⁹⁴ Los arts. 28 a 31 de la ley de 3 de julio de 1.978 reconocen como causas de suspensión las vacaciones anuales, el permiso por maternidad, el tiempo dedicado a reuniones como consejero o juez social, la interrupción de carrera, el permiso para el ejercicio de mandato político, la detención preventiva, el servicio militar, el servicio civil, el servicio del objetor de conciencia, los eventos familiares y el cumplimiento de obligaciones cívicas o misiones civiles, el permiso por

también considera conjuntamente supuestos de interrupción en los que se mantiene el derecho al salario con otros -suspensivos- en los que éste desaparece, bajo el denominador común de “licencias”¹⁹⁵.

Lo mismo sucede en otros ordenamientos extra-europeos, como el uruguayo, que sólo reconoce una figura unitaria: la de la interrupción de la relación de trabajo¹⁹⁶, o el argentino, en el que suspensión e interrupción son términos jurídicos equivalentes, quedando comprendidas en el concepto de “interrupción” lo que en el Derecho español son dos figuras diferenciadas: la interrupción en sentido estricto y la suspensión. Ello permite concebir *ab initio* la figura de la suspensión como manifestación del normal desarrollo del contrato de trabajo, que no puede ejecutarse de forma continuada, porque ello va contra la propia naturaleza humana. De lo cual resulta que en la doctrina argentina son tratadas conjuntamente, como una sola figura. Así lo entienden, entre otros, RIVAS¹⁹⁷, quien sustituye la denominación de suspensión por la de “pausas en el contrato de trabajo”, y afirma que las pausas a las que está sujeto el contrato pueden obedecer a circunstancias normales o extraordinarias, considerando las primeras como aquellas que resultan de la limitación diaria de la jornada legal de trabajo, la debida al descanso hebdomadario, los feriados obligatorios y la licencia anual, y las segundas las debidas a hechos no habituales o de excepción tales como las licencias por enfermedad, por motivos especiales -elección o para cargos públicos o sindicales-, servicio militar y *suspensiones* (disciplinaria, preventiva y por fuerza mayor), además de las acordadas por estudios y acontecimientos familiares. O DEVEALI¹⁹⁸, que equipara los términos de *pausa* y de *suspensión* y distingue dos clases de

razones de imperiosa necesidad, y la enfermedad y el accidente. Pero además, se incluye en el mismo capítulo -el tercero, rubricado “suspensión de la ejecución del contrato- la suspensión debida a fuerza mayor, en los que quedan comprendidos los supuestos que afectan al empresario (si bien la ley aclara que la *faillite* o *déconfiture de l'employeur*, y la *fermeture temporaire* por razones de seguridad no tienen tal carácter).

¹⁹⁵ Así sucede, por ejemplo, en la Ley n° 4/84, de 5 de abril, de protección de la maternidad y de la paternidad, modificada por la Ley 17/95, de 9 de junio, en cuyo capítulo III (“proteção ao trabalho”) se regulan conjuntamente las ausencias remuneradas con motivo de nacimiento de un hijo, la dispensa de trabajo de la madre o del padre por causa del parto o de adopción, o la licencia especial para cuidado de hijos), estableciéndose su régimen remuneratorio en un precepto común (art. 18: “regime das licenças, faltas e dispensas”).

¹⁹⁶ En dicho esquema, la suspensión de las obligaciones principales sería uno de los elementos integrantes de la interrupción de la relación. V. sobre el particular, ABELLA DE ARTECONA, M.: “Despidos Especiales”, en el número monográfico de la *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, bajo el título Curso de Derecho Laboral. Tomo XI. Diciembre 1.988, p. 33 y ss.

¹⁹⁷ RIVAS, J.M^a: *Manual de Derecho del Trabajo*, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1.966.

¹⁹⁸ DEVEALI, M.: *Tratado de Derecho del Trabajo*, T.I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1.964. En cambio, en un trabajo posterior (“La suspensión e interrupción del contrato de trabajo en el régimen argentino”. *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato de Lavoro*, n° 2, julio-diciembre, 1970, págs. 191-195), habla de suspensiones e interrupciones, agrupando entre las primeras la enfermedad, el accidente de trabajo, la maternidad, el servicio militar, el desempeño de cargos sindicales, la huelga o la suspensión disciplinaria, y entendiendo por interrupción del contrato la definitiva, es decir, la extinción.

suspensión, que difieren en la presencia o la ausencia, respectivamente, del mantenimiento del derecho al salario¹⁹⁹.

¿De dónde nace el interés en distinguir ambas figuras y a qué conduce? Sin duda no se trata de una tarea inútil. Su utilidad radica en el interés que representa como punto de partida donde el investigador debe situarse para hallar la esencia de cada figura, en particular de la que motiva este estudio, la suspensión. En efecto, sólo hallando el punto de distinción entre dos figuras que presentan notorias similitudes puede realizarse la aproximación a la esencia de cada una, porque aquello que constituye elemento de distinción será indudablemente factor de caracterización o conceptualización, que permita definir su esencia.

Con la interrupción de carácter periódico el investigador no halla excesivos obstáculos para su conceptualización, ya que su tipicidad reside en la estricta conexión de la pausa respecto de la propia persona del trabajador, en sus necesidades de descanso y de ocio y esparcimiento, que da lugar a la inexigibilidad de la prestación más allá de los límites de la jornada habitual²⁰⁰. La dificultad estriba en distinguir las pausas que no tienen carácter periódico, por su proximidad con la suspensión²⁰¹.

Los criterios generalmente utilizados como mecanismo de distinción, sin perjuicio de un posterior y más exhaustivo examen de la cuestión, son básicamente dos: la duración de la ausencia de prestación y la retribución de la misma o, dicho de otro modo, el mantenimiento o pérdida del derecho al salario correspondiente al periodo no trabajado²⁰².

En cuanto al criterio de la *duración de la interrupción*, parece, en principio y en abstracto, que las interrupciones breves, fundamentalmente aquellas que producen la detención de la jornada ya iniciada, se correspondan con la figura jurídica de los permisos y licencias²⁰³, y que las de mayor duración sean suspensiones del

¹⁹⁹ El Derecho mejicano sigue, por el contrario, las mismas líneas que el español. Distingue la doctrina entre las suspensiones individuales y las colectivas. Cfr. GUERRERO, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*. Méjico, 1.970.

²⁰⁰ RAMÍREZ MARTÍNEZ (op.cit., p. 19): "... en mi opinión, en las interrupciones periódicas (descanso diario y semanal, fiestas, vacaciones) no hay, propiamente, un incumplimiento de la prestación, porque precisamente en tales momentos no se debe prestación alguna", no existe incumplimiento del contrato.

²⁰¹ De hecho, circunstancias que son motivo de suspensión del contrato en ciertos Ordenamientos jurídicos son casos de licencia en otros, al menos en el plano lingüístico. V.gr., la suspensión o la licencia por maternidad, considerada en el sistema español hipótesis de suspensión y en el Derecho uruguayo licencia (Ley N° 12.572, de 23 de octubre de 1.958).

²⁰² Para VIDA SORIA sólo existe un dato decisivo en este sentido: la exoneración de ambas obligaciones principales del contrato: "queda, pues, como elemento diferenciador último (...) el hecho de que la Ley, en función de una temporalidad supuesta, y de una polivalente valoración de circunstancias (de cada caso), exonera a las partes de las obligaciones de trabajar y de dar salario, es decir, de las fundamentales prestaciones del contrato".

²⁰³ En tal sentido, STSJ La Rioja, de 7 septiembre de 1.992 (A.S. 1.992, 4266), Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Loma-Osorio Faurie. En la misma se combinan dos criterios: el de la duración de la ausencia o

contrato. Ahora bien, la aplicación de este esquema a la realidad positiva sitúa al analista jurídico ante serias dificultades, representadas por hipótesis como la incapacidad temporal para el trabajo. Si la duración de la interrupción fuera un criterio suficiente, el supuesto de la incapacidad temporal debería hallar una ubicación clara e indubitada en el esquema diseñado por el mismo²⁰⁴. Sin embargo, la hipotética duración de la ausencia del trabajador de su puesto de trabajo podría encajar tanto en la interrupción *strictu sensu* como en la suspensión, según se prolongue más o menos en el tiempo. Todo ello puede conducir a una encrucijada: o mantener el esquema pese al imposible encaje de ciertos supuestos, que serán concebidos como excepciones a la regla general, o rechazar la tesis por insuficiente.

Respecto al *mantenimiento del salario*²⁰⁵, para algunos autores criterio determinante de la suspensión contractual (ALONSO OLEA²⁰⁶), puede establecerse que las pausas que denominamos “interrupciones” dan lugar a su conservación, mientras las suspensiones conllevan la pérdida del mismo²⁰⁷. Ocurre, sin embargo, que ello no siempre es así, pues existen ciertas excepciones, que varían según el ordenamiento jurídico al que prestemos atención, en las que la suspensión no supone para el trabajador una pérdida salarial²⁰⁸. Ahora bien, ¿se trata realmente de la conservación

periodo de inactividad y el de la retribución: “no obstante, y conforme a lo regulado en las distintas fuentes de la relación laboral, determinadas circunstancias, que aparecen enumeradas de forma exhaustiva y han de ser interpretadas restrictivamente dado su carácter excepcional, alteran el normal desenvolvimiento de la vida del contrato sin afectar a la pervivencia del vínculo. Se trata de la suspensión del contrato de trabajo, que exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45.2 del Estatuto de los Trabajadores), y de los permisos, que también exoneran de la obligación de trabajar, aunque por períodos más breves y no liberan al empresario de abonar la retribución durante los días que en las correspondientes normas se señalan, a pesar de no haber recibido la contraprestación del trabajo.”

²⁰⁴ En tal sentido, CARRO IGELMO (op.cit., ps. 22-23), que compara el supuesto de la enfermedad de corta duración con la más larga ausencia por vacaciones, que, sin embargo, no constituye suspensión sino interrupción del contrato. Asimismo, ALONSO OLEA, M: *Lecciones sobre contrato de trabajo*. Universidad de Madrid, 1968, p. 194.

²⁰⁵ A favor de dicho criterio, RAYÓN SUÁREZ.

²⁰⁶ ALONSO OLEA, M: *Lecciones sobre contrato de trabajo*. Universidad de Madrid, 1968, p. 194.

²⁰⁷ CABANELLAS, G.: *Tratado de Derecho Laboral*. Buenos Aires, 1949, Tomo II, p. 614.

²⁰⁸ El caso paradigmático es el de la enfermedad o accidente, contemplados en un destacado número de Derechos como supuestos en los que el empleador permanece obligado al abono de la remuneración, a pesar de la ausencia de prestación laboral, si no durante todo el periodo de inactividad debida a incapacidad temporal sí durante una parte del mismo. De tal manera sucede en Alemania, donde la obligación queda al entero cargo del empresario durante las primeras semanas de enfermedad. Bélgica e Italia gozan de un régimen similar, aunque limitado en el primer caso a los primeros (treinta) días y en el segundo a cierta categoría de trabajadores (los empleados). El sistema holandés, desde la reforma del Código civil (*Burgerlijk Wetboek*) en vigor desde el 1 de marzo de 1.996, es más estricto para el empleador, al imponerle la obligación de seguir abonando el salario (al menos en un 70%) durante el primer año de enfermedad, no asumiendo el sistema de la Seguridad Social la cobertura a través de subsidio público (*Ziektewet*) hasta transcurridas 52 semanas. En el Derecho suizo, el art. 324 a) del Code des obligations, de 30 de marzo de 1911 (modificado por la ley de 25 de junio de 1.971), establece la conservación del salario durante un periodo mínimo de tres semanas, que varía en función de la antigüedad del

del salario o de su sustitución por otra figura, de naturaleza indemnizatoria? Según la máxima latina “remunerare solvere est, non donare”, la remuneración se corresponde con la realización de un trabajo. Luego si no existe tal prestación, porque no se ha prestado, a pesar de ser debida, no habrá remuneración, porque no se está retribuyendo trabajo alguno. Consiguientemente, la obligación impuesta al empresario -cuando así suceda- es de otra naturaleza, no salarial.

La tesis contraria abogaría por su carácter salarial, que se impondría al principio de reciprocidad de las prestaciones, objeto de flexibilización en el contrato de trabajo, en virtud de ese abstracto deber de previsión inherente a la figura del empresario. Ello permite mantener el derecho al salario también en caso de ausencia del trabajador debida a una licencia o un permiso regulado legalmente. Es decir, que el derecho sería doble: el derecho a ausentarse y, a la vez, el derecho a conservar el salario durante dicha ausencia, cuyo ejercicio quedaría, por tanto, garantizado. En el caso de la suspensión, la solución legal no es ésta: se dispone, por el contrario, la pérdida del salario, porque en este caso los sujetos de la relación laboral tienen la intención de desvincularse temporalmente.

Así ocurre también en el supuesto de la incapacidad temporal, porque en tal circunstancia el estado del trabajador le impide reanudar su trabajo contra su voluntad, con independencia del tiempo que haya de prolongarse dicha situación. Ante tal pérdida, la generalidad de los ordenamientos jurídicos disponen, con el objeto de proteger al trabajador que no puede prestar ni su trabajo habitual ni ningún otro (éste es un elemento esencial de la hipótesis contemplada), la sustitución del salario por una indemnización, que en ciertos supuestos habrá de abonar el empresario, en cuyo caso se produce la confusión con la prestación salarial, y que en otros, en su mayor parte, serán atribuidos al deber de previsión pública, adquiriendo la entidad de prestación pública del Sistema de la Seguridad Social. En definitiva, tiene lugar la sustitución de rentas salariales por rentas “de previsión” provenientes de sujeto público, instrumentándose en un subsidio económico de pago periódico. Consecuentemente, como mantiene CARRO IGELMO, no hay ruptura o excepción al principio general de pérdida del salario (“hay realmente cese de retribución”), porque quien ha de pagar la retribución no es la empresa²⁰⁹. Debe añadirse que, aun en el caso de que ello fuera así, es decir, que la empresa estuviera obligada a efectuar el pago (lo cual sucede en

trabajador en la empresa, salvo que éste no esté asegurado obligatoriamente. El sistema sueco impone al empresario una obligación similar a la que establece la Ley General de la Seguridad Social española: la de abonar el subsidio correspondiente a los primeros (14) días de incapacidad; en ambos casos, sin embargo, no existe duda sobre el carácter no salarial de dicha indemnización sustitutiva, de origen legal.

²⁰⁹ CARRO IGELMO, op.cit., p. 170. Ello resulta más claro cuando la renta salarial es sustituida íntegramente -es decir, sin cargo para la empresa- por una prestación de la Seguridad Social: así, en el caso del subsidio por maternidad, tal y como se configura en nuestro Derecho en la actualidad, o la prestación por desempleo en caso de suspensión del contrato debida a expediente de regulación de empleo (art. 208 LGSS).

algunos ordenamientos y parcialmente en el nuestro²¹⁰), también existiría una variación en el concepto en el que ello se realiza, ya que las rentas que se abonan no son salariales, sino indemnizatorias²¹¹, tesis confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo²¹².

De todo ello se colige que el criterio caracterizador y descriptivo de la conservación de la remuneración sí es un criterio válido, pero, desafortunadamente, insuficiente²¹³: no permite explicar por sí mismo toda una institución como la suspensión del contrato de trabajo²¹⁴. Ahora bien, todo ello no demuestra más que la

²¹⁰ V.gr., obligación de colaboración obligatoria con el sistema de la Seguridad Social de abonar a su cargo la prestación por incapacidad temporal correspondiente a los días cuarto a decimoquinto de la baja por contingencias comunes. En la legislación anterior, art. 68 LCT, que imponía al empresario el pago del 50% del salario en caso de enfermedad común durante un periodo de cuatro días al año, y que hoy se ha "remitido" a la negociación colectiva (son numerosos convenios colectivos los que disponen el abono del salario correspondiente a los tres primeros días de baja por enfermedad común). Dicha obligación, no salarial, sino "prestacional" (valga la expresión), puede venir impuesta por normas sectoriales: en tal caso, consistirá en completar la correspondiente prestación de la Seguridad Social, cuando de ciertos supuestos se trate - incapacidad temporal y maternidad-.

²¹¹ En el mismo sentido, ALONSO GARCÍA (*Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, 1.987, p. 560) y ÁLVAREZ ALCOLEA ("La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores", REDT, núm. 5, 1.981, p. 19), si bien éste le reconoce carácter salarial si la obligación tiene origen contractual, ex art. 1101 C.c. Entre la doctrina italiana suscriben la tesis de la naturaleza no retributiva SANTORO PASSARELLI (*Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, ps. 1.98 y ss.) y LAVAGNINI (op.cit., p. 117). La cuestión resulta más clara en el Derecho portugués, en el que, de tratarse de un trabajador por cuenta ajena, la renta es sustituida por un subsidio, pero, siendo funcionario o agente, se dispone la conservación de la remuneración, por el origen público de ésta (art. 19.1 de la Ley nº 4/84, de protección de la maternidad y de la paternidad, modificada por la Ley 17/95: "durante as licenças, faltas e dispensas... o trabalhador ou trabalhadora tem direito: a) Quando abrangido pelo regime geral de segurança social, a um *subsídio*... b) Quando se trate de funcionário ou agente, à *remuneração* a que teria direito caso se encontrasse em exercício efectivo de funções...")

²¹² STS de 4 de febrero de 1991 (RJ 1991, 796): "aunque existe la obligación de su abono por parte del empresario, actuando por delegación en colaboración obligada con la Entidad Gestora, de su incumplimiento no puede derivarse la acción rescisoria del contrato prevista en el art. 50,1,B) del mencionado Estatuto de los Trabajadores, referida exclusivamente a la falta de pago o retraso continuado en el abono de los salarios, sino la acción directa del trabajador contra la aludida Entidad Gestora..."

²¹³ En tal sentido, CARRO IGELMO, en tanto no constituye más que una tendencia, que permite descubrir la naturaleza de cada una de las instituciones, interrupción y suspensión (CARRO IGELMO: *La suspensión del contrato de trabajo*. Barcelona, 1959, ps. 23-25).

²¹⁴ Y con mayor razón si se tiene en cuenta el principio que, a juicio de la generalidad de la doctrina, inspira la suspensión del contrato: la estabilidad en el empleo, que, según MENÉNDEZ PIDAL (*Derecho Social Español*, Madrid, 1952, tomo I, p. 396), "entraña la idea de la continuidad en el salario, por lo que guardan conexión con la misma todas aquellas medidas tendentes a garantizar o regular el percibo de éste" (y, sin embargo, el derecho al salario se pierde durante la situación de suspensión, subrogándose en tal obligación, a juicio de CARRO IGELMO, el sistema de la Seguridad social, en virtud de una póliza de seguro, si bien ello no constituye norma general; al respecto debe objetarse que tal traslación opera sólo en supuestos excepcionales -habitualmente, incapacidad temporal y maternidad, a los que se añadían algunos otros, provenientes principalmente de las Reglamentaciones de Trabajo, en la época en la que formuló su tesis el

imposibilidad de caracterizar una institución jurídica sobre la base de un solo y exclusivo criterio. Por lo tanto, nos sitúa en condiciones de poder afirmar que la esencia de la figura es bien sencilla, y que todo lo que exceda de ello pertenece al campo de los efectos, no de su naturaleza.

Puede decirse que el criterio distintivo de la interrupción frente a la suspensión es el mantenimiento del derecho al salario²¹⁵. No obstante, las anteriores conclusiones nos obligan a rechazar una tipificación de tal calibre, basada en un único elemento. Será necesario profundizar en su fundamento para proporcionar una correcta visión jurídica.

La doctrina se ha enfrentado al concepto de suspensión a través de la elaboración de un numeroso catálogo de calificativos y definiciones jurídicas.

Debe citarse en primer lugar a Giorgio BRANCA, para quien “la suspensión se concibe como figura de la cual se sirve el Ordenamiento jurídico cuando, frente a un impedimento temporal sobrevenido de la ejecución del contrato de tracto continuado, considera apreciable que el contrato no derive en la extinción sino que permanezca en vigor, pero sin producir efecto alguno”²¹⁶. Entre la doctrina francesa ha de destacarse el estudio más actual del tema, y debe decirse que uno de los más serios, realizado hasta el momento resulta atribuible a Jean-Marc BÉRAUD. Considera el citado autor que la suspensión consiste en la ausencia temporal del elemento esencial que caracteriza al contrato y, siendo tal elemento el *vínculo de subordinación* (en virtud del cual el contrato de trabajo se aleja del contrato común de arrendamiento de servicios), pues la ejecución del contrato se traduce en la actuación del vínculo de subordinación, la figura podrá definirse como el *derecho a invocar la desaparición del elemento esencial*

autor-, siendo la regla general la pérdida del derecho al salario y la ausencia de compensación del mismo).

²¹⁵ En dicho elemento se basa frecuentemente la doctrina para atribuir carácter suspensivo a un supuesto. Así, MARTÍNEZ GIRÓN (“Las causas generales de suspensión: ¿*numerus clausus*?”, en AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1.994, p. 45), quien considera que, por desaparecer el derecho al salario, constituyen causa de suspensión el permiso de formación o perfeccionamiento profesional *con reserva del puesto de trabajo* y las ausencias por causa médico-rehabilitadoras para asistir a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales superiores a diez días en un semestre (arts. 23.1 b) ET y 13 c) RD 1368/1.985, de 17 de julio, regulador de la relación laboral especial de los minusválidos en centros especiales de empleo, respectivamente).

²¹⁶ BRANCA, G., op.cit., p. 145. En páginas anteriores y siguiendo la tendencia mayoritaria italiana, opta por elaborar el concepto de suspensión a partir de los supuestos que la configuran: “col termine sospensione vengono comunemente definite le situazioni del rapporto di lavoro che derivano, realizzandosi determinate circostanze, dalla disciplina della malattia e dell’*infortunio* del lavoratore, della maternità della lavoratrice, del servizio militare; dal riconoscimento del diritto di sciopero; da fatti riferibili all’impresa che non consentono al creditore di ricevere le prestazioni di lavoro”.

*del contrato de trabajo, el vínculo de subordinación, para conseguir o para justificar la interrupción del trabajo*²¹⁷.

En cuanto a la doctrina española, CARRO IGELMO propone una definición de la suspensión del contrato en la que en un primer momento se pretende abarcar todos los efectos de la misma: “cese temporal de la obligación del trabajador de ejecutar una obra o prestar un servicio, así como de otros derechos y deberes propios de la relación laboral, ante la presencia de ciertas causas fijadas por la Ley o estipuladas por contrato”. Más tarde, esta definición fue sustituida por otra más sintética pero de similar contenido: “la paralización temporal de las obligaciones y derechos recíprocos básicos de aquél, subsistiendo, sin embargo, algunos de ellos, fundada en determinadas causas señaladas legal o convencionalmente”²¹⁸. PÉREZ BOTIJA y BAYÓN CHACÓN²¹⁹ entienden por tal el “cese parcial de los efectos del contrato de trabajo durante un cierto tiempo, volviendo a tener plena eficacia una vez desaparecidas las circunstancias que motivaron la interrupción”, destacando tres “problemas jurídicos fundamentales”: el plazo de la misma, sus efectos, y la causa o motivo que la determina”²²⁰. AGUINAGA la describe como “detención temporal, ajena a su esencia, de

²¹⁷ Dicho fenómeno no es neutro en el Derecho del Trabajo, sino fuente o bien traducción de un conflicto que legitima a una de las partes para instar la suspensión, manteniendo en su beneficio el acuerdo contractual (BÉRAUD, op.cit., p. 120-121). Doctrina de parecido signo es la que se desprende de cierta corriente jurisprudencial detectada en el Derecho uruguayo de considerar como efecto principal de la interrupción del contrato de trabajo la suspensión de la obligación principal del trabajador de estar a la orden del empleador (ABELLA DE ARTECONA, M.: “Despidos Especiales”, op.cit., p. 35).

²¹⁸ CARRO IGELMO, A.J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Barcelona, 1959, p. 17 y *Curso de Derecho del Trabajo*, Bosch, Barcelona, 1.985, p. 436.

²¹⁹ *Manual de Derecho del Trabajo*. Vol. II. Madrid, 1.967, pág. 507.

²²⁰ Entre la doctrina actual, LLUÍS NAVAS opta por una definición más concisa, poniendo el acento en el aspecto que permite diferenciar esta figura de la interrupción: “cese temporal de los efectos consustanciales con la vida del contrato y relación de trabajo”, considerando que su fundamento es doble: la tutela del interés del trabajador, para quien resulta “más benigna” que la extinción, y la “salvaguarda del interés empresarial de que no se ejecute el trabajo en ciertas circunstancias” (LLUÍS NAVAS, J.: *Manual de Derecho Laboral*, Bosch, Barcelona, 1.975). SAGARDOY halla la esencia de la suspensión laboral en tres notas: su carácter objetivo, sus efectos beneficiosos para quien incumple y su finalidad de no perjudicar a la parte más débil de la relación laboral (SAGARDOY et al.: *Prontuario de Derecho del Trabajo*, 1.995, pág. 339). MARTÍN VALVERDE (MARTÍN VALVERDE et al.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 1.994) percibe la suspensión como efecto de las situaciones que, a lo largo de la vida de la relación de trabajo, impiden de una forma u otra su normal desenvolvimiento, suponiendo, pues, la presencia de una causa obstativa que puede afectar a la posición del trabajador como sujeto obligado a realizar la prestación laboral y a la del empresario como sujeto obligado a recibirla y retribuirla o a la de ambas partes y ocasionando, en consecuencia, la interrupción temporal de los efectos de la relación de trabajo. Se trata, en su opinión, de una figura dirigida a la protección del interés del trabajador en la continuidad del vínculo laboral (principio de estabilidad del empleo), sin desconocer tampoco los intereses de la otra parte. La definición de SALA FRANCO es clara y concisa: “la ausencia del trabajador que no produce la pérdida del empleo pero sí del salario con derecho a la reserva del puesto de trabajo” (ALBIOL, CAMPS RUIZ, GARCÍA NINET, LÓPEZ GANDÍA y SALA FRANCO: *Curso de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 1.994). Para BLASCO SEGURA la suspensión es “la situación anormal del contrato de trabajo, originada por voluntad de las partes o por la Ley, caracterizada por la

todos o parte de sus efectos contraprestacionales”, entendiéndola como “paréntesis en la vida del contrato”²²¹ y VIDA SORIA utiliza el término “letargo” (sinónimo del italiano “quiescenza” y del francés “sommeil”²²²) y define la suspensión como “situación anormal²²³ por la que el contrato atraviesa, caracterizada por la interrupción temporal de la ejecución de sus prestaciones fundamentales y la continuidad del vínculo jurídico”²²⁴.

Sin cuestionar la validez de las anteriores caracterizaciones, que han de situarse en el contexto histórico-científico en el que fueron propuestas, debe afirmarse la simplicidad del concepto de suspensión contractual.

La suspensión del contrato de trabajo puede definirse como *la interrupción temporal de la ejecución de su objeto, es decir, de sus recíprocas prestaciones básicas: la de prestar un servicio por cuenta ajena y la de remunerarlo*. Consiste, pues, en liberar al sujeto trabajador de la obligación de prestar servicios y, en paralelo, liberar al empresario de prestar el salario, es decir, exonerar de las obligaciones principales del contrato. Las razones, jurídicas o materiales, a las que obedece y la repercusión en las respectivas obligaciones contractuales de dicha interrupción son cuestiones que se escapan del estricto ámbito de su naturaleza jurídica, para entrar, respectivamente, en el terreno del fundamento y las causas de la suspensión, por una parte, y en los efectos de la suspensión, por la otra.

La suspensión se nos aparece, por consiguiente, como un derecho²²⁵ a interrumpir la ejecución del contrato, ejercitable por cualquiera de las partes²²⁶, bien de modo

exoneración temporal de las obligaciones básicas de trabajar y remunerar el trabajo, con pervivencia del vínculo jurídico” (BLASCO SEGURA: “La suspensión del Contrato de Trabajo: los apartados J y M del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores”, A.L., núm. 28, 1.995). MONTROYA MELGAR la entiende como mecanismo paralizador de los efectos de la *exceptio inadimpleti contractus*, con el propósito de reforzar la estabilidad en el empleo del trabajador (MONTROYA MELGAR (*Derecho del Trabajo*, Tecnos, 1.989). En el mismo sentido, PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, quienes definen la suspensión como “mecanismo jurídico protector del empleo” (PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA: *Derecho del Trabajo*, 1.995). Por último, RAMÍREZ MARTÍNEZ recurre a una definición descriptiva: “la suspensión del contrato es una vicisitud del mismo caracterizada por la conservación del vínculo contractual, por la no ejecución o ejecución defectuosa de la prestación laboral, por la exoneración de las obligaciones de trabajar y abonar el salario y, en fin, por la reserva del puesto de trabajo” (RAMÍREZ MARTÍNEZ, op.cit., p. 28).

²²¹ AGUINAGA TELLERÍA, A. DE: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1952, p. 455.

²²² Utilizado, entre otros, por Jean BROCHARD: *Manuel du Contrat du Travail*. Paris, Librairie Dalloz, 1.960, p. 107.

²²³ La idea de anormalidad también es aceptada por PIRON, si bien éste la refiere a los efectos del contrato, de tal modo que define la suspensión del contrato como “situación que modifica temporalmente los efectos normales del contrato de trabajo” (PIRON, Jacques: *Introduction au Droit du Travail dans le pays de la Communauté Economique Européenne*. Bruselas, Meison F. Lancier, 1.973, p. 70).

²²⁴ VIDA SORIA, J.: op.cit., p. 27.

²²⁵ Algunos autores (CARRO IGELMO) lo estiman incluso como una obligación impuesta al trabajador, “que, en ocasiones, sin contar con su voluntad, y aún en oposición a la misma, ve en suspenso o

unilateral (en los casos previstos legalmente) o de forma bilateral (cuando exista pacto entre los contratantes).

En consecuencia, la polémica en torno a la afectación del propio contrato o de sus prestaciones básicas²²⁷ debe resolverse en favor de una interpretación lógica, que no puede ser más que la integradora. Es decir, lo que queda afectado son directamente las prestaciones básicas, pero en tanto éstas conforman el contenido del contrato, también quedará afectado éste. De lo que se deduce que la suspensión les alcanza a los dos o, dicho de otro modo, que la suspensión puede predicarse tanto de las

interrupción su contrato”, claro que está pensando en la sanción disciplinaria. En todo caso, ello resulta predicable también de la enfermedad o de la maternidad, supuestos en los que el trabajador está obligado a situarse en suspensión para garantizar la tutela de un bien jurídico que en un caso es la salud y en el otro es también el bienestar del recién nacido.

²²⁶ CARRO IGELMO (op.cit., p. 29) lo entiende como derecho del trabajador o potestad de éste “a que se suspenda su contrato laboral, aun incluso en contra de la voluntad de la empresa, si se encuentra en determinadas circunstancias o frente a determinados supuestos”. Se trata, sin duda, de una opinión inspirada por la legalidad vigente en el momento en el que fueron expresadas tales aseveraciones, en el que las causas de suspensión eran mínimas, y estaban efectivamente previstas en beneficio exclusivo del trabajador (pues, a pesar de que la hipótesis de la crisis económica de la empresa ya había sido tomada en consideración entonces, su regulación se remitía a los pactos colectivos y a los contratos celebrados por escrito, mientras que el régimen jurídico de las causas derivadas de la persona del trabajador se contenía en la LCT). La actualidad legal impide una visión tal, desde el momento en que la suspensión puede ser instada tanto por el empresario como por el trabajador, si bien no cabe duda de que el precepto persigue principalmente el beneficio del trabajador, para lo cual prevé un mayor número de circunstancias que le favorecen, es decir, que le legitiman para ejercer su derecho a ausentarse de la empresa sin incurrir en falta laboral.

²²⁷ Es decir, sobre si la expresión “suspensión del contrato” refleja exactamente lo que enuncia o si, por el contrario, no es más que una convención que alude a la suspensión de la ejecución del contrato, puesto que lo que se suspende en realidad es la ejecución de las prestaciones básicas. Sobre el particular, V. MARTÍN VALVERDE: “el ordenamiento jurídico abre para estos casos una vía de suspensión de la relación -en realidad, de suspensión de sus efectos: derechos y obligaciones de las partes-...” (MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del trabajo*. Tecnos, Madrid. 1.996). En el mismo sentido, SÁNCHEZ-CERVERA, J.M.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Editorial Instituto de Empresa, Madrid, 1.983, p. 158. Por lo demás, reconocidos investigadores del Derecho francés, como Paul DURAND (*Traité...op.cit.*, T. II, p. 792) y GALLAND (*Droit du travail*, Paris, 1958, p. 602) emplean la expresión “suspensión del contrato”. Por contra, Paul HORION (*Suspensions de travail et salaire garantie*, Lieja, 1.961, p.18) prefiere evitarla, por su pretendida ambigüedad. GORELLI HERNÁNDEZ habla, sin más, de “la vulgarmente llamada suspensión del contrato de trabajo”, pues afirma que no se trata de una suspensión del contrato, sino de los elementos principales del mismo (GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.997, p. 31).

La antedicha polémica es más acentuada fuera de nuestras fronteras. Incluso el Derecho positivo se hace eco de la misma, declarando expresamente -es el caso de Bélgica- que lo que se suspende es la ejecución del contrato. Así se establece en la Ley de 3 de julio de 1.978, sobre contratos de trabajo (“chapitre III.-Suspension de l'exécution du contrat”) arts. 26 y ss.), o en la Ley de 16 de marzo de 1.971, *sur le travail* (arts. 39 y 42.1.3). Debe decirse, sin embargo, que en la legislación (y doctrina) belgas se emplean indistintamente los términos “suspensión del contrato” y “suspensión de la ejecución del contrato”. La vieja Ley de contrato de trabajo, de 7 de agosto de 1922, hablaba en su art. 8 de “suspensión del cumplimiento del contrato de trabajo” (por imposibilidad de prestar servicios por el empleado).

prestaciones principales como del contrato. Debe matizarse, no obstante, que ello ha de entenderse sin perjuicio de los efectos subsistentes del mismo durante su suspensión, por otra parte connaturales a ésta.

Una vez dibujados los trazos definitorios de la suspensión contractual, aparece nítidamente el elemento apuntado al comienzo de esta argumentación: la idea de la singularidad de la suspensión del contrato de trabajo frente a la que afecta a un contrato de naturaleza común. El elemento de distinción radica en los efectos que despliega el contrato durante su interrupción. Ocurre que, tratándose de una suspensión común, la relación continúa viva pero no produce efecto alguno²²⁸. En el contrato de trabajo, por contra, continúa produciendo efectos, derivados de las obligaciones accesorias, que no se suspenden. La razón de ello reside en la existencia de un conjunto de obligaciones, de las que se suspenden sólo las principales, quedando vigentes las demás.

La suspensión se caracteriza, en definitiva, por una serie de rasgos definitorios, sin perjuicio de las especialidades propias de cada uno de los concretos supuestos que encajan en la figura (así como de las que deriven de su *positivación* en cada una legislación):

- 1º. La existencia de una interrupción o cese de carácter *temporal* (pues, de ser definitivo, se trataría de una extinción contractual²²⁹), sin perjuicio de que los límites de dicha temporalidad²³⁰ vengan marcados directamente por la ley -que fije un plazo mínimo y máximo-, por la propia circunstancia suspensiva o por las partes contratantes (cabe decir que la mayor parte de los sistemas jurídicos, entre ellos el español, combinan los tres mecanismos, en estricta dependencia con el supuesto suspensivo en cuestión).
- 2º. La automaticidad en la producción de la suspensión, que tiene lugar en el momento en el que acaece una de las circunstancias previstas legalmente (o, en su caso, convencionalmente), sin sometimiento a concesión previa. Desde un punto de vista subjetivo, la suspensión se reconoce como un derecho de una de las partes (nunca en beneficio de ambas, sin perjuicio de que indirectamente pueda beneficiar

²²⁸ BÉRAUD, op.cit., p. 140.

²²⁹ Según KROTOSCHIN, “el licenciamiento no puede extenderse por un tiempo ilimitado, sino que su duración máxima, por regla general, se encuentra establecida de modo expreso por la misma norma que lo autoriza. El exceso de tiempo puede convertir al licenciamiento en despido, con todas las consecuencias que este último implica. Sin embargo, tal conversión no se produce de manera automática; sino que el exceso del plazo, por lo regular, sólo da al trabajador el derecho a considerarse despedido” (KROTOSCHIN: *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1947-48, T. I, pág. 403).

²³⁰ La ausencia de tales límites significaría una carga excesiva para el empresario, que quedaría obligado a reservar el puesto de trabajo indefinidamente al trabajador, con la consiguiente restricción a su poder de disposición sobre el mismo, inherente a sus facultades organizativas.

también a la otra parte) a interrumpir la ejecución del contrato, debiendo ser aceptada por la otra, que carece de capacidad o facultad de decisión para oponerse a su puesta en práctica (y, por supuesto, para instar la resolución del vínculo, ya que *no se trata de un incumplimiento contractual imputable*²³¹). Cuestión distinta es que ciertas causas, que sólo operan a instancia empresarial, estén sometidas a determinado procedimiento fiscalizable por terceros (v.g., suspensión por crisis económica, por la Administración laboral) en garantía de los derechos del trabajador, y que supuestos especiales, como la excedencia, exijan como presupuesto necesario la solicitud formal de la misma, a pesar de su obligada concesión por el empresario.

- 3º.El cese de la ejecución de las prestaciones principales objeto del contrato (la prestación laboral y la retributiva).
- 4º.El mantenimiento del resto de los efectos del contrato o esfera de derechos y obligaciones accesorios.
- 5º.El nacimiento de efectos “especiales” y excepcionales propios de la situación suspensiva (v.gr., prestación económica de la Seguridad social).

Debe añadirse entre las notas caracterizadoras otra que constituye un presupuesto para el nacimiento de la figura o para la puesta en práctica de la misma: la existencia de causa legitimadora, es decir, la necesidad de que concurra una circunstancia de las expresamente previstas por el legislador, con mayor o menor amplitud según el ordenamiento que lo regule. En el Derecho positivo español, el legislador ha optado siempre por el sistema del *numerus clausus*, restringiendo a una lista legal las posibilidades de suspender el contrato, o, en todo caso, como preveía la vieja Ley de Contrato de Trabajo, de “no darlo por extinguido” (las partes contratantes también pueden crear nuevas causas, porque el legislador lo admite). No debe olvidarse, en cuanto al régimen de ejercicio del derecho a la suspensión, la obligación de la parte que hace uso del mismo de comunicarlo al co-contratante. Tal deber se materializará en una comunicación cuando se trate del trabajador o, en caso de que sea el empresario quien inste la suspensión, en el sometimiento a un expediente o procedimiento (administrativo o sancionador, en la suspensión disciplinaria)²³².

1.3.3. Clasificación

Al hablar de clasificación entendemos referido el término al propio fenómeno de la suspensión, no a los concretos supuestos que lo pueden integrar o que lo integran en el Derecho positivo. Es decir, se enfoca al examen de las perspectivas desde las que

²³¹ Al respecto ha afirmado MARÍN CORREA que “es una situación en que la pervivencia o subsistencia del contrato -en favor del trabajador- se protege hasta del mismo trabajador (op.cit., p. 56).

²³² Requisitos de tipo formal que “garantizan la existencia indubitada del motivo suspensivo” (CARRO IGELMO, op.cit., p. 39).

puede ser analizada la figura según incida sobre uno u otro elemento del contrato de trabajo. Concretamente, según afecte o se origine en la persona de uno de los contratantes o de ambas, o se predique de la totalidad del contrato o sólo de una parte, o se produzca por uno u otro tipo de circunstancias... En definitiva, la clasificación debe obedecer al fundamento de la institución (v.gr., si se entiende que la suspensión se debe a imposibilidad sobrevenida, se tratará de dilucidar a qué parte afecta para completar la caracterización de la figura).

El criterio tradicional es el basado en las *personas que constituyen el origen de la suspensión*. Se habla entonces de empresario o trabajador como fuente de la interrupción de la ejecución del contrato. Pero también se recurre al criterio objetivo, en virtud del cual no debería acudir a los sujetos sino a los hechos que la motivan, a su carácter imponderable o bien a su susceptibilidad de previsión inicial.

Existen autores (LAVAGNINI²³³) que prefieren adentrarse en el contenido de la suspensión, para distinguir entre la suspensión relativa y la absoluta, según afecte a ambas prestaciones básicas o sólo a una de las prestaciones principales: la de trabajo, por su carácter “imprescindible” y definidor de la relación laboral. Otros (como MOLERO MANGLANO²³⁴) deducen de la legislación positiva (debe decirse, por tanto, que esta estructura está directamente inspirada en la regulación legal que de la suspensión realiza el Estatuto de los Trabajadores) la existencia de tres tipos de suspensión: la *suspensión simple*, regida por la autonomía de la voluntad de las partes, la *suspensión con reserva de puesto de trabajo* (cuyo ejercicio está dotado de las mayores garantías, al reconocerse al trabajador los derechos a la reserva de puesto y al cómputo de antigüedad) y la *suspensión provisional* (categoría en la que encajaría la excedencia

²³³ LAVAGNINI parte de la identidad entre suspensión y modificación de la relación laboral. Según sea la modificación de la relación laboral, respecto a la posición jurídica de las partes (resulte más o menos profunda), estaremos ante una suspensión de la relación de trabajo, en la que casi todas las obligaciones permanecen inactivas, no sólo por lo que se refiere a la retribución, sino también al transcurso del derecho a fiestas y otros derechos conexos a la efectiva continuidad de la prestación, permaneciendo sólo el derecho del trabajador a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad en el servicio (que puede incluso faltar: ej. llamada a filas: DLCPS 13 septiembre 1946, n. 303). En este caso estaremos, pues, en presencia de la suspensión absoluta de la relación laboral. Si, por el contrario, existe una simple modificación de la relación, la interrupción de la prestación no produce la verdadera y propia “quiescenza” del contrato, ya que subsisten varias obligaciones y otras devienen operativas (sobre todo las que surgen de la ley: prestaciones de Seguridad social). Ello sucede en determinadas hipótesis de imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al trabajador (arts. 2110 y 2111 C.c.). De ser leve la modificación, el principio de reciprocidad entre prestación y retribución no queda afectado, hasta el punto de admitirse el pago de la retribución que, sin embargo, asume el carácter de indemnización (prestación). Esta más tenue modificación da lugar a la suspensión relativa de la relación de trabajo. En tal sentido, ARDAU, que habla de “interrupción de la relación”, como sinónimo de suspensión absoluta (*Corso di diritto del lavoro*, p. 253 y ss.).

²³⁴ MOLERO MANGLANO, C.: *Estructura y desarrollo del contrato de trabajo*. Tomo II, Vol. 1º (“Desarrollo del contrato de trabajo”). Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1.989. Ps. 213-215.

voluntaria), caracterizada por ser una situación intermedia entre la suspensión y la extinción, al estar condicionado el reingreso a la existencia de vacante),

Las categorías más aproximadas a un intento de homogeneización del fenómeno suspensivo son aquellas que se ciñen o bien al objeto de la suspensión o a los sujetos de la misma.

En cuanto a la primera clasificación, reside en la "previsibilidad" o "imprevisibilidad" del hecho motivador de la interrupción de la prestación, en tanto el mismo ha sido o habría sido previsible o, por el contrario, es un imponderable imposible de prever anticipadamente. En dicha distinción se basa la teoría de la imposibilidad sobrevenida, que, sin embargo, no tiene en cuenta la suspensión pactada expresamente por las partes, incluso en el propio momento de la constitución de la relación, que quedaría, por tanto, *desubicada* en dicho esquema doctrinal. El primero de los fenómenos destacados -los previsibles- serían fruto de circunstancias personales tales como el cumplimiento del servicio militar por el trabajador, totalmente previsible, al asociarse indefectiblemente por mandato legal al cumplimiento de una edad; y, por supuesto, la suspensión expresamente pactada por los sujetos contratantes. Entre los segundos -hechos imprevisibles- se situaría claramente la fuerza mayor, en cuyo carácter imprevisible reside su esencia, ya que, de no existir tal elemento, no podría hablarse tampoco de fuerza mayor.

Respecto de la segunda clasificación, que podría denominarse "subjetiva", ya se ha puesto anteriormente de relieve que el intento globalizador por fundamentar la suspensión acaba siempre topando con la existencia de dos intereses antagónicos dentro de la relación: los que corresponden a la persona del trabajador y los que se refieren a la organización del empresario²³⁵. Su confluencia en una unidad explicativa resulta imposible no ya porque sus intereses sean contrapuestos, pues ello ocurre en cualquier otro contrato sinalagmático, sino porque en la suspensión subyacen en un caso motivaciones o intereses personales -puede decirse, por tanto, que la suspensión que nace de la persona del trabajador es una suspensión "subjetiva"-, mientras que en el otro son siempre objetivos o económicos, relacionados con la organización económico-productiva de la empresa. Ello impide, en consecuencia, recurrir a ambos criterios -el subjetivo y el objetivo- para dar una cumplida explicación unitaria de la figura, y, por tanto, obliga a separar en dos, en función de los sujetos que en ella intervienen, su fundamento jurídico-social. Ésta es la solución tradicional en la doctrina comparada, basada en esquemas legales similares (que contemplan prácticamente las mismas circunstancias de suspensión del contrato).

²³⁵ En tal sentido, BARASSI habla de conflicto de intereses: el empresario no está interesado en pagar más que por el trabajo que se le debe, y el trabajador no está dispuesto a soportar -en cuanto se ve privado de su sustento- las interrupciones que no le son imputables (BARASSI: *Elementi di Diritto del lavoro*. Milán, 1954, 6ª ed., pág. 199).

El criterio subjetivo permite también diversificar el fenómeno suspensivo por su origen unilateral o bilateral²³⁶. En virtud de este criterio, sería bilateral la suspensión pactada por las partes, bien en el momento de constitución del contrato o en un momento posterior, y unilateral en el resto de los casos. De lo cual se deduce una estructura de regla-excepción: la regla sería la unilateralidad y la excepción la bilateralidad.

1.3.4. Derecho positivo

Definida la suspensión como figura jurídica por sus principios, bases o fundamentos, se hace indispensable descender al examen de la legislación positiva y a la regulación de la figura por la misma, con independencia de los concretos supuestos que participan de su naturaleza y que reciben regulación particular, en función del fin teleológico especial que cada uno persigue y de los efectos que a ello deben anudarse.

En cuanto a su *positivación*, el término “suspensión del contrato” o la expresión suspensión de los efectos del contrato no hace su aparición hasta la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, de 8 de marzo de 1.980, puesto que los textos anteriores, si bien recogían tácitamente la figura, no contenían alusión expresa a ella. La razón de ello es que se definía en términos negativos, como *ausencia de extinción*. Se dice en términos negativos porque ni se mencionaba la palabra “suspensión” (ni se aludía al concepto de suspensión) y porque se formulaba como una prohibición de despido.

En el proyecto de ley de contrato de trabajo²³⁷ de 14 de noviembre de 1919, presentado por el Ministro de Gobernación, Manuel de Burgos y Mazo, se contiene por vez primera, en el art. 94, el término “suspensión”, referido, no obstante, no al contrato, sino al trabajo²³⁸. En efecto, se regula el derecho del trabajador a suspender el trabajo, siempre que concurra causa justificada. Dicha suspensión de la prestación laboral da lugar a la pérdida de retribución. Se trata, por tanto, de un auténtico

²³⁶ La doctrina científica y judicial emanada de la vieja Ley de Contrato de Trabajo prefería obviar dicha clasificación, ya que entendía que el pacto entre las partes era incompatible con la suspensión del contrato, al ligarse ésta a acaecimientos ajenos a la voluntad de los sujetos. En tal sentido, la Sentencia de 10 de marzo de 1941, según la cual siendo los elementos esenciales del contrato de trabajo “salario, trabajo y voluntad actual acorde de prestarlo”, la ausencia de voluntad actual acorde implica la exclusión de la posibilidad de suspensión indefinida o pactada sin plazo (en todo caso, pues, exigiría su concreción temporal en el pacto inter partes). CAÑADA VALLE, en sus *Anotaciones a la ley de contrato de trabajo* (op.cit., p. 342), sostiene que no cabe la suspensión por mutuo acuerdo, siendo reconducible la hipótesis a la ruptura contractual.

²³⁷ El número tres, ya que con anterioridad había sido presentado el de 11 de mayo de 1905, y el de 29 de mayo de 1908, por los respectivos Ministros de la Gobernación, Bernabé Dávila, en el primer caso, y Juan de la Cierva en el segundo.

²³⁸ Debe tenerse en cuenta que el despido no se “causaliza” hasta la *Ley de Jurados Mixtos*, de 1931. Ésta es la primera norma de nuestro ordenamiento que establece la obligación de indemnizar el despido sin causa justa o *despido injusto*.

supuesto de suspensión contractual, ya que se suspenden ambas prestaciones (además, se alude expresamente a dicha categoría jurídica). Sin embargo, dicho proyecto no puede citarse como precedente positivo porque, a pesar de los repetidos intentos al respecto, no llegó a aprobarse.

La referencia positiva la constituye el Código del Trabajo, aprobado por Real Decreto de 26 de noviembre de 1926. Es el primer texto positivo que contiene una primera aproximación legal a la suspensión del contrato de trabajo como figura autónoma. El Libro I del referido Código dispone que tendrá lugar la suspensión del contrato de trabajo en un solo supuesto: el cumplimiento del servicio militar.

La posterior Ley de Contrato de Trabajo ampliará el ámbito de aplicación material de la figura (pues tres son las causas “suspensivas”: incapacidad temporal, servicio militar o ejercicio de cargos públicos y alumbramiento, *ex art. 90*), pero, por contra, menos explícita al respecto, ya que define la suspensión por exclusión, como excepción a la extinción. Sin embargo, sí cabe hallar alusión expresa a la suspensión contractual en otro pasaje legal, y así contiene en el art. 92 una referencia a la suspensión de los efectos del contrato respecto de la suspensión temporal “por causas no previstas ni imputables al patrono, tales como la falta de materiales o de energía necesaria para la actividad de la explotación, huelgas parciales que puedan repercutir en el trabajo contratado y otras análogas, debiéndose además determinar, en caso de admitirse la suspensión del contrato, el tiempo máximo que ésta puede durar y cuándo el obrero dejará o no de percibir su salario”. Luego el legislador de 1931 estaba delimitando claramente dos “fuentes” o tipos de suspensión: la que provenga del trabajador (regulada por el art. 90) y la que provenga del empresario (regulada en el art. 92), entre las que se enumeran una serie de circunstancias con efectos suspensivos. De ello resultan otros tantos regímenes diferenciados:

- el uno, residente en el trabajador como fuente de la suspensión, se concibe como prohibición de extinción del contrato. Su formulación es, por tanto, negativa. Su regulación es patrimonio de la propia ley.
- El otro, referido a la organización empresarial, se concibe como suspensión de los efectos del contrato. Su formulación es positiva, y su regulación se desplaza a los pactos colectivos y a los contratos celebrados por escrito, en los que deberá disponerse sobre tres materias: en primer lugar, su admisión, en segundo lugar su duración máxima, y, por último, la procedencia del mantenimiento del derecho al salario.

Esta regulación pasará al posterior Texto Refundido de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, aprobada por decreto de 26 de enero de 1944. En ella se efectúan referencias a la materia objeto del presente análisis en los artículos 79 y 80.

El art. 79 reproduce prácticamente en su integridad el contenido del art. 90 de la anterior ley. El art. 80, por el contrario, varía notoriamente la redacción del precepto precedente, al sustituir el catálogo de causas supuestamente imprevistas e imputables al patrono por una fórmula general, que delega en la Delegación de

Trabajo o la Dirección General de Trabajo (según se trate de industria provincial o nacional) la determinación de las circunstancias que hayan de considerarse como tales y que pueden calificarse de causas de “suspensión por crisis”²³⁹. Y, lo que es más importante, se sustituye la autonomía colectiva e individual por el criterio público. Por lo que respecta a la conservación de la remuneración, nada se dice²⁴⁰ (en todo caso, se mantiene la obligación empresarial de cotizar). En cuanto a la suspensión debida a excedencia del trabajador, se remite a las reglamentaciones de trabajo respectivas.

Las Órdenes de 31 de mayo de 1950 y de 20 de mayo de 1952, ésta *sobre reincorporación al trabajo de los pensionistas de las mutualidades laborales que fueran declarados de nuevo aptos para el trabajo*, establecen el concepto positivo de “reserva de plaza”. Sin embargo, no puede predicarse de dicha reserva la cualidad de suspensión: se trata, por el contrario, de una mera expectativa de reingreso, de un derecho a ocupar un puesto en la misma empresa, condicionado a la recuperación de la capacidad de un pensionista que hubiera pasado a la inactividad laboral pensionada como consecuencia de una declaración de invalidez permanente²⁴¹.

De la simple observación de tales textos se colige que en ninguno de ellos se hace alusión al concepto o naturaleza de la suspensión, precisamente porque se formula en términos negativos. Cuando se trata de la suspensión que afecta al empresario, por el contrario, sí se acude a la terminología señalada, si bien no se define su concepto y naturaleza, ni siquiera sus efectos, que se presumen implícitos.

El Estatuto de los Trabajadores supone un avance en tal sentido, al sistematizar los supuestos suspensivos y regular sus efectos, que se conciben como elementos definidores de la figura de la suspensión.

El artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, precepto en el que se acoge y da regulación a la institución, actúa como disposición general aplicable a todas las circunstancias a las que la propia norma concede valor suspensivo. Tal intento, sin embargo, no da frutos provechosos, dado el carácter neutro de la mencionada disposición, que omite la cuestión y opta por aludir sólo a los efectos de la categoría general de la suspensión. De ahí que la rúbrica del artículo rece “causas y efectos de la

²³⁹ Así se denominan en el Decreto de 26 de enero de 1944 y disposiciones complementarias (Decretos de 3 de agosto de 1945, de 26 de enero de 1944 y Orden de 5 de abril de 1944, así como Resolución de 24 de septiembre de 1946, sobre suspensión de actividades por carencia de energía eléctrica). Entre tales supuestos, las debidas a fuerza mayor y a enfermedad del pequeño empresario (BENÍTEZ DE LUGO).

²⁴⁰ No obstante, las cantidades a abonar en estos casos se fijan en concepto de indemnización y no como anticipo de haberes (CAÑADA VALLE: *Anotaciones a la Ley de Contrato de Trabajo*. Zaragoza. Tip “La Académica”. 1951, VII).

²⁴¹ Dicha regulación fue desarrollada, en el ámbito de la Seguridad Social, por el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, cuyo art. 13 establece la “preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa en que trabajaron, en la primera vacante que se produzca de su categoría y especialidad profesional...”

suspensión". En nada interesa al legislador, al menos no que figure *positivado*, por razones pragmáticas, cuál es el fundamento o la naturaleza de la suspensión. Importa clarificar las consecuencias que deba tener para los contratantes, y éstas son (segundo número del artículo 45) la exoneración²⁴² de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo.

Se prescinde, por tanto, de legitimaciones que habiliten a los sujetos de una relación laboral para suspender la ejecución del contrato, y se acude directamente a las consecuencias que la interrupción legitimada deba tener legalmente para las partes: la exoneración de sus obligaciones principales. Se plantea en términos de exención, lo cual significa que el Estatuto destierra la idea de incumplimiento contractual, ya que establece expresamente que la prestación no será exigible: por tanto, será debida pero no exigible, sin que su "inejecución"²⁴³ signifique para la parte que se abstiene incurrir en incumplimiento imputable y sin que, por consiguiente, haya de enfrentarse a sanción contractual alguna.

2. Efectos jurídicos de la suspensión del contrato

Concepto y efectos de la suspensión contractual son términos que se interrelacionan, por cuanto lo que se entiende por suspensión es a la vez lo que concebimos como efectos básicos de ésta: es decir, la interrupción simultánea de las prestaciones: la de prestar el trabajo y la de remunerarlo.

No obstante, los efectos de la suspensión van más allá de su definición como cesación temporal de las obligaciones de ambas partes, extendiéndose a otros elementos contractuales que se desprenden de las obligaciones principales, respecto de los cuales se plantean dudas sobre su continuidad, conservación o exigibilidad durante el periodo suspensivo. Por otro lado, puesto que la suspensión implica la reanudación posterior de ambas prestaciones, debe resolverse si las alteraciones de ámbito colectivo que se produzcan pueden extenderse hasta la relación que se halla suspendida.

Ambas cuestiones, sobre las que no se pronuncia expresamente la norma en la que en nuestro Derecho se regula la figura de la suspensión, el Estatuto de los Trabajadores, serán examinadas a continuación.

Al igual que se defendía, respecto de la naturaleza de la suspensión del contrato, la necesidad de elaborar una doctrina unitaria -a pesar de la multiplicidad y diversidad de los supuestos que posteriormente puedan incluirse en ella bajo una misma

²⁴² Exoneración *íntegra*. Respecto de la obligación salarial, se afirma en la STS de 4 de febrero de 1991 (RJ 1991, 796) que "es claro que la exoneración del pago del salario que establece el citado art. 45,2 alcanza a éste en su integridad, cualquiera que fuere la forma de reflejar su abono".

²⁴³ Del francés "inexécution".

caracterización dogmática-, debe afirmarse en el terreno de los efectos de la suspensión la existencia de una base común a todos los supuestos suspensivos, que se nos aparecen y dibujan claramente, con independencia de la posible especificidad de cada uno de ellos²⁴⁴.

Si la naturaleza de la suspensión es o se define por la interrupción temporal de la ejecución del contrato, sus efectos serán, en consecuencia, la interrupción temporal de todos los efectos que emanan de aquél o los que conforman su contenido²⁴⁵. Desde la óptica contraria, puede afirmarse que, puesto que subsiste el contrato, subsisten también los efectos que de él se derivan, porque, en definitiva, el contenido del contrato está constituido por sus efectos: sin ellos no habría relación contractual alguna. Entre ambas posiciones debe encontrarse un equilibrio que se ajuste a la verdadera naturaleza de la suspensión: en pocas palabras, ésta no puede ser ni la cesación total de los efectos del contrato, aunque temporal, porque sigue vigente, ni la continuidad del despliegue de todos sus efectos, porque entonces *no estaría suspendido*. Se trata, en realidad, de la cesación temporal de *ciertos* efectos del contrato. Cuáles sean éstos depende de las obligaciones que quedan suspendidas. Y si las obligaciones que se suspenden son las principales o básicas de cada una de las partes, trabajar y remunerar el trabajo, los efectos que continuarán desplegándose serán todos los demás, es decir, aquellos que, más o menos independientes de las obligaciones principales, sean susceptibles de ejecución -y, por tanto, de ser exigidos por la contraparte- aun durante la no ejecución del trabajo y la ausencia de la obligación de remunerar²⁴⁶. Por consiguiente, aquellos que se conecten a la existencia de un vínculo laboral entre ambas partes del contrato, se ejecute o no el trabajo y se deba o no su correlativa contraprestación -la salarial-. Deberá aludirse, pues, a los efectos sobre las obligaciones inherentes a ambas posiciones contractuales.

Lo primero que debe resolverse es si la suspensión provoca por sí misma el nacimiento de nuevos derechos y obligaciones para las partes, es decir, si existen efectos consustanciales a la suspensión del contrato o si, por el contrario, lo que se produce es una simple limitación del ámbito de los efectos del contrato. Dicho de otro modo, si la suspensión provoca efectos nuevos o sólo opera una restricción en los que son inherentes a una situación de desarrollo “normal” del contrato (o, en todo caso, una modificación o alteración de éstos). Al respecto debe decirse que la respuesta no

²⁴⁴ Según VIDA SORIA (*Comentarios...*, op.cit., p. 77), “los efectos de toda suspensión deben ser uniformes”, aunque “de todos modos lo anterior no significará un resultado de total uniformidad en el tratamiento de los efectos suspensivos”.

²⁴⁵ “Cesan parte o casi todos los efectos del contrato, pero subsiste, a modo de cordón umbilical, el derecho de reserva de plaza” (CARRO IGELMO, A.J.: op.cit., p. 26).

²⁴⁶ Señala BÉRAUD la existencia de dos posiciones doctrinales: la que sostiene que sólo se mantienen aquellas obligaciones que se dirigen a la conservación del contrato, en orden a garantizar su ejecución normal tras el periodo suspensivo (quedando prohibido a las partes comprometer la existencia del contrato), y la que se inclina a pensar que la propia suspensión produce un efecto “selectivo”, en el sentido de mantenerse las llamadas obligaciones accesorias.

es unívoca, sino que la realidad suspensiva es plural, de tal modo que, además de detectarse ciertos -aunque muy escasos- nuevos efectos, la tendencia más acusada es hacia el mantenimiento de las obligaciones y derechos ya existentes, si bien sometidos a unas ligeras variaciones, y, por supuesto, la desaparición temporal de las que pueden denominarse básicas o principales (las de trabajar y remunerar), así como todas aquellas que se conectan directamente a las mismas: v.gr., la de actuar diligentemente en el desarrollo del trabajo (se produce también la desaparición de la posibilidad de que se produzca un accidente de trabajo durante todo el periodo suspensivo), sometiéndose a las órdenes e instrucciones del empresario... en el caso del trabajador, o la del pago puntual del salario, en el caso del empresario. En todo caso, constituye principio general de interpretación de esta materia -los efectos de la suspensión del contrato de trabajo- la subsistencia del vínculo contractual, que debe fundar, en caso de duda, una interpretación favorable al mantenimiento de cualquier derecho u obligación nacidos del contrato en supuestos de suspensión.

El único efecto que puede considerarse “nuevo” o propio de la vicisitud suspensiva es el nacimiento de un nuevo deber del trabajador, del que resulta acreedor el empresario, para el que constituye un derecho. Se trata de una obligación que a su vez es presupuesto para la correcta génesis de la suspensión: el deber de informar o comunicar al empresario la circunstancia que motiva la suspensión, puesto que aquél, de no conocer el hecho suspensivo, no podrá actuar de acuerdo con las normas que la rigen, y, por consiguiente, no le será exigible ningún comportamiento de los previstos en ellas. Ello significa que, de desconocer los motivos que fundan la suspensión o, por mejor decir, de ignorar la existencia de una situación de suspensión, no le será imputable la violación de ciertas prohibiciones que sobre él pesan con respecto al mantenimiento o conservación del puesto de trabajo para el trabajador incurso en suspensión. Por tanto, podrá exigir la realización del trabajo debido y, por consiguiente, instar el despido del trabajador por incumplimiento de sus obligaciones contractuales, de lo cual resulta que la ausencia de información puede provocar, de forma indirecta (sólo de este modo) la extinción contractual a instancia empresarial²⁴⁷.

Ahora bien, las fronteras de dicha obligación no alcanzan a situarla en un grado absoluto de exigibilidad, pues cabe que, por razones justificadas, al trabajador le sea imposible tal comunicación; en todo caso, deberá hacerse efectiva en un momento anterior o en otro posterior, en cuanto resulte posible, pero sería una solución desmedida otorgar mayores efectos a su ausencia²⁴⁸ (con mayor razón si se tiene en

²⁴⁷ BÉRAUD, op.cit., p. 163. Entiende que la violación de la obligación de trabajar justifica el despido, pero que la falta de información no lo autoriza en modo alguno, ya que existe un deber correlativo del empresario, que se desprende también de ese genérico deber de lealtad y corrección, consistente en la obligación de averiguar la causa y duración de la ausencia con carácter previo a cualquier otra actuación.

²⁴⁸ En tal sentido, STSJ de Andalucía/Málaga, de 1 de septiembre de 1.992 (A.S. 1.992, 4275), sobre despido improcedente fundado en la falta de acreditación ante la empresa del disfrute de licencia

cuenta que el empresario carece de medios para discernir si la información le es debida y en qué medida puede exigir su comunicación, ya que desconoce las circunstancias personales del trabajador)²⁴⁹.

No debe olvidarse la posibilidad -prevista en todos los ordenamientos, en tanto se trata de una relación contractual- de que las partes pacten el régimen de la suspensión y, por tanto, den lugar a auténticos nuevos efectos de la misma. Uno de tales efectos puede ser la ampliación de la duración del contrato de naturaleza temporal, que, de otro modo, se extinguiría llegado su término final durante la situación suspensiva²⁵⁰.

Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de los supuestos suspensivos particulares, en los que cabe el nacimiento de efectos consustanciales a la suspensión, que, por tanto, no aparecen mientras el contrato no sufra tal alteración temporal (es decir, no existen mientras el contrato se ejecute en sus términos ordinarios o habituales).

El caso paradigmático es el de la huelga, derecho fundamental cuyo correcto ejercicio está sometido a ciertas exigencias y a determinadas garantías frente al empresario y al resto del colectivo afectado por la misma (compañeros no huelguistas), y cuyo accionamiento genera para el trabajador que lo realiza determinados deberes que tienen la consideración, por tanto, de efectos propios de la suspensión-huelga. Entre ellos se situaría, al margen de aquellas condiciones que se desprenden de la propia configuración de la huelga y que, más que efectos de la misma, serían condiciones de su ejercicio (así, que encaje en los estrictos términos exigidos para recibir la consideración de “huelga legal”, o la obligación de negociar las condiciones de su ejercicio y cese, servicios mínimos...), deberes tales como la prevención y la reparación de accidentes ocurridos como consecuencia de la huelga, el deber de negociar con el empresario...

por enfermedad de familiar: “la única cuestión a debate radica en determinar si el hecho de que la demandante no hubiese acreditado plenamente dicho motivo con anterioridad a la celebración del juicio puede justificar una sanción tan grave como la de despido, debiendo resaltarse que la actora (...) incluso presentó un certificado médico justificativo de la misma, si bien es cierto que referido a una fecha anterior a aquella en que disfrutó la licencia, *lo cual debió llevar a la empresa a efectuar algún tipo de comprobación complementaria sobre dichos extremos antes de adoptar una medida tan tajante como la de despido.*”

²⁴⁹ Tal obligación se entiende sin perjuicio de la que concierne al Sistema de la Seguridad Social cuando de la suspensión del contrato se derive el derecho a una prestación pública. En todo caso, de exigirse tal formalidad, ésta supondrá un presupuesto del nacimiento de la prestación, siendo independiente del derecho a la suspensión del contrato.

²⁵⁰ En nuestro Ordenamiento el pacto se admite en dos supuestos específicos, sin perjuicio de que la voluntad de las partes lo disponga así en cualquier otra circunstancia. Se trata del art. 19.2 del Decreto 488/1998, de 27 de marzo (por el que se desarrolla el art. 11 del ET en materia de contratos formativos), según el cual “la suspensión de los contratos en virtud de las causas previstas en los artículos 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores no comportará la ampliación de su duración, *salvo pacto en contrario*”. En segundo lugar, el art. 14.3 ET prevé una norma similar en materia de cómputo del periodo de prueba, quedando autorizada su interrupción si existe acuerdo entre las partes.

Deben mencionarse en segundo lugar aquellos casos en los que la suspensión de la relación laboral provoca unos efectos directos sobre otra relación: la de Seguridad social, que une a los sujetos del contrato de trabajo con el Sistema de la Seguridad social, y que se concreta en dos ámbitos: por un lado, en el nacimiento de una prestación -canalizada a través de un subsidio económico-, que, en caso de enfermedad (que conforma la contingencia de incapacidad temporal) en el Derecho español será parcialmente asumida por el empresario (y, por tanto, constituirá un efecto adicional de la situación suspensiva), y, por el otro, en la modificación de la obligación de cotizar al Sistema -por cuanto la cuota debida sufre una alteración, prevista en las normas relativas a la cotización-. Ambas consecuencias incidirán en el régimen de obligaciones impuestas al empresario con ocasión de la suspensión del contrato (serán, por tanto, efectos “nuevos” y propios de la suspensión, aunque sólo de la debida a ciertas causas: incapacidad temporal y, en menor medida respecto del empresario -sólo en el campo de la obligación de cotizar-, maternidad y suspensión por crisis).

En cuanto al resto de lo que se ha dado en llamar “efectos de la suspensión” y que, en puridad debería denominarse “régimen de mantenimiento de los efectos del contrato durante la suspensión”, una primera aproximación puede arrojar como resultado la siguiente esquematización, aceptada unánimemente por la doctrina científica:

1. *Interrupción de la prestación laboral* y, correlativamente, de la prestación salarial. Se trataría en realidad, no de un efecto de la suspensión, sino de la propia esencia de ésta, de la que efectivamente emanarán los efectos correspondientes.
2. *Subsistencia del resto de las obligaciones o prestaciones accesorias* (ligadas a la existencia de un vínculo jurídico entre las partes), exigibles en tanto las partes continúen vinculadas contractualmente y en la medida en que se desprendan del propio contrato y no deriven directamente de la ejecución de las prestaciones principales.
3. *Conservación o “reserva” del puesto de trabajo* (son dos ópticas de observación de un mismo fenómeno: desde el punto de vista del trabajador puede verse como un derecho a la conservación del puesto de trabajo, y desde el del empresario como un obligación de reservar tal puesto).
4. *Continuidad en el cómputo de antigüedad en la prestación de servicios en la empresa*, a los efectos pertinentes (siempre beneficiosos para el trabajador). Derecho que persigue como finalidad evitar los perjuicios que pudieran derivarse para el trabajador de la ausencia, que, en la mayor parte de ocasiones, es ajena a su voluntad²⁵¹.

²⁵¹ CARRO IGELMO, op.cit., p. 46.

5. Excepcionalmente (por tanto, no puede enumerarse entre los elementos básicos o definitorios de los efectos de la suspensión, puesto que sólo tiene lugar en ciertos supuestos tasados), *nacimiento del derecho a una prestación del Sistema de la Seguridad Social*, a través de la cual no sólo se garantiza la estabilidad en el empleo, sino también en la ganancia o en las rentas salariales²⁵².

Con carácter previo al estudio de las anteriores consideraciones, concretamente la segunda, tercera y cuarta, debe someterse a estudio la propia subsistencia del vínculo jurídico como premisa de todas ellas. En contraposición a la permanencia del vínculo, de la que deriva el mantenimiento de ciertas obligaciones y el consiguiente *abandono* o dejación de otras, BÉRAUD sostiene la desaparición del “vínculo de subordinación” que acompaña necesariamente a la ejecución del contrato y que se define como el principio por el cual el trabajador se sitúa bajo la autoridad del empresario, que queda legitimado para dar las instrucciones y ejercer los controles necesarios para la ejecución del trabajo (que debe proporcionarle al trabajador), y por el que el empresario asume una función social hacia el trabajador²⁵³. Cuando el contrato se suspende, puesto que éste no se ejecuta, el vínculo de subordinación que une a las partes y les impone una serie de obligaciones conectadas a las prestaciones recíprocas quedará también en suspenso²⁵⁴, y, por tanto, conllevará la correlativa suspensión de ciertos poderes empresariales. Ello no impide que otros derechos y deberes continúen siendo exigibles, puesto que lo que desaparece es únicamente el vínculo de subordinación, no el contrato.

De ello deben extraerse las conclusiones enumeradas con anterioridad:

- *Subsistencia de las obligaciones accesorias*: si la suspensión que se opera afecta sólo a las obligaciones “principales” (las de ejecutar el trabajo y de remunerar), debe concluirse que las “accesorias” (aquellas otras que no tienen carácter de prestaciones básicas) se mantendrán también suspendidas en la medida en que se desprendan de las primeras²⁵⁵. Ello significa que ciertos derechos y deberes no

²⁵² La distinción es de HORION (“Suspension et interruption du contrat du travail”. *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato de Lavoro*, nº 2, julio-diciembre, 1970, p. 170), si bien se relaciona con la conservación íntegra del salario.

²⁵³ El vínculo de subordinación puede sintetizarse en la existencia de dos posiciones: la del trabajador, que acepta la obligación de puesta a disposición del empresario, y la del empresario, que asume la función de proporcionarle trabajo a ejecutar (así como las instrucciones necesarias para ello y el entorno adecuado: condiciones y medidas de seguridad...).

²⁵⁴ Para BÉRAUD (op.cit., p. 78), la desaparición del vínculo de subordinación es criterio determinante, pero no suficiente, para la definición de una situación de suspensión.

²⁵⁵ Debe traerse aquí a colación la tesis sostenida por BÉRAUD, para quien la distinción entre obligaciones principales y accesorias es cuanto menos curiosa, en tanto que lo accesorio siempre sigue a lo principal y, por tanto, no puede mantenerse la vigencia de uno sin la del otro y viceversa. En todo caso, argumenta el autor, siendo la suspensión un fenómeno que se inscribe en el desarrollo normal del contrato de trabajo, el problema de los efectos de la suspensión debe buscarse en el propio acuerdo de voluntades, del que nacen dos tipos de obligaciones: las de

podrán ser exigidos, por ser imposible su cumplimiento independiente del de la obligación principal²⁵⁶, pero no impide que otros, en la medida en que gozan de cierta autonomía, sean plena o parcialmente exigibles²⁵⁷, habida cuenta de la temporalidad de la suspensión. La conservación de las obligaciones accesorias²⁵⁸ implica que el empresario siga manteniendo su esfera de poderes sobre el trabajador y su carga de deberes hacia él, y que éste conserve los deberes y derechos inherentes a su puesto de trabajo, pero que sólo algunos de ellos puedan ser ejercidos. La dificultad estribará, pues, en determinar el grado de autonomía en cada caso²⁵⁹, porque de ella dependerá su exigibilidad. Se impone, pues, una doble tarea: en primer lugar, dilucidar cuáles sean esas prestaciones accesorias y, en segundo lugar, determinar su grado de autonomía para conocer su posible ejecución o su grado de exigibilidad en caso de suspensión del contrato. Su identificación y la determinación de su independencia estará en consonancia con la relación que mantengan con el vínculo jurídico, permaneciendo aquellas que se derivan de la propia relación laboral pero que no se ligan a la ejecución de las prestaciones recíprocas que componen el objeto del contrato. La cuestión será examinada más tarde.

- En cuanto al *derecho a la conservación del puesto de trabajo*, señalado por algunos autores como uno de los principales efectos o consecuencias de la suspensión del contrato (y por otros como el principio básico de la misma²⁶⁰), debe afirmarse que no es propiamente un efecto de la suspensión, sino *del mismo contrato*, que vincula

carácter intermimente o discontinuo, no exigibles durante toda la vida del contrato, y las obligaciones continuas, que resultan exigibles durante toda la vida del contrato, tanto en periodo de descanso como de trabajo y, por tanto, no son en principio susceptibles de suspensión. De ello se extrae una conclusión: la suspensión del contrato de trabajo se traduce en la desaparición de las obligaciones discontinuas que derivan del vínculo de subordinación (v.gr., la obligación de "asiduidad", de la que nace la prima de asistencia o puntualidad; en cuanto al empresario, le permite la libre conclusión de contratos de sustitución) y en el mantenimiento de las obligaciones continuas que se desprenden de la sola permanencia contractual (BÉRAUD: op.cit., ps. 129-131).

²⁵⁶ Como afirma VIDA SORIA ("La suspensión...", op.cit., p. 78), "el artículo 45.2 lo que viene a querer decir es que durante la situación suspensiva sólo se interrumpen las prestaciones de trabajo y de salario". Por tanto, subsisten todas las demás.

²⁵⁷ VIDA SORIA sostiene que aún las obligaciones principales continúan debiéndose (de ahí su reanudación posterior), de lo que deduce que la suspensión, al afectar a la ejecución del contrato pero no al contrato en sí, "supone la persistencia del mismo en toda su integridad, incluso en lo que se refiere al trabajo y al salario". *La suspensión del contrato...* pág. 62. Lo mismo en *Comentarios...* pág. 24.

²⁵⁸ MARTÍN VALVERDE (op.cit.) funda la permanencia de estas otras obligaciones en razones de necesidad, "en la medida en que son fundamentales en la protección de los intereses de los sujetos y, en algún caso, para la efectividad de la reanudación de los efectos plenos de la relación".

²⁵⁹ Por ejemplo, el de los beneficios económicos no salariales, en los términos del art. 26.2 ET, o el derecho a disfrute de vivienda, aun cuando tenga carácter salarial.

²⁶⁰ CARRO IGELMO (op.cit., p. 44): "si no hubiere esta reserva de plaza la suspensión equivaldría a una extinción".

permanentemente a las partes. Es decir, que se conserve el puesto de trabajo es un efecto de la propia naturaleza “permanente” del contrato, que se ejecuta de modo continuado en el tiempo, se suspenda o no alguna o ambas prestaciones objeto de aquél. Lo demuestra el hecho de que, si acaece una circunstancia que tenga carácter extintivo, dará lugar a la extinción del contrato, esté o no suspendido. La suspensión no afecta en nada a la continuidad del vínculo, que subsistirá o desaparecerá con independencia de tal situación. Permanecerá indiferente, pues, a circunstancias tales como la llegada del término final, el despido colectivo... que tendrán la misma efectividad tanto si el contrato se halla suspendido como si se está ejecutando, porque lo determinante es que éste *exista*.

Por tanto, de la suspensión no se deriva como efecto el derecho a la conservación del puesto de trabajo, sino que en ello consiste la suspensión, éste es el sustrato de la misma: la no extinción del contrato por el devenir de una circunstancia cuya entidad -transitoria- produce la interrupción de su ejecución²⁶¹. Sucede, sin embargo, que el derecho del trabajador a mantenerse en su puesto de trabajo se torna en derecho a que se le conserve la vacante que su ausencia deja, para su ocupación posterior al finalizar el periodo de suspensión.

Otra cosa sería que, como efecto de la suspensión, se reforzaran las garantías que la ley anuda a ese abstracto derecho del trabajador a mantenerse en su puesto de trabajo, conocido como principio de estabilidad en el empleo, cuya manifestación más notoria es la limitación del poder extintivo del empresario (su sometimiento a límites más o menos rígidos). En otras palabras, si la suspensión provocara una paralización o aumentara los límites al poder del empresario para instar la extinción del contrato de trabajo, sí podría hablarse de conservación del puesto de trabajo como efecto de la suspensión. Sin embargo, ello no ocurre con carácter general en ningún ordenamiento jurídico²⁶², y en ningún caso en el nuestro, y, por tanto, debe llevar a rechazar tal consideración.

²⁶¹ En el mismo sentido, VIDA SORIA (*La suspensión...*, op.cit., p. 64): “si el contrato por virtud de la suspensión se encuentra inalterado y sólo inejecutadas algunas de sus prestaciones, ello quiere, evidentemente, indicar que ningún cambio se ha de producir en su contenido, ni siquiera la adición de este derecho a reserva de plaza”; no hay reserva de plaza porque, para que ello fuera así, sería necesario que existiera una plaza vacante, y no la hay, porque está ocupada por su titular, argumenta. Entiende el autor que los conceptos de *suspensión* y de *reserva de plaza* son incompatibles, ya que el contrato de trabajo se mantiene inalterado y, por tanto, la situación del trabajador en la empresa.

²⁶² Sí ocurre en algunos Derechos respecto de la suspensión contractual por maternidad, dada la especialidad del bien jurídico que se tutela, en el que queda implicado también el principio de igualdad por razón de sexo. Tal es el caso, por ejemplo, del Derecho portugués, en el que el despido de la trabajadora grávida, puerpera o lactante se presume realizado sin justa causa, quedando sometido, en todo caso, a un procedimiento especial, en el que resulta preceptivo el informe de los servicios del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social con competencia en el área de igualdad (art. 18º A, “proibição de despedimento”, de la Ley nº 4/84, de 5 de abril, de protección de la maternidad y de la paternidad, en la redacción dada por la Ley 17/95, que introduce *ex novo* tal presunción). Otro tanto sucede en el Derecho suizo, en el que el art. 336e.

De lo único que cabe hablar, por tanto, es de la imposibilidad de utilizar una causa suspensiva para invocar la extinción del vínculo. Ello constituiría mala fe contractual *ex art. 1258 C.c. y 20.1 ET*, y sería sin duda contrario a la esencia de la suspensión (ilegal, por consiguiente), pero no podría considerarse simple efecto de ésta (quedaría al margen del área de los efectos de la suspensión).

En el Derecho español, el derecho del trabajador a la conservación de su puesto de trabajo se reconoce en el art. 48.1 ET, cuya rúbrica reza²⁶³ “suspensión con reserva de puesto de trabajo”²⁶⁴, contraponiéndose a las excedencias -art. 46- y a la suspensión por causa económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor -art. 47-, que rubrican los artículos precedentes. Parece que el legislador tuviera especial interés en distinguir este supuesto -que constituye la regla general- de aquellos en los que no existe reserva de puesto. Ello significa admitir que cabe la suspensión *sin reserva de puesto*. Concretamente, que existe una especial suspensión en la que el puesto de trabajo no se reserva, y que se esta pensando en la excedencia voluntaria (regulada en el art. 46), que, frente a la suspensión “ordinaria”, supone para el trabajador una mera expectativa de reingreso condicionada a la existencia de vacante. Si ello es lo que puede colegirse de la rúbrica del precepto, su lectura, sin embargo, permite efectuar otra interpretación, ya que dispone explícitamente que “el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado en todos los supuestos a que se refiere el apartado 1 del artículo 45 excepto en los señalados en los párrafos a) y b) del mismo...” Por tanto, lo que está estableciendo es una reserva de puesto de trabajo para todos los supuestos de suspensión, exceptuando sólo los que dependen directamente de la voluntad de los contratantes y que se prevén en los apartados a) y b) del art. 45.1 (los nacidos del mutuo acuerdo de las partes y los consignados válidamente en el contrato). Por consiguiente, el precepto está remarcando una característica que, como se decía anteriormente, es común a todos los supuestos de suspensión, porque es consustancial a la figura, hasta tal punto que, de no existir tal reserva, debería hablarse no de suspensión, sino de extinción. Otra cosa es que las garantías de la reserva -o del reingreso- sean mayores o menores (v.gr., excedencia voluntaria) y permitan hablar a cierta parte de la doctrina de supuestos ajenos a la suspensión, con naturaleza propia y autónoma. En definitiva, la rúbrica del artículo obedece a un intento descriptivo del régimen jurídico que de la suspensión y,

1° del Code des obligations prohíbe la rescisión contractual del empresario durante el periodo de las ocho semanas que preceden o que siguen al parto, siempre y cuando se trate de un contrato de duración indeterminada (“durée illimitée”).

²⁶³ “De un modo absolutamente surrealista”, en opinión de VIDA SORIA (“La suspensión..., op.cit., p. 76), que le aplica otras calificaciones como las de “trabalenguas normativo” o “defectuosidad”.

²⁶⁴ El texto del proyecto (art.46) encabezaba la redacción del precepto con un texto común a todos los apartados: “el trabajador tiene derecho a la reserva de puesto de trabajo en los siguientes casos”.

específicamente, del reingreso (por el que se pone fin a la misma), se contiene en él.

En consecuencia, el artículo 48.1 impone al empresario, con carácter general, la correlativa obligación -al derecho del trabajador- de reservarle el puesto de trabajo entretanto se mantenga la situación suspensiva para que pueda reincorporarse a él (o, en el caso de la excedencia voluntaria, a otro similar o equivalente) una vez cese la causa de suspensión (de forma inmediata, como norma general, salvo en los casos previstos en el art. 48.3, en el que se concede un plazo de treinta días para la reincorporación²⁶⁵). Ello no significa que no pueda disponer libremente de él en ese tiempo, cubriéndolo en régimen de interinidad, porque ello en nada afecta a los derechos del trabajador en suspenso sobre el mismo²⁶⁶, pudiendo, en cambio, beneficiar tanto a la organización de la empresa como al trabajador interino “agraciado” con la oportunidad de cubrir la vacante²⁶⁷. Además, supone que, efectuada la reincorporación tras el periodo suspensivo, no podrá hacerse valer la ausencia o la existencia de ciertas secuelas o efectos causados por la circunstancia que dio origen a la suspensión como motivo suficiente de despido (ésta es la razón por la que muchos ordenamientos jurídicos arbitran medidas especiales de protección contra el despido, reforzadas por el establecimiento de la inversión de la carga de la prueba, durante y tras el periodo de suspensión en supuestos particulares como la incapacidad temporal o la maternidad²⁶⁸).

En todo caso, tal reserva no impide al trabajador renunciar -siempre *ex post*- a su derecho, a través del mecanismo de la dimisión, pues la suspensión “en forma alguna coarta la libre disposición del trabajador de su derecho a extinguirlo o

²⁶⁵ STS de 30 de junio de 1.990 (R.J. 1.990, 5550). La no reincorporación del trabajador da lugar a la pérdida del derecho. Ahora bien, la jurisprudencia ha interpretado la conducta omisiva del trabajador en ocasiones como una dimisión -art. 49.1 d) ET- y en otras como incumplimiento contractual grave sancionable con el despido disciplinario -art.54.2 a) ET-. La doctrina científica se divide en dos tendencias: la de quienes afirman que a la propia conducta omisiva del trabajador cabe anudar efecto extintivo automático, extinción *ipso iure* (DURAND, RIVA SANSEVERINO) y la de los que exigen un acto conducente a la extinción por parte del empresario (es decir, se entiende que la conducta del trabajador sólo abre la posibilidad al empresario para proceder al despido). Puede hablarse de una tercera alternativa: entender la conducta del trabajador como dimisión; sin embargo, resulta una interpretación arriesgada por cuanto supone presumir una intención que puede no ser terminante y clara.

²⁶⁶ Salvo en un supuesto particular: el de la huelga, en el que queda expresamente prohibido por el art. 6.5 del RDL de Relaciones de Trabajo de 1.977.

²⁶⁷ Sin perjuicio de que la provisión de tal vacante sea más o menos realizable en función de la indeterminación temporal que rodee al supuesto: piénsese, por ejemplo, en la hipótesis de una enfermedad cuya duración o posibilidades de recuperación se desconocen, siendo posible que la duración real de la misma haga inútil o excesivamente costosa la provisión de la plaza si la reincorporación se produce en un periodo breve de tiempo. La cobertura sería, por el contrario, de muy fácil realización si el abandono temporal del puesto fuera debido al cumplimiento del servicio militar, o a la maternidad de la mujer trabajadora.

²⁶⁸ V. respecto de la maternidad, objeto del presente estudio, el capítulo IV d la introducción de este trabajo.

resolverlo”²⁶⁹, en virtud del principio de libertad personal que rige el contrato de trabajo de aquel que compromete su propia persona en el mismo: el trabajador²⁷⁰. Tampoco impide al empresario proceder a un despido colectivo, siempre y cuando el trabajador en suspenso -como el resto de los trabajadores afectados- también sea incluido en el preceptivo expediente.

- Respecto a la *continuidad en el cómputo de antigüedad* en la prestación de servicios en la empresa, si el vínculo contractual permanece en vigor, el tiempo transcurrido en situación suspensiva ha de considerarse también como parte de la duración del contrato²⁷¹, por lo que ésta no queda interrumpida por efecto de la suspensión, a pesar de la ausencia de las prestaciones básicas, en tanto subsisten otras prestaciones (aunque accesorias).

Ahora bien, el problema reside en la determinación de ese periodo como “simple” (lo que la doctrina italiana denomina “suspensión absoluta”) o como “cualificado”, es decir, como de simple duración del contrato o de efectiva prestación de los servicios debidos, se hayan o no ejecutado las prestaciones básicas²⁷². Dicho de otro

²⁶⁹ STCT de 3 de septiembre de 1.982 (RTCT 1.982, 4663). La libertad de resolución contractual está condicionada por el principio de tutela hacia el trabajador, que impone fuertes límites a la facultad empresarial sobre el derecho del trabajador, limitado sólo por el principio de buena fe. Los sistemas de inspiración civilista, más próximos a los esquemas del Derecho común, como el suizo, se inclinan por una mayor equiparación de las partes en materia de rescisión contractual, sometiéndolas a condiciones similares. Por ello prevé el art. 336 d) del Code des obligations suizo, tras imponer la prohibición de resolución durante los periodos de suspensión del contrato (debidos a cumplimiento de servicio obligatorio, la incapacidad para el trabajo, el embarazo y el puerperio y la participación en un servicio de ayuda al en el extranjero ordenado por la autoridad federal), que tampoco el trabajador podrá resolver el contrato cuando el empleador se vea inmerso en una de las circunstancias que a él mismo le impiden rescindir el contrato con el trabajador, siendo de aplicación idénticas reglas. El Derecho francés es mucho más garantista de los derechos del trabajador, ya que reconoce en el art. L. 122-32 y en el art. L. 122-28 del Code du travail el derecho al libre desistimiento sin preaviso de la trabajadora durante el embarazo y el periodo de suspensión (en este caso, se sustituye por el deber de comunicación al empresario) y los dos meses siguientes al parto o a la adopción, e incluso otorga, en el segundo caso, el derecho preferente de reingreso durante el año siguiente a la extinción (art. L. 122-28). Luxemburgo es más restrictivo, ya que, si bien permite la libre resolución por parte de la trabajadora, le exige observar el preceptivo preaviso (“délai de préavis”), ex art. 10.3 de la Ley de 3 de julio de 1.975, sobre protección de la maternidad de la mujer en el trabajo.

²⁷⁰ YAMAGUCHI, op.cit., p. 105. La libertad personal del trabajador impone necesariamente el mantenimiento intacto de su derecho de ruptura. Ello justifica su libertad de rescisión durante el periodo suspensivo.

²⁷¹ En el mismo sentido, SANTORO PASSARELLI (*Nozioni di diritto del lavoro*, op.cit.), que afirma ser consecuencia natural de la suspensión, y LAVAGNINI (op.cit., p. 131), quien argumenta que la indemnización por antigüedad, dada su naturaleza jurídica, no se halla estrechamente unida a la prestación laboral y no tiene como presupuesto la continuidad interrumpida de la prestación, sino que se relaciona con la subsistencia y continuidad de la relación laboral. Por el contrario, RIVA SANSEVERINO (op.cit., ps. 494-495) sostiene que sólo es consustancial a supuestos concretos.

²⁷² Del mismo modo que en caso de permisos o descansos, que computan como días de prestación efectiva de servicios: STSJ Galicia, de 21 enero de 1.993.-Ponente: Sr. Fernández Facorro (A.S. 1.993, 288): “...la cuestión debatida en autos no puede centrarse en la discusión sobre la

modo, la cuestión crucial es determinar si el tiempo de suspensión se equipara a tiempo de prestación efectiva de servicios, en tanto determinados beneficios contractuales (ascensos, complementos de antigüedad, cálculo de la cuantía de la indemnización por despido...) y derechos colectivos (derecho de representación del personal, en calidad de elector y elegible...) puedan anudarse no a la simple *antigüedad en la empresa*, sino a la *antigüedad de los servicios (efectivos)* en la empresa. Quede aquí hecho el planteamiento de la cuestión para su posterior examen en el lugar correspondiente (el Capítulo III).

En el terreno del Derecho positivo, el *respeto de la antigüedad del trabajador* y las consecuencias de ella derivadas no se establece en el art. 45 del ET, aunque se deduce de la no previsión por el 45.2 de mayores efectos que la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo y de su previsión expresa en caso de excedencia forzosa para negarle tal efecto a la excedencia voluntaria, de lo cual cabe inferir que, si la excedencia forzosa goza del mismo trato que el resto de causas de suspensión -entre las que se enumera en el art. 45.1- cabrá predicar los mismos efectos en uno y otro caso²⁷³. Es decir, cabe deducirlo de la regulación de la excedencia forzosa, que goza de la misma naturaleza que el resto de causas suspensivas enumeradas en el art. 45.1 (de ahí su inclusión entre ellas, con la finalidad de otorgarle el mismo régimen jurídico) y respecto de la cual se prevé, frente a la excedencia voluntaria, que dará lugar al “cómputo de la antigüedad de su vigencia” (art. 46.1 ET). Es más, el inciso fue introducido en la redacción final del precepto, ya que la originaria sólo disponía la *conservación de la antigüedad*²⁷⁴, es decir, de la que ostentaba el trabajador hasta el momento de la suspensión. Por tanto, implica no sólo la conservación de la antigüedad disfrutada hasta el momento, sino, además, la que resulta de añadir a tal periodo el transcurrido en suspensión.

En consecuencia, será exigible en cualquiera de las circunstancias enumeradas en el art. 45.1, salvo en el de la citada excedencia voluntaria (precisamente por su carácter voluntaria), incluso, por tanto, en caso de suspensión disciplinaria

naturaleza de los días de licencia de los que dispone libremente el trabajador, para pretender que se consideren de trabajo efectivo, pues es evidente su clara equiparación al periodo vacacional o a los descansos semanales ordinarios; se trata de días en los que no se presta servicio y se percibe la retribución. (...) La tesis anteriormente sustentada tiene su apoyo asimismo en la TS S 20 dic. 1.991, en la que para efectuar el cómputo de una jornada anual establece que a los días efectivos de trabajo se descontarán las vacaciones, domingos, y festivos no comprendidos en aquéllas y días de libre disposición o de descanso adicional...”

²⁷³ Así se desprende también de la doctrina del TCT (Sentencias de 4 de junio de 1.985, RTCT 1.985, 3736, y de 7 de diciembre de 1.988, RTCT 1.988, 8185). En el mismo sentido, ÁLVAREZ ALCOLEA (“La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores”, REDT, núm. 5, 1.981) y VIDA SORIA (*Comentarios...*, op.cit., p. 81).

²⁷⁴ El tenor literal “dará derecho a la conservación del puesto y de la antigüedad” (art. 44.1) fue sustituido por el de “dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia” (art. 46.1).

(contrariamente a lo que se desprendía de la derogada LCT), quedando prohibida la vieja previsión contenida en determinadas Reglamentaciones de Trabajo en torno a la concesión de autorización al empresario para sancionar determinadas faltas laborales con la pérdida de la antigüedad.

El análisis de las *obligaciones accesorias* que continúan siendo exigibles durante el periodo suspensivo merece, por su interés, tratamiento autónomo. Con anterioridad se había afirmado que puede considerarse regla general el mantenimiento y exigibilidad de aquellas obligaciones que tienen carácter “accesorio” en relación con las principales o básicas del contrato de trabajo -las de prestar unos servicios y satisfacer un salario en contraprestación-. De esta regla general derivan las siguientes consecuencias, que se plasman en el catálogo de derechos y deberes que ambas partes van a conservar durante la suspensión del contrato, y que se contienen en los artículos que el ET dedica a la regulación positiva de la figura: los artículos 45 a 48:

- El principio de buena fe contractual, recogido en los arts. 1258 C.c. con carácter general y 5 y 20.1 ET con carácter específico -respecto del contrato de trabajo-, impone una serie de obligaciones a las partes durante toda la vigencia del contrato, que configuran lo que PÉREZ BOTIJA denominaba “contenido ético del contrato”²⁷⁵. Su exigibilidad, por tanto, no se ve alterada por la llegada de una vicisitud en el desarrollo del contrato y, por tanto, sigue desplegando sus efectos durante la suspensión del mismo, si bien el contenido o ámbito de aplicación será, por razones evidentes, más restringido, al no poder afectar a las prestaciones que no se ejecutan (v.gr., el deber de respeto hacia los compañeros de trabajo y hacia el empresario puede continuar exigiéndose, pero es evidente que no existirá un contexto que favorezca su incumplimiento al estar el trabajador alejado físicamente del lugar de trabajo). Subsisten, por tanto, las siguientes exigencias para cada parte:
 - a) Respecto del **trabajador**, rige la prohibición de simple concurrencia (manifestada en la imposibilidad de compatibilizar la situación suspensiva con la prestación de servicios para otra empresa²⁷⁶, a menos que esté expresamente previsto en el

²⁷⁵ Y la jurisprudencia (STCT de 12 de mayo de 1.983, RTCT 1.983, 4214) “aspectos espirituales de la relación”, entre los que se incluyen la buena fe y la lealtad. La tesis de BÉRAUD (op.cit., p. 162), que sin embargo, no es propia, sino de ROUAST y DURAND (A. ROUAST y P. DURAND: *Droit du Travail*, Dalloz, 3ª ed., nº 331, p. 414), es contraria a la consideración de tales obligaciones como manifestaciones del deber de buena fe, reconduciéndolas al deber de fidelidad mutua que pesa sobre ambas partes contratantes (se trata de una relación de fidelidad-confianza, en la que la fidelidad parte del trabajador y la confianza del patrón). El contenido ético del contrato, tal como fue definido por PÉREZ BOTIJA, imponía al trabajador los deberes de lealtad, fidelidad y obediencia, y al empresario los de asistencia, protección y respeto hacia la dignidad del trabajador.

²⁷⁶ Especialmente manifiesta cuando dicha compatibilización implique el percibo de rentas económicas procedentes del trabajo y de una prestación de la Seguridad social. Ahora bien, alguna jurisprudencia ha admitido la posibilidad de prestar servicios para otra empresa -bajo un nuevo contrato - durante la suspensión del contrato de trabajo: es el caso de la STCT de 11 de

contrato o en pacto anexo posterior²⁷⁷) y de concurrencia desleal²⁷⁸ (ex art. 21 ET)²⁷⁹. Debe señalarse, no obstante, y ello no es más que una de las

junio de 1.980 (RTCT 1.980, 3438) y jurisprudencia de suplicación (v.gr., SSTSJ de Castilla y León/Valladolid, de 21 de junio de 1.994 (A.S. 1.994, 2489). Podría darse el caso de que la causa de suspensión permitiera el cumplimiento parcial, es decir, la prestación a tiempo parcial de los servicios. La situación podría plantearse y de hecho se planteaba respecto de la prestación del servicio militar en ciertas Ordenanzas de trabajo, que acogían la posibilidad de la prestación parcial, acomodándose sus condiciones a las del servicio militar (v.gr., art. 63 de la Orden de 20 de septiembre de 1946, sobre Banca privada). Al respecto, señala VIDA SORIA (*Comentarios...*, op.cit., p. 81) que más que suspensión debería hablarse de novación contractual. Sin embargo, se trataría de una modificación de condiciones de trabajo, concretamente de horario, a semejanza de la reducción legal prevista en el art. 37.5 ET como derecho de los padres de un menor de seis años, si bien de origen voluntario -pues el régimen jurídico sería el previsto por las partes- que se prolongaría durante todo el tiempo de la suspensión por servicio militar, recobrando a la finalización de éste la relación de trabajo su contenido originario, es decir, el de jornada completa. La Ley sólo ha prohibido expresamente la prestación de servicios para otra empresa en el Decreto de 1 de febrero, por el que se desarrollaba la Ley de 22 de julio de 1.961, cuyo art. 2.2 establecía la caducidad del derecho al reingreso de la trabajadora excedente por matrimonio en el momento de producirse el ingreso en otra empresa.

Por otro lado, la posibilidad de que el trabajador compatibilice varios contratos a tiempo parcial motiva la consiguiente suspensión del resto de los contratos cuando devenga una circunstancia suspensiva que pueda afectar a cualquiera de ellos (BÉRAUD, op.cit., p. 146).

En cuanto a la admisibilidad de la prestación de servicios para empresa diferente, YAMAGUCHI (op.cit., p. 403) la admite cuando no sea incompatible con la situación origen de la suspensión: esto es, cuando la suspensión se deba a problemas relativos al funcionamiento de la empresa y a huelga de los trabajadores, argumentando que desde el punto de vista humano debe mantenerse su derecho a conservar su fuente de sustento. CABANELLAS (*Contrato de Trabajo. Parte General*. Vol. III. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1.964, ps. 71-72) la justifica, en aquellos supuestos en los que no exista una imposibilidad para el trabajo (v.gr. incapacidad temporal), sobre la base de la necesidad económica que mueve al trabajador: “siendo sin goce de retribución la suspensión del trabajador no puede prohibirse que trabaje para otro patrono o empresario durante el tiempo o periodo en que se encuentre suspendido. Por ser cierto que el trabajador sólo cuenta con su remuneración para poder subsistir, no cabe “obligarle a la inactividad, lo que sería antisocial e inhumano, porque se le colocaría en la disyuntiva de pasar hambre o de hacer abandono del empleo” (el entrecorillado interior es cita de GARCÍA MARTÍNEZ, *El contrato de trabajo, en el Derecho Argentino y Comparado*, Buenos Aires, 1945, pág. 406). En ciertos sistemas jurídicos se prohíbe expresamente: v.gr., Australia, *Workplace Relations Act 1.996*: la trabajadora que se sitúe en suspensión del contrato por razón de maternidad debe firmar una declaración en la que se comprometa a no desarrollar trabajo alguno incompatible con su empleo.

²⁷⁷ Tampoco constituye excepción general el supuesto de la excedencia voluntaria, ya que, si en unos casos se ha admitido, en función la naturaleza del trabajo a desempeñar, por no constituir actividad concurrente con la de la empresa, en otros se ha negado tal posibilidad, en virtud de la subsistencia de los deberes éticos del contrato y, por tanto, del deber de no concurrencia que impone el art. 5 d) ET. En tal sentido, STSJ de Cataluña, de 2 de febrero de 1.994 (*Actualidad Laboral*, núm. 6, 1.995, ref. 215, p. 424-425), que cita las SSTs de 18 de mayo y de 3 de octubre de 1.990, todas en resolución de un supuesto de prestación de servicios por parte de un empleado de banca durante la situación de excedencia voluntaria en otra institución bancaria (“sin que la Ley ni la naturaleza de la excedencia voluntaria exonere por sí sola al trabajador de no concurrir con la actividad de la empresa”, STS de 3 de octubre de 1.990), determinándose la pérdida del derecho al reingreso en el momento del inicio de la nueva actividad concurrente, “sin perjuicio de que, si la prestación de servicios implica además concurrencia desleal, pueda ser configurada también como transgresión de la buena fe contractual que como causa de despido contempla el art. 54.2 d) del Estatuto” (STS de 18 de mayo de 1.990). Debe recordarse que los convenios de

manifestaciones de la subsistencia del contrato, que dicha obligación no nace como efecto de la suspensión, sino que su exigibilidad se mantiene durante toda la vigencia del contrato. Puede decirse, por tanto, que la suspensión no es más que otro de los momentos o ámbitos en los que debe desplegarse, ni con mayor ni con menor intensidad que en cualquier otro momento. Sucede, no obstante, que la ausencia de prestación de servicios puede propiciar -por causa de la disponibilidad horaria que proporciona al trabajador- la vinculación con otro empresario para el que pase a realizar una actividad remunerada entretanto se mantenga la situación suspensiva. De ahí que la doctrina haga especial hincapié en dicha prohibición con respecto a este lapso temporal, entendiendo siempre que la prohibición no es absoluta²⁸⁰, sino relativa, ya que las circunstancias del caso (el tipo de trabajo que se preste, sus condiciones de ejecución y su relación con el contrato suspendido o con el círculo empresarial en el que éste se inscribe...) legitimarán la posible compatibilidad; en todo caso, debe tenerse presente la supremacía de la autonomía de la voluntad de los sujetos de la relación laboral (que tengan a bien pactar la libertad de contratación con terceros para el periodo suspensivo).

La segunda de las obligaciones-prohibiciones que planean sobre el trabajador -así como sobre el empresario, pues todas las manifestaciones del principio de buena fe en punto a modular la conducta de las partes resultan de aplicación a ambas- es el deber de *secreto*, discreción o reserva en torno a todo aquello que se relacione con la estructura y funcionamiento interno de la empresa (en el que

Banca privada solían prever una cláusula de no concurrencia en empresa similar. A favor del mantenimiento de tal deber, PEDRAJAS MORENO (*La excedencia...*, op.cit., p.308). En contra, ALONSO OLEA (*Derecho del Trabajo*. Madrid. 1.987, p. 413).

²⁷⁸ A juicio de BÉRAUD, cualquier concurrencia constituye de por sí concurrencia desleal.

²⁷⁹ Con objeto de evitar perjuicios a la empresa derivados de tal posibilidad, las Reglamentaciones de Trabajo prevenían, respecto de la excedencia voluntaria, la prohibición de contratación con empresa distinta (v.gr., Reglamentación Nacional de la Industrial Siderometalúrgica, art. 72: “la excedencia no podrá utilizarse para prestar servicios en otra empresa, similiar o que implique competencia, salvo autorización expresa de aquella que la concedió”). Dicha condición puede ser asumida por el convenio colectivo correspondiente, se refiera o no al régimen más beneficioso en él previsto (es decir, con independencia de que se adjunte al régimen previsto en el ET, completándolo, o se establezca con referencia a las nuevas causas de excedencia o nuevo régimen más beneficioso previsto en el propio convenio). El ET no establece nada al respecto, pero la jurisprudencia (no unánime) ha perpetuado dicha interpretación. Y así, a pesar de que se entiende más diluido el régimen de obligaciones subsistentes, también ha afirmado la existencia de un deber de no concurrencia, en tanto el supuesto no deja de tener naturaleza suspensiva. En tal sentido, STS de 3 de octubre de 1.990 (R.J. 1.990, 7526).

²⁸⁰ Sí es absoluta en determinadas hipótesis, por su propia naturaleza: sería el caso de la enfermedad, que impide prestar *cualquier* trabajo, y, aunque con mayores reservas, la maternidad.

quedan comprendidos, entre otros contenidos, el *know how* o las técnicas de producción utilizadas en la misma)²⁸¹.

En ambos casos, el correlativo de tales prohibiciones es el derecho correspondiente del empresario a sancionar los incumplimientos de las mismas (pues no es óbice la situación suspensiva para que la empresa pueda sancionar disciplinariamente²⁸²: STCT de 28 de diciembre de 1.982, 9 de junio, 26 de octubre y 9 de diciembre de 1.983²⁸³). Subsiste, por tanto, el poder disciplinario del empresario (en tanto es inherente a su condición de *organizador de la actividad productiva*, que permanece durante la suspensión del contrato²⁸⁴, del mismo modo que subsiste la pertenencia del trabajador a la empresa²⁸⁵), siendo ejercitable sobre las conductas que vulneren las obligaciones dimanantes del deber de buena fe, discreción y respeto.

Cuando se haya incorporado al contrato pacto de plena dedicación, los efectos de éste también obligarán al trabajador al margen de la suspensión de las prestaciones típicas, salvo rescisión del mismo (art. 21.3 ET)²⁸⁶.

b) Respecto del **empresario**, puede mencionarse la existencia de un conjunto de prohibiciones:

1. La *prohibición* impuesta por la obligación de *conservación del puesto de trabajo* (art. 48.1 ET), tanto del propio puesto como de su titularidad por parte del trabajador, de amortizar el puesto de trabajo o de cubrirlo a través

²⁸¹ Tratándose del empresario, afectará a su deber de reserva sobre cualquier dato personal relativo a los miembros de su plantilla.

²⁸² Sanción que puede consistir en el despido, “puesto que el art. 45 del Estatuto en modo alguno veda la decisión patronal de despedir durante un periodo de suspensión de contrato, antes al contrario...” (STCT de 16 de noviembre de 1.982, RTCT 1.982, 6377), a pesar de la prohibición (suprimida por la Ley 11/1.994) establecida en el art. 55.6 de despido durante la situación de suspensión y la consiguiente nulidad del mismo, a menos que la jurisdicción apreciara su procedencia.

²⁸³ RTCT 1.982, 7837, 5424, 8870 y 10667. En el primer caso el despido disciplinario se impuso por insultos al empleador, en el segundo por apropiación dineraria; en el tercero por realizar trabajos durante la situación de enfermedad y en el cuarto por realización de actividades de ocio incompatibles con la enfermedad diagnosticada.

²⁸⁴ De otro modo, la suspensión del contrato otorgaría una impunidad al trabajador, insostenible desde la óptica del principio de buena fe contractual.

²⁸⁵ La STS de 2 de enero de 1.975 (R.J. 1.975, 100) declara, respecto de la excedencia forzosa, que “quien se encuentra en tal situación no por ella está excluido del estatuto jurídico que gobierna las relaciones de la empresa con sus asalariados”.

²⁸⁶ Otras obligaciones accesorias cuyo incumplimiento puede ser constitutivo de transgresión de la buena fe contractual es la celebración con el Banco para el que presta sus servicios de un contrato de préstamo, cuyo cumplimiento no queda suspendido porque lo esté la relación laboral que motivó su nacimiento (STCT de 2 de junio de 1.981, RTCT 1.981, 3762).

de otro contrato que no sea temporal o de interinaje²⁸⁷, en los términos señalados por el art. 15.1 c) ET, si ello supone impedir la efectiva reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo tras el periodo de suspensión²⁸⁸. La vigencia del vínculo contractual convierte a la negativa al reingreso tras el periodo suspensivo en incumplimiento contractual del empresario, al tratarse de una negativa a proporcionar trabajo efectivo -y salario- subsumible en el art. 4.2 a) y f) en relación con el 50.1 c) ET.

2. La *prohibición de convertir la "causa" de suspensión en "causa de extinción"*, es decir, la prohibición de proceder a la extinción del contrato por una circunstancia que sólo motiva su suspensión. En definitiva, la prohibición de considerar el motivo de suspensión como incumplimiento del trabajador (como "ausencias reiteradas al trabajo", contempladas por el art. 52 d) ET como justa causa de despido por causas objetivas)²⁸⁹.
 3. El *respeto de la antigüedad del trabajador* y las consecuencias de ella derivadas (ascensos...), es decir, el mantenimiento de dicho cómputo y de los derechos generados por la permanencia en la empresa.
- Existen también otras obligaciones no conectadas a la buena fe contractual, que pueden sistematizarse en función del sujeto al que resultan exigibles:
 - a) **Empresario.** Entre ellas, el mantenimiento de la relación jurídica de cotización al sistema de la Seguridad Social, estrechamente unida a la relación laboral, de la que, respecto del empresario, depende su existencia (puesto que respecto del trabajador puede mantenerse aun extinguida la relación de trabajo). Se trata de una obligación -cuasi tributaria²⁹⁰- debida no al trabajador (sujeto pasivo indirecto de la misma, en cuanto beneficiario directo de la propia cotización y de los beneficios a ella anudados), sino al Estado, a la Administración de la Seguridad Social, que puede exigir su cumplimiento coercitivamente y cuyo incumplimiento es susceptible de encajar en el tipo del art. 307 del Código penal (fraude a la Seguridad Social en cuantía superior a los quince millones de pesetas) y, por tanto ser castigado penalmente.

²⁸⁷ Tratándose de una causa imputable al empresario, la prohibición es absoluta, ya que se tratará de una situación que le impida dar trabajo efectivo al trabajador expulsado temporalmente de su puesto de trabajo, por tanto, a cualquier trabajador.

²⁸⁸ A juicio de CABANELLAS (op.cit., ps. 72-73), "si la suspensión se debe a motivos económicos, crisis de trabajo, fuerza mayor, disminución de la industria y no a causas derivadas de la persona del propio trabajador -servicio militar, alumbramiento de la obrera o empleada, enfermedad o accidente común-, la suspensión se convierte en despido cuando el trabajador suspendido se reemplaza por otro; porque, en tal caso, las condiciones de trabajo que autorizan la suspensión no existen y no se ha hecho la reserva del empleo que la suspensión impone imperativamente".

²⁸⁹ SSTCT de 16 de noviembre de 1.982 (RTCT 1.982, 6377) y de 17 de junio de 1.981 (RTCT 1.981, 4175), entre otras.

²⁹⁰ Vid al respecto la obra de Ángel URQUIZU: *La cotización a la Seguridad Social*. Barcelona, 1.997.

En su caso, a la obligación de cotizar puede adicionarse una *nueva* obligación, ya que no es consustancial a la mera vigencia del contrato, sino precisamente a su suspensión: la de abonar un subsidio económico (es el caso de la situación de incapacidad temporal, de la que nace, *ex art. 131 LGSS*, la colaboración obligatoria y a su cargo del pago del subsidio durante los primeros doce días de prestación²⁹¹).

- b) **Trabajador.** La posición jurídica del trabajador se ve afectada especialmente en lo que a efectos económicos se refiere. Además de los ya enunciados, debe hacerse mención del devengo de las pagas extraordinarias o de cualquier otro de naturaleza económica durante el periodo de suspensión. La cuestión puede plantearse en los siguientes términos: si la suspensión no da lugar al devengo del salario, porque la prestación salarial se liga exclusivamente a la efectiva prestación de servicios, tampoco originará el derecho a cualquier otro devengo salarial, pero sí al pago de *lo que ya se hubiera devengado con anterioridad*.

Sin embargo, la cuestión no puede resolverse en términos tan simples, puesto que tales devengos tienen una periodicidad superior a la mensual, lo cual quiere decir que, siendo su carácter anual, *cada mes se devengará la parte proporcional de cada una* de las correspondientes percepciones, tal y como consideran las normas relativas a la cotización. Por tanto, lo único que no se devengará será aquella parte que corresponda al periodo suspensivo, porque no existe trabajo que genere su contraprestación salarial²⁹², pero sí nacerá el derecho a la cuota restante: es decir, se producirá, en lugar de un derecho completo, un derecho parcial o el derecho a una parte de la percepción salarial extraordinaria.

Ahora bien, si la circunstancia suspensiva da lugar al nacimiento de un subsidio económico del Sistema de la Seguridad social, los devengos salariales extraordinarios figurarán ya entre las percepciones salariales tomadas en cuenta para el cálculo de la base reguladora y por consiguiente integrarán la cuantía de la prestación, de modo que se percibirán indirectamente, pero sólo de manera parcial, es decir, no en su totalidad, sino sólo en la proporción que corresponda al periodo de abono del subsidio.

No debe olvidarse, por otra parte, que la regla general es la ausencia de subsidio substitutivo de las rentas salariales (sólo la incapacidad temporal, la maternidad y la suspensión por crisis empresarial sometida a expediente de regulación de empleo generan tal derecho en el sistema español) y que, por tanto, el supuesto ordinario es que las pagas extraordinarias no se incluyan en ninguna otra

²⁹¹ Los que van desde el cuarto al decimoquinto día, ambos incluidos.

²⁹² En consecuencia, tampoco tendrá efectos futuros, respecto del devengo de futuras percepciones de periodicidad superior a la mensual, siendo deducible el tiempo en el que no existió prestación de servicios.

percepción o prestación: por tanto, que se pierdan de no existir devengo en la fecha en la que éste estaba previsto. Ello exige, sin duda, una solución equitativa y ajustada a las circunstancias del caso.

- Por último, debe aludirse a la conservación de **otros derechos accesorios** por parte del trabajador, como el de *alojamiento*. En este sentido debe decirse que, en aplicación del principio general de mantenimiento de los efectos del contrato, a menos que sean incompatibles con la propia suspensión, no ha de entenderse desaparecida la obligación de alojamiento. Desde la óptica remuneratoria, es decir, considerando que el alojamiento constituye parte del salario -salario en especie-, debería quedar suspendido tal derecho. Pero si se tiene en cuenta que va ligado al contenido del contrato y éste, salvo las dos prestaciones principales, se mantiene en su integridad, debe sostenerse que subsiste durante la suspensión, especialmente partiendo de que la ocupación de la vivienda no se conecta necesariamente a la prestación laboral (por el contrario, puede escindirse de ella, salvo que constituya instrumento de trabajo)²⁹³.

De otro modo, se llegaría al extremo de que una situación puramente temporal despojaría al trabajador y a su familia del derecho a ocupar su vivienda habitual (derecho inspirador de un principio rector de la política social y económica, art. 47 de la Constitución). Se produciría la situación injusta de que, por ejemplo, por una semana de suspensión del contrato, el trabajador habría de desalojar su vivienda habitual y procurarse otra provisional. Por lo demás, ésta es la solución aceptada mayoritariamente por la doctrina, científica y jurisprudencial.

De todos modos, debe tenerse en cuenta el caso de que el puesto de trabajo vaya ligado al alojamiento, por ser precisa la proximidad entre ambos para el desarrollo del trabajo: v.gr., guarda de una finca, personal residente al cuidado de un hogar familiar, etc. ¿Cuál es la solución adecuada en este caso, cuando el trabajador con contrato en suspenso deba ser sustituido por otro en régimen de interinidad? En

²⁹³ En tal sentido, YAMAGUCHI (op.cit., ps. 115-116), que, buscando un punto de equilibrio entre el desalojo -que considera excesivo e injusto para el trabajador- y la compensación o indemnización al empresario por el uso de la vivienda, llega a la conclusión de que la subsistencia de ciertas obligaciones inherentes al contrato justifica ampliamente que el disfrute del derecho al alojamiento durante la suspensión contractual no constituya un simple enriquecimiento sin causa. BÉRAUD (op.cit., p.s. 175 y ss.) da cabida a la posibilidad de que se deba la restitución -en metálico- del salario en especie. La naturaleza de la prestación accesoria exigiría su reintegro durante el periodo suspensivo, pero su función de tutela de la persona impide que un derecho -la suspensión- que se dirige a su protección sirva al tiempo para desprotegerle, despojándole de su vivienda. Ésta es la razón por la que no cabe la restitución, y quede, al entender del autor, un único resquicio a tal posibilidad: que se restituya en metálico. V. también CABANELLAS, op.cit., p. 73: “el uso de habitación, aun cuando resulte consecuencia de una prestación de servicios, concierne más a la vigencia del contrato que a la relación efectiva de trabajo.”

principio, no hay razón por la que el trabajo del sustituto haya de ser incompatible con la continuidad del alojamiento del trabajador en suspensión contractual²⁹⁴.

En conclusión, puede defenderse en primer lugar el alojamiento de ambos si es posible, y, si no lo es, la separación del puesto de trabajo respecto del alojamiento, que debe entenderse subsistente para el primero. En cuanto al supuesto específico del personal interno al servicio del hogar, el Real Decreto 1424/1.985, de 1 de agosto, *por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar*, en su art. 8.3 contempla un caso específico de suspensión: el debido a incapacidad temporal, reconociendo el derecho a permanecer alojado en el domicilio un mínimo de treinta días. Sin embargo, ni prevé la incapacidad de duración superior a dicho mínimo ni tampoco ningún otro supuesto ajeno a ella, lo cual deja abierta la opción entre entender que sólo tal circunstancia da lugar a la conservación del derecho al alojamiento (ya que éste es el único supuesto en el que el trabajador quedaría realmente desamparado) o bien que resulta de aplicación la doctrina que emana del ET, por ser éste norma común y supletoria, a supuestos tales como la maternidad. Sin duda esta última solución es la más respetuosa con los derechos del trabajador.

Para finalizar, existen algunas cuestiones que merecen atención, y que permiten culminar la construcción de la estructura de efectos de la suspensión del contrato de trabajo. Son las siguientes:

- I. Se mantienen otros derechos conectados a la existencia del vínculo contractual (no a su actualización); así, aquellos que se derivan de la relación jurídica de Seguridad social, como es el caso de las prestaciones por hijo a cargo, si bien tiene lugar su suspensión en cierto supuesto especial: el de la excedencia, que, por otro lado, y siempre que la modalidad sea la que se dirige a garantizar el cuidado de los hijos menores (excedencia por cuidado de hijos), da lugar a una “permuta” de beneficios públicos, ya que, si bien se pierde el derecho a la prestación en metálico, se adquiere el que reconoce el art. 180 b) LGSS, consistente en la consideración del periodo de excedencia como de asimilación al alta en el sistema de la Seguridad social y la consideración del primero de los años transcurridos en tal situación como periodo cotizado al mismo.

²⁹⁴ En igual sentido, KROTOSCHIN: *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1947, p. 402. Asimismo, BÉRAUD. Cuando el alojamiento constituya no una ventaja acordada en el contrato de trabajo, sino un instrumento de trabajo, resultará harto probable que sea confiado a un sustituto, aunque deja sin solución el problema de la situación en la que quedará el trabajador sustituido respecto de su alojamiento durante el periodo de suspensión. Por el contrario, si el local es totalmente independiente de los útiles de producción, la solución sería la conservación del derecho.

- II. Cesan, por el contrario, otros deberes u obligaciones, por razón de su directa conexión a la prestación que se suspende. Entre otros, los deberes en materia de seguridad e higiene, respecto del o de los trabajadores afectados, por ser consustanciales a la prestación de trabajo, o el genérico deber de vigilancia o seguridad sobre el trabajador.
- III. En cuanto a las *alteraciones colectivas*, es decir, la posible incidencia de las mismas durante la vigencia de la suspensión sobre la relación que se halla suspendida, sin perjuicio de su posterior tratamiento pormenorizado, debe inferirse, de los efectos suspensivos y no extintivos de la figura, que el contrato se verá sometido a las mismas alteraciones que puedan afectar a cualquier otro contrato o que le afectarían si su ejecución no se hubiera interrumpido temporalmente. Serán exigibles, por tanto, las mismas formalidades para llevarlo a cabo, tanto si se trata de una simple modificación como de una extinción contractual²⁹⁵. Así lo ha mantenido tradicionalmente la jurisprudencia: en este sentido se pronuncian las Sentencias del TCT de 15 de abril de 1.983, sobre extinción debida a jubilación del empresario²⁹⁶, y de 8 (dos) y 21 de junio de 1.983, sobre cierre de centro de trabajo²⁹⁷, y de 19 de diciembre de 1.981 y 20 de diciembre de 1.983, sobre expediente de regulación de empleo²⁹⁸. Asimismo, STS (Sala 3ª, Sección 4ª), de 25 de abril de 1.995²⁹⁹.
- IV. No debe concluirse esta aproximación a los efectos de la suspensión sobre la relación laboral sin aludir a aquellos que no inciden sobre el contrato de trabajo o relación individual de trabajo, es decir, sobre el plano individual, sino sobre el plano colectivo, o, lo que es lo mismo, en el ámbito de las relaciones colectivas (lo que BÉRAUD llama “plano institucional”). Quiere hacerse con ello referencia a dos cuestiones: el acceso a cargos representativos del personal de la empresa (así como la ostentación de la calidad de elector en las elecciones a representantes del personal) y el régimen de ejercicio de los mismos, concretamente a su posible modificación por efecto de la suspensión del contrato.

²⁹⁵ “La situación de suspensión del contrato de trabajo no impide que durante dicho periodo actúen las causas extintivas previstas en el art. 49...” STCT de 15 de abril de 1.983. “Lo que en realidad prohíben dichos preceptos es que pueda darse por extinguida la relación laboral fundándose precisamente en la enfermedad o el accidente...” (para la suspensión por *incapacidad laboral transitoria*), STCT de 16 de noviembre de 1.982 (RTCT 1.982, 6377). En el mismo sentido, STCT de 17 de junio y de 19 de diciembre de 1.981 (RTCT 1.981, 4175 y 7652).

²⁹⁶ RTCT 1.983, 3182.

²⁹⁷ RTCT 1.983, 5358, 5359 y 5897.

²⁹⁸ RTCT 1.981, 7652 y 1.983, 11087.

²⁹⁹ A.L., núm. 38, 1.995. En ella se enjuicia el supuesto de una trabajadora que, disfrutando del descanso por maternidad, es situada en *excedencia estructural* prevista en el convenio colectivo de aplicación tras finalizar el periodo de suspensión, porque durante éste fue amotizado su puesto de trabajo sin serle reservado éste en razón a su mayor antigüedad. En realidad, lo que se juzga es la procedencia de la sanción, pues la conducta se considera en todo caso infractora.

Respecto a la primera de las cuestiones, la respuesta debe ser positiva, por cuanto las normas que regulan tal cualidad (art. 69 ET) no la condicionan a mayores exigencias que al simple requisito de la edad (16 o 18 años, respectivamente) y a la detentación de una cierta antigüedad en la empresa (uno o seis meses, respectivamente)³⁰⁰.

Respecto a la segunda de ellas (la posible alteración del régimen de ejercicio de las funciones representativas durante el periodo de suspensión), resulta indiscutible que la ausencia del trabajador del centro de trabajo dificultará -y en ocasiones incluso impedirá, v.gr., por causa de enfermedad- el ejercicio de sus funciones de representación, pero ello no debe significar privarle de las mismas *ex lege* (nada prevé al respecto el art. 67.4 ET) en atención a su posible defectuoso cumplimiento. Habrá que estar, en todo caso, al reglamento de procedimiento del órgano colegiado de representación previsto por el art. 66.2 ET³⁰¹. Naturalmente,, manteniéndose la calidad de representante legal de los trabajadores, el trabajador en suspenso seguirá manteniendo las garantías especiales que le otorga el art. 68 ET. En lo que se refiere al ejercicio de actividades de naturaleza sindical, la respuesta afirmativa es clara.

Por supuesto, la presente caracterización de los efectos de la suspensión o de los efectos de la relación contractual durante el periodo suspensivo no tiene más que carácter generalizador. Su análisis será realizado con detenimiento en el lugar correspondiente (Capítulo III, Derecho positivo).

3. Distinción de figuras afines

En el análisis de la figura de la suspensión del contrato es inevitable la alusión a rasgos que caracterizan a o son propios de otras instituciones jurídicas pero cuya

³⁰⁰ En el Derecho francés, si bien en un primer momento -años cincuenta- la Cour de Cassation fue claramente favorable a la interpretación positiva ante tal problema, más tarde se inclinó por una solución menos radical, admitiendo la exclusión de ciertos trabajadores cuyo apartamiento de la empresa fuera especialmente notorio: tal era el caso de aquellos que disfrutaran de un permiso sin sueldo ("congé sans solde"). Mientras la primera de las soluciones se fundaba en la mera pertenencia del trabajador a la empresa (con independencia del "estado" en el que se hallara su contrato y de que no existiera prestación material del trabajo), lo cual le hace merecedor de la cualidad tanto de elector como de elegible, la segunda se sostenía en las necesidades del buen funcionamiento de la institución representativa (BÉRAUD, op.cit., p. 186-188).

³⁰¹ Si se contempla desde un ejemplo práctico, aplicando este principio teórico, la solución aparece más nítidamente: es el supuesto de la huelga, en el que dichas funciones se perfilan como de imprescindible ejercicio. La cuestión no despierta dudas en el Derecho francés, en el que se afirma sin excepción la no afectación del mandato representativo por la suspensión del contrato (art. L. 122-12 Code du travail). El argumento es (BÉRAUD) que las funciones electivas y sindicales no son en modo alguno objeto del contrato y, por tanto, no pueden quedar afectadas por la suspensión contractual.

proximidad obliga a deslindarlas de la citada institución, ya que la distinción de cualquier figura pasa siempre por la previa confrontación con otras “colindantes”. Ello es lo que sucede respecto de las interrupciones (especialmente en ciertos ordenamientos jurídicos, como el italiano) y de la extinción del contrato. Debe tenerse en cuenta, asimismo, que, según el concepto acogido sobre la naturaleza de la suspensión, encajarán en ella supuestos que de otro modo estarían excluidos: v.gr. las interrupciones.

3.1. Interrupción y suspensión

La institución de la suspensión debe conectarse directamente con la naturaleza personalísima de una de las prestaciones básicas del contrato de trabajo: la de prestar el trabajo, que en el seno del Derecho del Trabajo es fuente de una categoría de figuras jurídicas que tienen en común el efecto interruptor de la prestación laboral: las interrupciones de la prestación laboral y la suspensión del contrato de trabajo. Ambas conforman dos hipótesis de un mismo supuesto, que podría calificarse de “situaciones interruptoras” y que tienen por finalidad legitimar ciertas ausencias (las previstas legalmente) del trabajador de su puesto de trabajo³⁰².

Por razón de la ejecución continuada del contrato de trabajo, y por la condición humana de la parte que presta sus servicios (de la que se desprenden dos consecuencias: primero, la necesidad de descanso, y segundo, de ocio, al margen del hecho de que las motivaciones en las que se funda la persona para contratar sus servicios retribuidos son fundamentalmente económicas, es decir, procurarse el sustento vital³⁰³), la prestación de servicios, necesariamente, debe sufrir ciertas interrupciones, compatibles con la debida diligencia en la ejecución del trabajo que le resulta exigible al trabajador³⁰⁴.

³⁰² CARRO IGELMO, op.cit., p. 28. La doctrina del autor se manifiesta en la propia estructura de su obra *La suspensión del contrato de trabajo*, ya que, bajo tal título, trata tanto las suspensiones del contrato como las interrupciones de la prestación laboral, periódicas y no periódicas (permisos y licencias).

³⁰³ En palabras de BORRAJO DACRUZ, “el hombre quiere y realiza el trabajo porque quiere el bien que del trabajo resulta” (BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid. 1.994, p. 27).

³⁰⁴ Según la STSJ La Rioja, de 7 septiembre de 1.992 (A.S. 1.992, 4266), “para un adecuado entendimiento del régimen jurídico de los permisos, ha de partirse de la idea de que el trabajador, en cuanto que deudor de la prestación de trabajo, tiene el deber general de diligencia en el cumplimiento “que exija la naturaleza de la obligación” conforme expresa el art. 1104 del Código Civil, deber que se define como básico en el art. 5 del Estatuto de los Trabajadores, concretamente en su apartado a) en concordancia con los apartados c) y e) del mismo artículo, y se recuerda en el art. 20.2 del citado Estatuto. Así, como contenido de la obligación asumida en el contrato de trabajo, el trabajador debe al empresario un determinado rendimiento, para la obtención del cual debe trabajar con la intensidad fijada en un punto establecido entre la mera inactividad y la extenuación física (actividad o rendimiento normal), y durante un cierto tiempo (jornada laboral) en el que ha de realizar ese trabajo diligente. De esta manera, la puntual

Ese tiempo de descanso-ocio se articula en forma de interrupciones periódicas, ordenadas en el tiempo: el agotamiento diario se compensa con el descanso diario, el agotamiento más intenso semanal queda compensado con el descanso semanal, en el que la persona tiene la oportunidad de llevar a cabo actividades de esparcimiento completamente ajenas a su trabajo diario; por último, a través del descanso anual se procura un tiempo de descanso y de desconexión total del trabajo. Hablamos, pues, del descanso diario (o limitación de la jornada diaria), el descanso semanal y el descanso vacacional (derecho a vacaciones), reconocidos en todas las cartas de derechos humanos. En nuestro sistema jurídico reciben respaldo constitucional (art. 40.2 CE), y su contenido se desprende de la legislación laboral (básicamente del Estatuto de los Trabajadores, artículo 37).

El fundamento del derecho al descanso se halla, como en la simple suspensión de la relación laboral, en dos elementos básicos: el carácter de *relación continuada del contrato* y la propia *persona del sujeto trabajador*, que es, ante todo, persona física inteligente y por ello necesitada de aportaciones enriquecedoras más allá de las que puedan provenir del trabajo diario³⁰⁵. De la combinación de estas otras actividades al margen del trabajo y de circunstancias inherentes a la persona del trabajador pueden surgir situaciones que en un momento dado resulten incompatibles con el ejercicio de aquél, motivando su interrupción, si bien la fugacidad de las mismas motivará sólo una breve ausencia que dará lugar a la exoneración de una sola de las prestaciones (la del trabajador), manteniéndose la del empresario, porque así lo ha querido el legislador. En este caso hablaremos de licencias o permisos³⁰⁶, cuya existencia se justifica, a tenor

asistencia al puesto de trabajo y el cumplimiento de la jornada laboral se constituyen en deber previo o “conditio sine qua non” para el cumplimiento del deber de diligencia, hasta el punto de que la vulneración de aquél puede alcanzar la calificación de *incumplimiento contractual grave* de acuerdo con lo previsto en el art. 54.2.a) del Estatuto de los Trabajadores.”

³⁰⁵ En tal sentido, GARCÍA ABELLÁN (op.cit., p. 60): “en cuanto al trabajador, éste incorpora a la situación contractual de trabajo su total dimensión humana: por ello no es la suya la esquemática y fría figura del mero contratante, y por ello igualmente su actividad laboriosa desborda el marco de la contractualidad clásica para insertar en la empresa valores metajurídicos. Estos valores que son inescindibles de la persona humana estarán, cuando menos, marginados por la actividad laboral, mas, en cualquier momento, la sensibilidad de los mismos provoca, con su exteriorización, repercusiones en la dimensión laboriosa de la persona..”

³⁰⁶ Es así que la categoría de las interrupciones tiene una doble naturaleza: la de las interrupciones *periódicas* (directamente relacionadas con el derecho al descanso), y la de las interrupciones *no periódicas*, que se desprenden de o son inherentes a la naturaleza personal y “continuada” del contrato de trabajo, a las que el legislador (o la negociación colectiva) ha optado por otorgar los mismos efectos que a las interrupciones periódicas, a pesar de su carácter imprevisible: de ahí su identidad de carácter, que ha sido señalado por la doctrina. Entre ellos, VIDA SORIA (*La suspensión...* pág. 43), quien fundamenta las interrupciones no periódicas en una “ficción consistente en estimar que ese salario que se percibe tiene el mismo carácter que el percibido por los días festivos o vacacionales”. Por su parte, BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA (op.cit, pág. 33) definen a los permisos como “simples autorizaciones para faltar al trabajo por un motivo muy justificado o simples alteraciones de la jornada”. RAYÓN SUÁREZ (*Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral*, Madrid, Ministerio de Trabajo, 1.975) los define como “situación transitoria en que se encuentra el contrato de trabajo, en la que el trabajador, afectado por alguna de las

de la STSJ La Rioja, de 7 septiembre de 1.992³⁰⁷, “por la necesidad de que el trabajador pueda compaginar su débito laboral con otro deber, legal o moral, con el que aquél puede eventualmente entrar en colisión”.

La proximidad entre las llamadas interrupciones y la suspensión es clara. Tanto es así que algunos sistemas jurídico-laborales atribuyen una misma naturaleza a ambas figuras, entendiéndolas como “modalidades” de una misma institución: la de la interrupción. La identidad se basa en la existencia en ambos casos de una interrupción de la prestación de trabajo, eje central sobre el que gira el contrato de trabajo³⁰⁸. En tal sentido se manifiesta LAVAGNINI, quien se inscribe en la tendencia generalizada entre la doctrina y la legislación italiana, según la cual la suspensión constituye una de las posibles interrupciones de la prestación laboral³⁰⁹. Ello no es óbice para distinguir su clara tipicidad frente a las interrupciones destinadas a garantizar al trabajador la recuperación de energías en preparación a un cumplimiento destinado a reiterarse (o, lo que es lo mismo, la disciplina legal de las pausas fisiológicas y del reposo semanal³¹⁰), sobre la base de la *reciprocidad* (pues la suspensión supone la interrupción de la prestación salarial, así como del resto de las obligaciones derivadas de las prestaciones principales), de su carácter *previsible* (las interrupciones pueden ser *modificaciones necesarias y prefijadas* en el desarrollo de la relación o bien ser imprevisibles) y del *elemento temporal*, ligado al tracto continuado del contrato.

causas previstas por el ordenamiento o por acuerdo de las partes, queda liberado de la obligación de realizar su prestación, manteniendo, sin embargo, el derecho a percibir la retribución”, describiéndolos como interrupciones caracterizadas por la permanencia de la retribución, la tipificación de las causas que dan lugar a su concesión, la incidencia del hecho causante sobre la persona del trabajador, o sobre la esfera de su actuación, y la transitoriedad del supuesto, así como la eventualidad de su producción. Para ALONSO GARCÍA (*Derecho del Trabajo*. Bosch, Barcelona, 1.960) son “ausencias (irregulares) temporales y retribuidas del trabajo, reconocidas por la ley como un derecho del trabajador, cuando se da alguna de las causas determinantes de la misma y cuya duración se extiende al periodo de tiempo que, para cada caso, se encuentre fijado por la norma”.

³⁰⁷ A.S. 1.992, 4266, Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Loma-Osorio Faurie.

³⁰⁸ En palabras de CARRO IGELMO, “toda suspensión laboral supone indudablemente una interrupción del contrato de trabajo, pero no toda interrupción puede calificarse de suspensión contractual laboral. Ello quiere decir que habrá un grupo o tipo de interrupciones que no alcanzan la categoría de suspensión contractual, entendiendo los conceptos con cierto rigor técnico” (op.cit., p. 20-21). El autor incide en su nula distinción en el terreno de la práctica: “claro es que el trabajador que durante veinte o treinta días abandona su trabajo, para disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas, interrumpe la relación laboral, pero no puede decirse que esa interrupción constituya una suspensión de su contrato, sino que continúa plenamente actual, y sin embargo, desde el punto de vista de la inasistencia al trabajo, no puede afirmarse que se observe la más mínima diferencia entre esta ausencia por vacaciones que la que motive al alumbramiento de la mujer trabajadora, y ésta sí que se halla entre las causas más genuinas de suspensión del contrato de trabajo” (loc.cit.).

³⁰⁹ La ley de empleo privado hace referencia (art. 6) a la “interrupción de servicios”.

³¹⁰ Las vacaciones, al derivar de exigencias de ocio, carecen de tal naturaleza. No le resulta aplicable, pues, el régimen legal de los descansos (diario y semanal). En cuanto a los permisos, la doctrina italiana les atribuye carácter suspensivo (LAVAGNINI los califica de supuesto de “suspensión relativa”).

Del análisis de la naturaleza continuada de la relación laboral y de la propia infungibilidad de la prestación LAVAGNINI deduce una conclusión: que en ella son presupuesto imprescindible ciertas interrupciones necesarias (pausas fisiológicas o reposo) y por ello previsibles. Las interrupciones “previsibles” pueden calificarse de medidas preparatorias del cumplimiento del contrato (por cuanto están destinadas a la recuperación de energía para la reanudación del trabajo), impidiendo su naturaleza previsible su calificación como supuesto de suspensión del contrato³¹¹. En cuanto al resto de interrupciones, considera que sí gozan de naturaleza suspensiva.

G. BRANCA, alejándose de la tendencia observada en la doctrina italiana, considera que existe una neta diferencia entre las simples interrupciones de la prestación laboral y la suspensión. El elemento de distinción se basa en su predeterminación. Las interrupciones constitutivas de pausas y descansos son en realidad medidas incorporadas en el cómputo del tiempo de trabajo, a través de las cuales se realiza el cumplimiento de la obligación, destinadas por el Ordenamiento no directamente a la ejecución de la prestación, sino a la realización de otros intereses merecedores de tutela. Se garantiza el destino del tiempo que corresponde mediante la indisponibilidad del derecho relativo. Todas estas hipótesis se configuran como periodos predeterminados de la prestación de trabajo pero funcionalmente conectados a la ejecución del contrato. Se trata, en definitiva de “aspectos cuantitativos del cumplimiento de la obligación de trabajar que no inciden en el vínculo, mientras la búsqueda de la suspensión debe ser a fortiori orientada hacia los fenómenos que, cuando intervienen, determinan un diferente comportamiento de la misma relación”³¹².

Sin embargo, entre lo que podemos denominar simples interrupciones y la suspensión o interrupción del contrato de trabajo hay un conjunto de elementos que las configura como figuras netamente diferenciadas. Su esencia en uno y otro caso es diferente, hallándose en un caso -la simple interrupción- en su carácter *imprescindible* y periódico y en otro caso -la suspensión del contrato de trabajo- en su naturaleza *accidental*, fruto de acontecimientos que, no siendo por supuesto periódicos, ni consustanciales a la vida del sujeto -sino contingentes- pueden o no ocurrir en la vida del contrato de trabajo. De tal manera que, si no ocurren, en nada afectarán a la vida habitual del trabajador ni, por tanto, a su contrato de trabajo. No ocurre lo mismo respecto de lo que hemos llamado interrupciones de la prestación laboral, unidas

³¹¹ No existe en realidad suspensión del contrato porque no se suspende ninguna de las obligaciones inherentes al contrato: ni las principales ni las complementarias. No existe tampoco suspensión de una de las prestaciones principales, la de prestar el trabajo, porque el tiempo de descanso es tiempo de preparación para el trabajo: se trata de un *periodo destinado a facilitar o permitir la realización del trabajo*. De ello deduce la doctrina italiana su exclusión de entre los supuestos suspensivos. Las vacaciones, siendo tiempo de ocio, sí suponen la suspensión del contrato, si bien relativa, pues subsisten las obligaciones complementarias (LAVAGNINI, op.cit., p. 73).

³¹² BRANCA, G.: Op.cit., p. 69.

indefectiblemente a la misma y fundadas en el derecho al descanso del trabajador. Elementos que nos permiten distinguir qué circunstancias tienen el carácter de necesarias e imprescindibles y, por tanto, el de interruptoras de la prestación, y cuáles son meramente suspensivas. Debe señalarse, por tanto, como criterio válido, aunque no imprescindible ni único, el de su carácter previsible o predeterminación, absoluta en la interrupción y ausente o, en todo caso, relativa, en la suspensión (existe, en principio y con carácter general, salvando ciertos supuestos excepcionales, como el cumplimiento del servicio militar³¹³, una incertidumbre sobre su acaecimiento).

Los permisos o licencias se refieren a circunstancias a las que la persona del trabajador debe atender, para lo cual el legislador le reconoce el derecho a ausentarse de la empresa, derecho cuyo ejercicio es renunciable por el trabajador, porque la naturaleza del mismo y el bien que se protege lo admiten. La naturaleza del derecho que se protege en el caso de la suspensión requiere que sea garantizado su ejercicio y que se impida su renuncia, *porque resulta imprescindible*, en virtud de su trascendencia social, que es precisamente la que ha motivado su reconocimiento como causa de suspensión.

Existe además otro elemento que separa a una figura de la otra y que permite definir a las interrupciones frente a las suspensiones: la afectación de la jornada de trabajo, ya que las interrupciones tienen la virtualidad de afectar exclusivamente a la *jornada de trabajo*³¹⁴. Mientras la interrupción se liga a la jornada habitual y diaria de trabajo, sobre la que incide en el plano temporal, es decir, separándola de la siguiente jornada, diaria o semanal -por tanto, con carácter periódico-, o provocando interrupciones en su continuidad diaria o semanal -ausencias o licencias, que implican el abandono momentáneo del puesto de trabajo-, la suspensión afecta a la propia ejecución o desarrollo del contrato, no a un concreto tramo temporal, por más que su duración tenga también carácter temporal. En definitiva, la interrupción afecta a la prestación laboral, mientras la suspensión incide sobre el propio contrato de trabajo³¹⁵.

³¹³ Aunque no en todos los casos: pensemos en la alternativa al servicio militar: el servicio social sustitutorio, en el que la fecha de incorporación suele ser incierta.

³¹⁴ STSJ Galicia, de 21 de enero de 1.993 (A.S.1.993, 288), que cita a la del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1.991: "...para efectuar el cómputo de una jornada anual (la sentencia referida) establece que a los días efectivos de trabajo se descontarán las vacaciones, domingos, y festivos no comprendidos en aquéllas y días de libre disposición o de descanso adicional".

³¹⁵ AGUINAGA, op.cit., p. 381. En opinión de CARRO IGELMO (op.cit., ps. 25-26), la naturaleza de cada una es absolutamente distinta: mientras que la de la suspensión "consiste en que ante la aparición de determinadas circunstancias la relación queda detenida, en suspenso, hasta la desaparición o cese de tales circunstancias", la interrupción tiene por efecto suspender, no el contrato (como sucede en la anterior figura), sino la prestación de servicios esencial en el contrato de trabajo. Por consiguiente, la distinción entre interrupción y suspensión radica en el objeto afectado por la misma: la prestación de servicios en el primer caso y el propio contrato (o, mejor dicho, su ejecución) en el segundo. Ello le permite concluir que "la suspensión laboral se caracteriza por suponer que unas determinadas situaciones son consideradas por la Ley laboral como susceptibles de originar una paralización de los efectos activos del contrato de trabajo, conservándose, sólo, el derecho a recobrar, dentro de ciertos límites temporales la plena vigencia de la relación laboral.

Las pausas constituyen meras ausencias del trabajo, que no inciden sobre la organización productiva de la empresa. No obligan al empresario a realizar previsión alguna en razón de los trastornos que pueda causar la ausencia del trabajador, dada su escasa duración, enmarcada temporalmente por los límites de la jornada laboral. Se trata de interrupciones en su continuidad diaria o semanal, que implican el abandono momentáneo del puesto de trabajo. Como afirma RAMÍREZ MARTÍNEZ, en el caso de las interrupciones periódicas en realidad no hay una falta de ejecución del contrato frente a la cual haya que proteger al trabajador frente a una eventual acción rescisoria por parte del empresario. El criterio es el incumplimiento por una de las partes, que no existe en la interrupción periódica (porque la prestación no es debida) y sí en la suspensión, y la protección contra la acción rescisoria del empresario³¹⁶. Por el contrario, las circunstancias que dan lugar a la suspensión del contrato, siendo de mayor entidad jurídico-social, alteran la trascendencia o alcance de la incidencia del evento sobre el contrato. La suspensión se materializa en un *abandono* de la empresa, que produce un efecto directo e inmediato sobre la organización productiva de la misma. En definitiva, lo que distingue a la suspensión de las meras interrupciones de la prestación laboral es la existencia de un elemento: la vinculación permanente a la empresa, que existe en la interrupción o licencia y que desaparece en la suspensión.

En nuestro Derecho, además (y cabe decir que en la mayoría de sistemas jurídicos), la distinción entre ambas figuras es aun más nítida, por las diferentes consecuencias que de ellas se derivan en uno u otro caso para la otra parte contractual, el empresario. El punto de inflexión en este caso se halla en el *carácter retribuido* de la interrupción en uno y otro caso.

En efecto, la obligación salarial se comporta de manera diferente en presencia de una interrupción y de una suspensión contractual³¹⁷. La interrupción consiste, desde este punto de vista, en la paralización temporal de una sola de las prestaciones, la de trabajar, precisamente porque ésta se caracteriza por ser una prestación *personalísima*, directamente dependiente de la *persona que se contrata para prestar*

Por el contrario la interrupción contractual no afecta propiamente a la relación en sí, que continúa plenamente activa, sino exclusivamente a la prestación de servicios, obligación fundamental, que queda paralizada mientras perduren las circunstancias a las que la Ley atribuye fuerza de interrupción laboral”.

³¹⁶ Op.cit., p. 19.

³¹⁷ STSJ La Rioja, de 7 septiembre de 1.992 (A.S. 1.992, 4266), Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Loma-Osorio Faurie: “la suspensión del contrato de trabajo (...) exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45 2 del Estatuto de los Trabajadores), y (...) los permisos, que también exoneran de la obligación de trabajar, aunque por períodos más breves y no liberan al empresario de abonar la retribución durante los días que en las correspondientes normas se señalan, a pesar de no haber recibido la contraprestación del trabajo”.

*sus servicios*³¹⁸, mientras la salarial, no siendo personal, se mantiene intacta, porque así lo ha determinado el legislador, en garantía del derecho reconocido³¹⁹.

Por lo demás, la determinación de la condición que se asigne a la circunstancia en la práctica, interrupción o suspensión, depende en todo caso del criterio del legislador, que decidirá si la situación prevista merece el trato de circunstancia interruptora o de causa de suspensión. Es, por tanto, el legislador quien tiene la última palabra, y ello no significa que para la adopción de tal decisión no haya de seguir un razonamiento lógico, como corresponde a todo jurista, aunque sea “creador” de la ley³²⁰.

3.2. Extinción y suspensión

La distinción entre la extinción y la suspensión contractuales es bien clara, si partimos de la esencia de la segunda de ellas, que es precisamente conservar la vigencia del contrato, mientras la extinción se dirige a su terminación. Éste es el criterio determinante y absoluto: la extinción del contrato supone borrar hacia el futuro o *ex nunc* (ya que para que ello suceda hacia el pasado en lugar de extinción deberíamos hablar de nulidad del vínculo) toda huella de la relación jurídica existente, que a partir de este momento deja de producir efectos total (no nacerá ningún efecto³²¹, porque el vínculo ya no existe) y definitivamente. Por el contrario, la suspensión afecta sólo a la *ejecución* del contrato, dejando subsistente el vínculo jurídico.

El elemento que aparta la figura de la extinción de la suspensión es, pues, el carácter *temporal* o *definitivo* de la cesación de los efectos del contrato, siendo temporal en la suspensión y definitivo en la extinción. Ello conlleva que el cese,

³¹⁸ Por otra parte, no debemos olvidar que las interrupciones pueden tener su origen en motivos imputables al empresario, en cuyo caso el interés defendido -en el art. 30 ET, que reconoce al trabajador el derecho al salario por los periodos de inactividad imputables al empresario- es el derecho a la ocupación efectiva del trabajador (que se le compensa a través del salario devengado por su puesta a disposición).

³¹⁹ La opción legislativa en este caso es la de que la interrupción del trabajo por circunstancias sobrevenidas no se retribuya, pues lo contrario supondría imponer una obligación excesivamente onerosa -y de carácter imprevisible- a una de las partes: el empresario. Ésta es una de las múltiples manifestaciones de la diferente esencia de este tipo de contrato frente a las relaciones reguladas por el Derecho común, dominadas por el principio de sinalgmaticidad. El principio tuitivo sustituye en el Derecho del Trabajo al de sinalagma puro, dotando a cada una de las partes contratantes de obligaciones *personales* hacia la otra, inexistentes en los contratos regidos por el Derecho civil.

³²⁰ Señala la STSJ La Rioja, de 7 septiembre de 1.992 (A.S. 1.992, 4266) que el carácter de tales circunstancias es taxativo: “...aparecen enumeradas de forma exhaustiva y han de ser interpretadas restrictivamente dado su carácter excepcional, alteran el normal desenvolvimiento de la vida del contrato sin afectar a la pervivencia del vínculo.”

³²¹ Salvo los que se deriven no ya del contrato sino de la propia extinción: finiquito, salarios de tramitación en caso de que aquélla quede sometida a procedimiento judicial...

además de ser definitivo, sea *total*, al eliminarse todo vestigio de la relación jurídica y producir el pase del trabajador a la situación de trabajador no activo, al menos temporalmente, hasta formalizarse el ingreso en empresa distinta³²². Por el contrario, como se ha señalado al tratar los efectos de la suspensión, ésta consiste en la cesación de los efectos principales del contrato, en el bien entendido de que no desaparecen todos ellos, sino que conservan su vigor todos aquellos que puedan ser separados de la ejecución de la obligación principal (así, los *deberes éticos*).

De la constatación anterior surgirán todos los elementos que alejan a una figura de la otra:

- Conservación del contrato y, por ende, del puesto de trabajo. Si la extinción persigue precisamente deshacer el vínculo contractual, con mayor razón distará mucho de perseguir el mantenimiento del puesto de trabajo en garantía del derecho del trabajador. Cuando ello ocurra -como es el caso del supuesto especial previsto en el art. 48.2 ET, en el que se reconoce al trabajador el derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo tras la extinción del contrato por declaración de invalidez si la capacidad residual para el trabajo es parcialmente recuperada-, lo que se estará estableciendo es directamente una suspensión del contrato de trabajo, no una “extinción temporal” (el concepto es en sí contradictorio, ya que una extinción no puede ser más que definitiva). Así sucede en el art. 48.2 ET, que dispone la reserva del puesto de trabajo durante un periodo de dos años, estableciendo expresamente que la situación tiene carácter suspensivo, aunque se trate de una suspensión sometida a condición resolutoria incierta (la posibilidad de recuperación de la capacidad).
- Cómputo de antigüedad en la prestación de servicios. La separación total de la empresa -es decir, la extinción del contrato- no puede dar lugar a cómputo alguno de antigüedad: la re-contratación supondrá el inicio de nuevo cómputo, nunca la “recuperación” del anterior.
- Derechos y obligaciones accesorios: la extinción del vínculo corta de forma definitiva todo ligamen entre las partes, por tanto éstas quedan libres de cualquier obligación mutua a partir del momento en el que tiene lugar la extinción. Por el contrario, la suspensión deja subsistentes todas aquellas obligaciones que dimanen directamente de la existencia del contrato, a pesar de que no se actualice su ejecución. Lo mismo sucede si se trata de derechos, como el goce de determinados beneficios por parte del trabajador (así, el uso de vivienda) , que quedarán

³²² Como dice CARRO IGELMO (op.cit., p. 26), la extinción produce, respecto del trabajador, el efecto de hacer desaparecer su relación con la empresa en que prestó sus servicios, mientras la suspensión le otorga la seguridad de que en determinado momento volverá a incorporarse a la vida activa laboral, con la integridad de todos sus derechos. Sin embargo, entiende equiparables ambas figuras, cuya nota de distinción estriba en que en caso de suspensión el contrato “volverá a renacer” al cabo de cierto tiempo.

extinguidos automáticamente al producirse la disolución del vínculo, mientras que, de operar la suspensión, se establece con carácter general el mantenimiento de su disfrute.

4. Tratamiento en el ET. Los supuestos legales de suspensión del contrato de trabajo³²³

4.1. Cuestiones generales

En cuanto al tratamiento de la suspensión en el ET, de nuevo debe recordarse a VIDA SORIA, quien destacaba la gran innovación jurídica y sistemática que supone en este campo el referido texto³²⁴ (y que, sin duda, es fruto de la labor integradora de la doctrina científica). Ya que, frente a la tradición anterior (no había existido hasta el momento un tratamiento unitario de la figura³²⁵) e incluso al Derecho comparado, la nueva Ley 8/1.980, de 10 de marzo, no define ya las causas de suspensión por exclusión, como circunstancias impeditivas de la extinción del contrato, sino como figura con relieve propio y esencia común, de la que participan las diferentes causas que motivan su nacimiento en un momento de la vida del contrato. Por el contrario, el régimen vigente hasta la promulgación del ET respondía a una acumulación de circunstancias suspensivas, cada una nacida en momentos coyunturales diferentes y respondiendo a principios diferentes, que seguían su propio y particular régimen jurídico³²⁶.

³²³ Para un tratamiento completo y actualizado de las diversos diversos supuestos suspensivos, V. la obra colectiva *La suspensión del contrato de trabajo*, dirigida por José María MARÍN CORREA, editada por el Consejo General del Poder Judicial, serie *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Noviembre de 1.994.

³²⁴ *Comentarios a las leyes laborales*, op.cit. Con anterioridad, MONGE RECALDE (op.cit., p. 7) había realizado una declaración similar, para concluir que “el propósito innovador que pudo animar al legislador del Estatuto de los Trabajadores (...) no se vio coronado por el éxito”, ya que el resultado de tal esfuerzo fue una regulación ambigua, confusa y asistemática.

³²⁵ El exiguo cuadro legal previsto por la LCT 1944 (arts. 79 y 80) debía completarse con lo dispuesto en las Reglamentaciones Nacionales. Era, por tanto, necesario, para hallar el régimen jurídico de la suspensión, a dos tipos de normas: la LCT y las Reglamentaciones, que contenían criterios diversos. En cuanto a la Ley de Relaciones Laborales de 1976, sólo prevía, en su art. 18, la suspensión por causas tecnológicas o económicas, y la imposibilidad de trabajador en el empresa sobrevenida, como consecuencia de fuerza mayor; el art. 25.4 contemplaba el supuesto del parto y el descanso postnatal, pero hablaba exclusivamente de “periodo de descanso laboral”.

³²⁶ MONGE RECALDE (*La excedencia laboral en la jurisprudencia*, Bosch, 1.987, p. 22) nos recuerda que “en el campo legal existía solamente un tratamiento disperso de diversas situaciones o manifestaciones de lo que hoy el Estatuto tipifica como suspensión. Tal dispersión normativa producía el efecto de cuadruplicar, a veces exhaustivamente, algunos supuestos de suspensión de contrato (...), con el corolario consiguiente de impedir, o al menos obstaculizar seriamente, cualquier tratamiento integrador de esta figura, como género, en el que tuvieran cabida las múltiples especies o manifestaciones existentes en la vida real.”

La suspensión del contrato de trabajo tiene lugar única y exclusivamente en las circunstancias fijadas por el legislador. Es así que el carácter suspensivo de un hecho cierto no depende de otro condicionamiento que la opción legislativa, fundada en razones de índole económica, social y política, sin olvidar que a través de la negociación colectiva también pueden ampliarse los supuestos suspensivos³²⁷ (si bien debe puntualizarse que sólo a efectos laborales, siendo indisponibles las normas relativas a la Seguridad Social). A pesar de su carácter tasado, el propio legislador abre la puerta a la autonomía de la voluntad de los contratantes para que introduzcan en la relación individual de trabajo que les une las circunstancias suspensivas que tengan a bien disponer. De ello cabe deducir un principio general en el régimen suspensivo del ET: mientras las circunstancias susceptibles de instancia unilateral tienen carácter taxativo, las de carácter bilateral quedan a la voluntad de las partes. Ello sin perjuicio del supuesto de la excedencia voluntaria, en la que la limitación legal no existe más que en el régimen de concesión y disfrute, pero no en la regulación de las causas por las que pueda solicitarse³²⁸.

En nuestro Derecho tales causas aparecen enumeradas con carácter taxativo en el art. 45.1 ET, recibiendo tratamiento normativo conjunto en el art. 45.2 y particular en los artículos siguientes (46 a 48). Al respecto debe hacerse una última puntualización, en torno al carácter tasado del art. 45.1 ET. La cuestión es que las causas que permiten suspender el contrato de trabajo no son sólo las que cita el art. 45, pues existen otros preceptos concordantes que prevén nuevas circunstancias, y que no tienen carácter colectivo, como prevé el número 6 del art. 45.

Es decir que, aunque la ampliación de las causas enumeradas en el primer número no se prevea más que a partir de la negociación colectiva -ex art. 45.6-, no resulta contraria al texto legal, que no la prohíbe expresamente. Y así sucede de hecho en la práctica, ya que determinadas disposiciones reguladoras de relaciones laborales especiales crean nuevas causas de suspensión. Es el caso de la relación laboral especial del personal de alta dirección, cuya normativa reguladora (RD 1382/1.985, de 1 de agosto) establece la suspensión no de la relación especial, sino de la relación laboral común que regula el ET³²⁹. Por tanto, está introduciendo, a través de una norma especial, una nueva causa al régimen del art. 45.

³²⁷ STSJ de Castilla-La Mancha, de 30 de noviembre de 1.992. A.S. 1.992, 5834.

³²⁸ Al respecto afirma CARRO IGELMO que la LCT y las Reglamentaciones de Trabajo seguían “un sistema mixto respecto a las causas de excedencia laboral: limitativo en las forzosas y enunciativo en las voluntarias”; ello resulta plenamente aplicable al régimen propio del ET.

³²⁹ La circunstancia tiene su precedente legal en las Reglamentaciones de Trabajo, concretamente en la Reglamentación Nacional de Trabajo en Prensa, cuyo art. 49 preveía el paso a la situación de excedencia forzosa, suspendiéndose la relación laboral común, con motivo del nombramiento del personal para cargos de confianza dentro de la misma empresa, regidos por normativa especial. Sobre la relación laboral especial del personal de alta dirección, V. BORRAJO DACRUZ, E.: *Altos cargos laborales*, Madrid, EDESA, 1.984 y “El personal de alta dirección en la empresa”, REDT, 1.985, núm. 22.

En efecto, el art. 9 de dicho Reglamento dispone que, en caso de promoción interna por la que se opere un cambio de funciones que implique el cese como trabajador común y el inicio de una nueva relación especial como personal de alta dirección, la relación común, si así lo prefiere el trabajador promocionado, podrá quedar en suspenso durante todo el tiempo de prestación de servicios como alto directivo, de modo que la extinción de la relación especial abriría al trabajador la opción por reanudar la relación común que había quedado suspendida (sin perjuicio de las indemnizaciones derivadas de tal extinción), salvo que la extinción se haya debido a despido disciplinario declarado procedente. Se trata, por tanto, de una suspensión prevista como opción en favor del trabajador que responde claramente al principio de estabilidad en el empleo, ya que le garantiza su reincorporación al antiguo nuevo puesto de trabajo una vez finalice el nuevo contrato con la misma empresa, habida cuenta del régimen de extinción de dicho contrato, en el que se permite el libre desistimiento (art. 11). Por ello se presume, en caso de ausencia de previsión contractual expresa, la suspensión y se dispone que, de optarse por la sustitución (por tanto, si las partes rechazan la suspensión del contrato ordinario), la novación no tendrá efectos hasta transcurridos dos años.

En todo caso, debe acudir al art. 45 ET para construir un esquema general de las circunstancias que determinan la suspensión del contrato. Efectuado dicho análisis, puede concluirse afirmando su doble *origen*³³⁰:

- Pueden ser *independientes de la voluntad* de ambas partes, fundándose en circunstancias sobrevenidas para una y otra. En este caso habrá que distinguir entre los que tienen carácter *individual* y los que tienen carácter *colectivo*, que pueden identificarse respectivamente con los provenientes de la persona del trabajador³³¹ (las enumeradas en las letras c) a g) y k): la incapacidad temporal, la maternidad -adopción y acogimiento-, el cumplimiento del servicio militar -o prestación social sustitutoria-, el ejercicio de cargo público representativo, la privación de libertad y la excedencia forzosa) y los que tienen origen en la del empresario³³² (letra j: causas

³³⁰ Se acoge aquí la distinción clásica. Se ha preferido prescindir de la enumeración, que sería inacabable e inútil, de las incontables clasificaciones construidas por la doctrina. No obstante, debe hacerse alusión a alguna de ellas, por su originalidad. Tal es el caso de la que propone J. MARTÍNEZ GIRÓN ("Las causas generales de suspensión...", op.cit., p.40), quien efectúa una distinción entre las causas de origen convencional, las de origen legal o reglamentario y las de origen judicial.

³³¹ Cuando provenga del trabajador, se tratará de una circunstancia que impida temporalmente la prestación del trabajo por ser *incompatible* con su ejecución simultánea.

³³² Cuando se trata de un obstáculo cuyo origen haya de situarse en el empresario, podrá afectar a su obligación básica de prestar el salario o a la de proporcionar ocupación efectiva, obligación en la que se entenderá implícita la imposibilidad de prestar el salario, pues, en caso contrario, estaríamos ante una *interrupción* que le sería imputable (que el art. 30 del ET configura como supuesto de "imposibilidad de la prestación"), pero no ante un supuesto de suspensión. La obligación salarial devendrá imposible cuando la propia empresa atravesase una *crisis*. Ahora bien, esta crisis puede provocar la imposibilidad de dicha prestación (por falta de liquidez), pero

económicas, técnicas, organizativas o de producción), salvando el caso de la fuerza mayor temporal, que no puede atribuirse a ninguna de las dos partes, siendo su carácter colectivo³³³. La trascendencia de la distinción alcanza no sólo a la fuente de la causa suspensiva, sino también a la dimensión de sus efectos o campo de sujetos afectados, singular o plural³³⁴.

- Por el contrario, puede deberse a la *voluntad* de las partes, en cuyo caso el principio de autonomía de la voluntad cobra preeminencia (y, con él, las normas del Derecho común), desplazando la actuación de una posible circunstancia *justificante* de la suspensión³³⁵. Ahora bien, la voluntad puede ser unilateral o bilateral, según provenga o no de acuerdo: hablaremos en el primer caso de medidas de presión - huelga o cierre patronal, letras l) y m)- o disciplinarias³³⁶ -suspensión de empleo y sueldo, letra h)- y en el segundo de autonomía de la voluntad en sentido estricto (acuerdo de voluntades), según se prevé en las letras a) y b) (mutuo acuerdo de las partes y causas consignadas válidamente en el contrato).

también puede tener origen en circunstancias no económicas sino de tipo "estratégico", en cuyo caso entra en juego no la imposibilidad de prestar el salario exclusivamente (obligación que sí puede estar en condiciones de afrontar la empresa) sino la de proporcionar trabajo efectivo, debido a circunstancias *objetivas*: la reordenación organizativa de la empresa, que provoca la suspensión temporal de uno o varios contratos de trabajo hasta tanto no se resuelva el cambio técnico-organizativo (art. 45.1j).

³³³ Afecta tanto al trabajador como al empresario, ya que directa y *materialmente* imposibilita la prestación de ambas partes. En sentido contrario, la Ley belga sobre contrato de trabajo (ley de 3 de julio de 1.978, arts. 26 y ss.), que distingue entre las causas que afectan a la persona del trabajador por un lado y la fuerza mayor, que afecta al empresario, por el otro.

³³⁴ Distinguiremos, pues, entre aquellas circunstancias que se residencian en la persona del trabajador y aquellas que provienen de la entidad en la que consiste la empresa, que traspasa el límite personal del empresario hacia una dimensión social, formada por bienes y personas, físicas y jurídica.

³³⁵ En este sentido, cabe destacar, en el terreno de nuestro Derecho positivo, la incorrección con la que aborda el art. 45 del Estatuto de los Trabajadores la sistematización de las causas de suspensión, por cuanto contempla como tal el mutuo acuerdo de las partes, cuando ésta es una circunstancia no justificativa de la suspensión, sino fruto de la actuación del principio de autonomía de la voluntad. De ahí que propongamos otra redacción para el precepto: "*las partes podrán libremente pactar, inicial o posteriormente a la celebración del contrato, la suspensión de éste. Asimismo, el contrato de trabajo se suspenderá cuando concurra una de las siguientes circunstancias*".

³³⁶ En este caso la suspensión proviene de la voluntad del empresario, en el ejercicio de su poder de dirección, pero se funda en la propia conducta del trabajador. *No existe en este supuesto imposibilidad* alguna en la prestación de la obligación del trabajador ni en la del empresario, *ni hay acuerdo* alguno para proceder a la misma, sino que su fundamento se halla en el poder disciplinario que ostenta el empresario y que el trabajador acepta en el momento de la celebración del contrato. En contra, ALONSO GARCÍA (op.cit.), para quien *la causa última de la sanción está en la voluntad del trabajador que cometió la falta*. El poder disciplinario del empresario, por lo demás, deberá ajustarse a lo establecido en el convenio colectivo que resulte de aplicación, del que habrá de extraerse la duración temporal que dicha suspensión haya de tener.

Todas las circunstancias que motivan la suspensión del contrato de trabajo tienen carácter *temporal*, pues en otro caso estaríamos ante un supuesto de extinción. Sin embargo la diferente naturaleza de todas ellas impide que su temporalidad pueda tener la misma extensión, imponiendo una duración diferente en cada caso³³⁷.

Tratándose de situaciones nacidas de "motivos justificados", es decir, no basadas en la autonomía de la voluntad de las partes, el ET opta por no fijar, como norma general, límites temporales que restrinjan la operatividad de la figura (salvando ciertos supuestos, como el de la maternidad). La solución adoptada por el legislador es remitir a la legislación específica, en algunos casos ajena al sistema jurídico-laboral, la fijación de la duración del supuesto o, para ser más exactos, estar a lo que en tal normativa, normas externas o internas al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, se establezca.

Por tanto, para conocer la duración de la suspensión del contrato ha de acudir a la normativa específica que regula cada uno de los supuestos suspensivos en particular: así, en el caso de la incapacidad temporal, a las normas de Seguridad social, o el servicio militar (cuya duración la práctica nos demuestra puede ser cambiante según criterios de oportunidad) o el mandato público representativo (por normas políticas), la privación de libertad (por normas penales)...

Por otra parte, debe distinguirse un segundo grupo de supuestos en los que se engloban aquellas circunstancias cuyo carácter coyuntural impide la fijación incondicionada de un término (fuerza mayor temporal, causas económicas, técnicas...).

El ET parece distinguir entre dos tipos de suspensiones: la suspensión "ordinaria" y la excedencia. La distinción no radica, sin embargo, en la existencia de reserva de puesto de trabajo en la ordinaria y de ausencia de tal derecho (que sería sustituido por el reconocimiento de un derecho preferente al reingreso *en otro puesto*), puesto que distingue entre dos tipos de excedencias: la forzosa y la voluntaria, situando a la primera, por su naturaleza y efectos, entre las hipótesis descritas como de "suspensión ordinaria" y a la segunda -excedencia voluntaria- entre las que implican el mero reconocimiento de una expectativa de reingreso en la empresa.

4.2. Examen de las causas de suspensión previstas en el ET

El art. 45.1 ET reconoce las siguientes causas de suspensión del contrato:

a) Mutuo acuerdo de las partes.

³³⁷ En cuanto a la posible coincidencia de varias suspensiones por distinta causa, CABANELLAS (op.cit., p. 76) nos recuerda que "como no cabe suspender al ya suspendido, debe prevalecer la suspensión anterior en el tiempo". Ello no impide la conexión de ambas situaciones cuando, a la finalización de una, subsiste la otra.

- b) Las consignadas válidamente en el contrato.
- c) Incapacidad temporal de los trabajadores.
- d) Maternidad de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento de menores de cinco años .
- e) Cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria.
- f) Ejercicio de cargo público representativo.
- g) Privación de libertad del trabajador mientras no exista sentencia condenatoria.
- h) Suspensión de sueldo y empleo, por razones disciplinarias.
- i) Fuerza mayor temporal.
- j) Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- k) Excedencia forzosa.
- l) Por el ejercicio del derecho de huelga.
- m) Cierre legal de la empresa.

A las anteriores deben añadirse las provenientes de normas concordantes³³⁸:

³³⁸ Cierta doctrina (así, MARTÍNEZ GIRÓN, op.cit., p. 45) considera que, además, constituye causa de suspensión el supuesto que regula el art. 23.1 b) ET, en el que se reconoce al trabajador el derecho a permiso de formación o perfeccionamiento profesional *con reserva del puesto de trabajo* (en el mismo sentido, SAGARDOY BENGOCHEA: op.cit. y MARÍN CORREA, op.cit., p. 65) y el previsto en el art. 13 c) RD 1368/1.985, de 17 de julio, regulador de la relación laboral especial de los minusválidos en centros especiales de empleo, en el que se establece que las ausencias para asistir a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales y para participar en acciones de orientación, formación y readaptación profesional que excedan de diez días en un semestre no devengarán remuneración alguna. Concluye el autor que la enumeración de causas suspensivas que contiene el art. 45.1 ET no constituye ningún catálogo cerrado. En contra, STSJ La Rioja, de 7 septiembre de 1.992 (A.S. 1.992, 4266), que defiende su carácter taxativo: "...aparecen enumeradas de forma exhaustiva y han de ser interpretadas restrictivamente dado su carácter excepcional, alteran el normal desenvolvimiento de la vida del contrato sin afectar a la pervivencia del vínculo".

MARÍN CORREA (op.cit., ps. 63-64) añade dos últimas causas, que reafirman la conclusión a la que llega MARTÍNEZ GIRÓN: la pérdida temporal de aptitud profesional, de la que constituye ejemplo habitual la retirada temporal del permiso de conducir, y la "ineptitud sobrevenida temporal" que deriva de la posible falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, al establecer el art. 52 b) ET que podrá suspenderse el contrato por un tiempo de hasta tres meses. En este caso, el precepto establece expresamente la suspensión del contrato ("el contrato quedará en suspenso ... cuando la empresa ofrezca un curso de reconversión o perfeccionamiento profesional a cargo del organismo oficial o propio competente, que le capacite para la adaptación requerida"), sin embargo, dispone la conservación del salario ("durante el curso se abonará al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo"). Por último, BLASCO SEGURA cita como causa suspensiva la inclusión de la empresa en un plan de reconversión industrial, regulada en la Ley 27/1.984 de 26 de julio, *sobre Reconversión y Reindustrialización*, desarrollada por el R.D. 1.990/1.984, de 17 de octubre, sobre medidas laborales de reconversión industrial y ésta por la Orden de 31 de julio de 1.985 (BLASCO SEGURA, B.: "La suspensión del contrato de trabajo: los apartados i), j) y m) art. 45 del Estatuto de los Trabajadores", en AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1.994, p. 179 y ss.). Para finalizar, puede mencionarse otra suspensión de la

- a) Art. 37.3 d) ET: excedencia por cumplimiento de deberes públicos. Su carácter forzoso reconduce el supuesto a la excedencia forzosa, junto a la cual será estudiada.
- b) Art. 9 Real Decreto 1382/1.985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección: promoción a alto cargo laboral.

Con ánimo de proporcionar una visión global de los supuestos suspensivos en el Derecho español, sintetizando su naturaleza y régimen jurídico (para lo cual deben tenerse en cuenta los arts. 47 y 48 ET), serán analizadas brevemente cada una de ellas:

- Mutuo acuerdo de las partes y Causas consignadas válidamente en el contrato.

Frente a la LCT de 1931 y de 1944, que no reconocían tales causas de suspensión (aunque podía deducirse de su art. 9, que atribuía a las partes capacidad para establecer condiciones de trabajo), el art. 45.1 ET contempla en sus apartados a) y b) circunstancias que no son equiparables al resto de las previstas, ya que, frente al carácter tasado de las demás, parece darse entrada aquí a la autonomía de la voluntad de las partes contractuales.

Puestas en relación estas previsiones con la habilitación contenida en el art. 46.6 a los sujetos de la negociación colectiva para el establecimiento de nuevas causas de excedencia, se deduce de la intención del legislador un doble régimen en cuanto a las causas o motivos por los que puede suspenderse el contrato: por un lado, por las causas legalmente tasadas y contempladas en los respectivos números de los arts. 45 y 46; y, por el otro, por voluntad de las partes.

Ahora bien, el ET distingue entre voluntad individual -contractual- y voluntad colectiva³³⁹ -negociación colectiva-, atribuyendo a la primera la capacidad para crear *nuevas causas de suspensión* del contrato y a la segunda la facultad de crear *nuevos supuestos de excedencia* (así como para disponer la regulación de su régimen jurídico). Por tanto, la atribución a los sujetos del contrato individual se refiere a las propias causas de suspensión, así como, según se deduce del art. 48.1, a sus efectos y régimen jurídico (debe entenderse que, en ausencia de regulación expresa por las partes, recibirán el tratamiento común al resto de los casos de suspensión) y, por supuesto, a la mejora del régimen creado por la ley para las causas que prevé el

prestación laboral, de carácter cautelar: la que examinan GARCÍA NINET, J.I. y YANINI BAEZA, J.: "No readmisión del representante de los trabajadores. La suspensión de la prestación de los servicios", *Tribuna Social*, 1.992, núm. 13.

³³⁹ Aunque, según señala VIDA SORIA (*Comentarios...*, op.cit., p. 46), la expresión "consignadas válidamente en el contrato" incluye tanto las de origen individual -estrictamente contractuales- como las de origen colectivo -previstas, pues, en convenio colectivo, entendido como contrato colectivo-.

art. 45. Por el contrario, la capacidad de los sujetos colectivos es más restringida en lo que a supuestos de excedencia se refiere, ya que se limita a la posibilidad de crear nuevos supuestos de excedencia, es decir, de uno de los tipos de suspensión previstos en el ET.

Sin embargo, no es ésa la solución, que pudiera parecer perfectamente deducible de la dicción legal, ya que, puesto que permite el establecimiento de nuevas causas de excedencia forzosa, y ésta goza de las mayores garantías para los derechos del trabajador, la única alteración que se producirá será la de que la causa prevista en convenio colectivo será “causa de excedencia forzosa”, es decir, supondrá un simple cambio de denominación, a no ser que, en uso de la facultad atribuida por el art. 46.6 las partes negociadoras dispongan otro régimen menos beneficioso para el nuevo supuesto suspensivo (lo que no cabrá será la alteración *in peius* de las causas ya previstas en el ET). En definitiva, la capacidad reconocida en el art. 46.6 a los sujetos colectivos resulta equiparable a la que el art. 45.1 a) y b) atribuye a los sujetos de la relación individual de trabajo.

En cuanto a los supuestos de libre configuración contractual por los sujetos individuales, el art. 45.1 distingue entre las que se pacten por mutuo acuerdo y las que ya figuraran consignadas en el contrato. Por tanto, se admiten tanto las que fueran introducidas en el contrato en el momento de su constitución como las que se le incorporen posteriormente a través de pacto accesorio. La distinción entre ambas circunstancias, hasta el punto de figurar reconocidas en apartados diferentes, obedece al distinto trato jurídico que se otorga a cada una de ellas. En efecto, mientras que las debidas a mutuo acuerdo de las partes no están sometidas a mayores requisitos³⁴⁰, las que se desprendan del contrato de trabajo deben inscribirse en un esquema legal más estricto, al exigirse que su consignación en el contrato sea “válida”, lo cual no se predica del mutuo acuerdo. Por tanto, su incorporación inicial al contrato, al situarse en un momento en el que la debilidad contractual del trabajador es mayor, está sometida a mayores controles legales que su anexión posterior, con objeto de evitar posibles renunciaciones a derechos por parte de aquél.

La validez de la consignación debe entenderse también referida -y, por tanto extensible a la causa prevista en la letra a)- al debido respeto de la Constitución -especialmente el art. 14- y las leyes (art. 3.1 c) y la buena fe (art. 1258 C.c.), y, por supuesto, los derechos contemplados en el art. 4 ET. Ello implica, también, que sean prohibidas las cláusulas suspensivas que violen derechos laborales del trabajador³⁴¹, abusivas o en fraude de ley (arts. 6.4 y 7.2 C.c.). En todo caso, el

³⁴⁰ Ni siquiera a forma escrita (MOLERO MANGLANO, C.: *Estructura y desarrollo del contrato de trabajo*. T. II, Vol. 1, Madrid, 1.989, p. 207).

³⁴¹ MOLERO MANGLANO (op.cit., p. 208) nos recuerda que son susceptibles de configuración las previsiones que condicionan la suspensión a aquellas circunstancias que, de mantenerse,

precepto da cabida a los viejos permisos sin sueldo previstos por las reglamentaciones y pactos colectivos (cuyo fundamento se hallaba en el art. 76.1 y 2 LCT, que admitía la extinción del contrato por mutuo acuerdo), sin perjuicio de su posible regulación en norma colectiva.

- Incapacidad temporal de los trabajadores.

Debe entenderse que el motivo de la suspensión es la incapacidad temporal para el trabajo. Sin embargo, el legislador ha preferido hablar de incapacidad “de los trabajadores”, entendiéndose que con tal expresión se dejaba fuera a la incapacidad del empleador, pero sin precisar que la incapacidad exigida sea la laboral, y, por tanto, haciendo abstracción de la legislación civil, excluyendo la posibilidad de que la incapacidad sea otra que ésta. Ello no es más que el producto de la sustitución de la vieja incapacidad laboral transitoria (e invalidez provisional) por la nueva contingencia de incapacidad temporal, por tanto, es fruto de la técnica que tradicionalmente ha empleado el legislador para regular este supuesto suspensivo, consistente en efectuar una remisión a las normas de la Seguridad Social³⁴², en las que se contemplaba la situación como contingencia protegida por el sistema de la Seguridad Social, y en cuyo ámbito sí resulta adecuado hablar de “incapacidad temporal”, por cuanto se define qué se comprende bajo tal concepto. En cualquier caso, ésta no es más que una precisión lingüística, explicable, como acaba de verse, acudiendo a la interpretación histórica.

El texto del proyecto -art. 43- recogía la circunstancia en el apartado f), junto al parto, bajo la denominación de “enfermedad”, prescindiendo, por tanto, de remisiones a la valoración por otro texto jurídico, en tal caso la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido de 1.974). El texto definitivo optó por la remisión a la contingencia de “incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional” propia de la normativa de la Seguridad Social. La reforma de la contingencia por la Ley 42/1.994, de 30 de diciembre (su Disposición Final estableció también la reforma de los arts. 45.1 c) y 48.2 ET, eliminando en este último caso la remisión a “las leyes vigentes sobre Seguridad Social”), retorna a la denominación que recogía la LCT 1931, cuyo art. 90 prohibía la extinción del contrato durante la situación de

justificarían la extinción del contrato, tales como la pérdida provisional de requisitos indispensables para el desempeño de funciones profesionales por parte del trabajador (carnet de conducir...), la retirada provisional a la empresa de licencias o concesiones administrativas vinculadas al puesto de trabajo del empleado.

³⁴²La LCT -art. 79, que exigía que la incapacidad no fuera atribuible al trabajador- remitía al plazo que determinarían las leyes o reglamentaciones de trabajo y, en su defecto, los usos y costumbres. A tal efecto, fue aplicada la normativa relativa al Seguro Obligatorio de Enfermedad (Ley de 14 de diciembre de 1942, en el que se limitaba a un plazo máximo de veintiséis semanas por año) y a la legislación de accidentes de trabajo -originariamente, la Ley de 8 de octubre de 1932 y Reglamento de 31 de enero de 1933, en las que la duración máxima prevista era de un año- y de enfermedades profesionales -Ley de 13 de julio de 1936-. En cuanto al Código del Trabajo, el propio texto establecía en su art. 148 la duración máxima de la incapacidad, fijada en un año.

incapacidad temporal para el trabajo (derivada de un accidente o de una enfermedad).

La circunstancia suspensiva no se configura en el ET, sino en la LGSS, art. 128, según el cual la incapacidad temporal se define como aquella *situación de carácter temporal en la cual el trabajador recibe asistencia sanitaria y se ve impedido para el trabajo*³⁴³ como consecuencia de una enfermedad común o profesional o un accidente. Por lo tanto, se define en relación con la capacidad para el trabajo. Éste es el supuesto puro de incapacidad temporal, junto al cual se regula una segunda situación que recibe también la consideración de incapacidad temporal: los *periodos de observación para el estudio médico de la enfermedad profesional* cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo, durante los cuales el trabajador se halla de baja médica con el objeto de someterse a observación, para el estudio y diagnóstico de la misma, siempre que aquélla sea prescrita (en caso contrario, no existirá situación suspensiva).

Quedando remitido parcialmente el régimen jurídico de esta situación suspensiva a la normativa de Seguridad Social (el art. 48.1 hace referencia en todo momento a las situaciones que ésta regula)³⁴⁴, resultará que, cuando el trabajador carezca del derecho a la prestación pública sustitutiva de las rentas salariales que corresponde a dicha situación (no sólo por no reunir los requisitos que exige el art. 130 LGSS, sino porque existen ciertas categorías de trabajadores que han estado excluidos de la protección por dicha contingencia³⁴⁵) y que se regula en tales disposiciones, éstas carecerán de valor para fijar el "comportamiento" de la incapacidad.

³⁴³ Este carácter es el que funda la tesis de ÁLVAREZ ALCOLEA (op.cit., ps. 23-24), que concibe el supuesto (o, mejor dicho, la suspensión, ya que otras hipótesis reciben la misma explicación) como una de las posibles alteraciones sobrevenidas de las circunstancias subyacentes al contrato de trabajo, subsumible en el art. 1105 C.c.: "se trata, en suma, de sucesos imprevisibles o previsibles pero inevitables, de forma que, ante la imposibilidad de prestar por parte del trabajador, actúa el mecanismo combinado de los artículos 1.184 y 1100 del Código civil".

³⁴⁴ Dichas normas son los arts. 128 a 133 de la LGSS (modificados por la Ley 42/1.994, de 30 de diciembre), la Orden de 13 de octubre de 1.967, el Real Decreto 1300/1.995, de 21 de julio, *sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad social*, la Orden de 6 de abril de 1.983, *sobre control de la situación de incapacidad laboral transitoria en el sistema de la Seguridad Social*, la Ley 13/1.996, de 30 de diciembre, *de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, el Real Decreto 575/1.997, de 18 de abril, *por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal* y la Orden de 19 de junio de 1.997, *por la que se desarrolla el Real Decreto 575/1.997, de 18 de abril, que modifica determinados aspectos de la gestión y del control de la prestación económica de la Seguridad social por incapacidad temporal*.

³⁴⁵ V. D. A. Sexta y Séptima de la LGSS (aprendices y trabajadores a tiempo parcial cuya prestación de trabajo sea inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho al mes). No obstante, la D.T. 4ª del RDL 8/1.997, de 16 de mayo, *de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida*, insta al Gobierno a adoptar las disposiciones necesarias para hacer efectivo el derecho a la prestación de incapacidad temporal a los trabajadores contratados para la formación (antes aprendices) y a los contratados a tiempo parcial por duración inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho al mes, para lo que concede un plazo máximo

En efecto, el art. 48.1 no hace en ningún momento alusión a las situaciones que pueden llamarse “desprotegidas”: por el contrario, se refiere únicamente a una situación especial, la que se produce como consecuencia de la extinción de la situación por declaración de incapacidad permanente³⁴⁶.

Por tanto, para cualquier otra situación habrá que estar a lo que dispongan la LGSS y normas de desarrollo. En tal caso, el supuesto quedará parcialmente desregulado, porque dichas normas, situándose en el campo de la Seguridad Social, prescinden de aquellas situaciones en las que no nace el derecho a prestación.

En consecuencia, deberán aplicarse tales normas exclusivamente en lo que a duración del periodo³⁴⁷ se refiere, así como en relación a la determinación de las situaciones que deban tener la consideración de “incapacidad temporal” y que motiven la baja médica que da lugar al inicio del cómputo del periodo de suspensión³⁴⁸.

de tres meses (por tanto, hasta el 17 de agosto de 1.997), protección que se ha regularizado por los Reales Decretos 488 y 489 de 27 de marzo de 1998, cuestión que se remite al Título III de este trabajo. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, en virtud del art. 125.3 LGSS, todos los trabajadores se hallan en situación de alta (alta presunta) respecto de la incapacidad que pueda derivar de contingencia profesional (accidente de trabajo y enfermedad profesional). Asimismo, el art. 124.4 LGSS exime del requisito de la cotización -exigiendo sólo el alta- cuando derive de accidente común-.

³⁴⁶ La Ley 13/1.996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, sustituye las referencias legales a la invalidez permanente, a la que alude también el art. 48.1 ET, por las de “incapacidad permanente”.

³⁴⁷ En cuanto a la duración del periodo, debe señalarse que el hecho de que quede o no cubierto por el sistema de la Seguridad social por medio de un subsidio económico generará en la práctica situaciones desiguales entre trabajadores incurso en dolencias semejantes, que es precisamente lo que quiere atajar (la finalidad es la persecución del fraude en dichas prestaciones) RD 575/1.997, por el que se desarrolla la Ley 13/1.996 (y se articula un sistema de lucha contra el fraude), cuyo art. 3 establece que “se pondrá a disposición de los médicos a los que competan dichas actuaciones tablas de duraciones medias, tipificadas para los distintos procesos patológicos susceptibles de generar incapacidades, así como tablas sobre el grado de incidencia de dichos procesos en las diversas actividades laborales.”

³⁴⁸ La Ley 13/1.996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y su reglamento de desarrollo (Real Decreto 575/1.997, de 18 de abril, Real Decreto 575/1.997, de 18 de abril, *por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal*) han modificado sustancialmente el sistema de bajas y altas médicas. Ahora bien, el control que se ejerce a través de este sistema resulta innecesario en el caso de que no haya lugar a prestación alguna y, por supuesto, a efectos de afectación directa de la relación laboral que queda suspendida, salvo en lo que se refiere a su posible duración, que puede resultar acortada por la actuación controladora de los servicios médicos a los que se les reconocen facultades inspectoras y de seguimiento de la situación de incapacidad temporal. En efecto, dispone el art. 78 de dicha ley que “los médicos adscritos a las correspondientes Entidades Gestoras o Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social podrán formular propuestas de alta médica, con los efectos que se determinen reglamentariamente y que sean consecuencia de su actividad de control a la que vienen obligados los trabajadores *para la percepción de las prestaciones*”; también el art. 1 del RD 575/1.997, de 18 de abril, por el que se desarrolla la ley, establece que “la declaración de baja médica, a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal, se formulará en el

Respecto de esta última cuestión -el inicio de la situación suspensiva-, debe decirse que, puesto que siempre existirá baja médica, aunque no nazca el derecho a prestación, ésta funcionará como comunicación debida por el trabajador al empresario, en tanto le debe ser remitida obligatoriamente en el plazo que marca el Real Decreto 575/1.997, de 18 de abril (tres días desde su expedición por el facultativo del servicio de salud correspondiente)³⁴⁹. En todo caso, teniendo en cuenta que dicha comunicación se realiza con varios días de retraso desde el inicio de la situación, resulta conveniente un aviso anterior, como viene indicando algunas resoluciones del TCT y del TS³⁵⁰, que, de realizarse, hace innecesario a tales efectos el parte de baja.

De todos modos y al margen del control efectuado por la entidad gestora de la prestación, el empleador goza, también a efectos de control del absentismo laboral, de la facultad que le reconoce el art. 20.4 ET para verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador alegado para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, es decir, la veracidad de la causa suspensiva. De tal modo que, de ser ésta inexistente, la ausencia carecerá de justificación y podrá fundar la extinción del contrato a instancia empresarial ex art. 54.2 a) ET si, comprobado tal extremo por los servicios médicos del Sistema Público de Salud, se concluye que el acceso o mantenimiento en dicha situación han sido fraudulentos (art. 132 LGSS en relación con la ya referida normativa relativa a la gestión y control de la situación de incapacidad temporal)³⁵¹.

Si bien las normas reguladoras del control de la incapacidad temporal no prevén colaboración empresarial alguna en dicha materia, cabe que tal actuación se ponga al servicio de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social (en virtud

correspondiente parte médico de baja expedido por el médico. (..) El parte médico de baja es el acto que origina la iniciación de las actuaciones conducentes a la declaración o denegación del derecho al subsidio”; por tanto, sin más efectos que los relativos al nacimiento y percepción de la prestación.

³⁴⁹ Si bien el incumplimiento de estos plazos no puede generar consecuencias para la relación laboral sino únicamente en el ámbito de la Seguridad Social. Es decir, el retraso en la entrega de los partes a la empresa no puede fundar, por sí mismo, incumplimiento contractual sancionable con el despido (STS de 20 de octubre de 1.987, R.J. 1.987, 7087), a menos que no se trate de un simple retraso y no exista imposibilidad material para efectuar la comunicación, según reiterada doctrina jurisprudencial (en este sentido, STCT de 2 de febrero de 1.988, RTCT 1.988, 1483, y STS de 18 de julio de 1.988, R.J. 1.988, 6171).

³⁵⁰ STS de 28 de febrero de 1.974 (R.J. 1.974, 1011). Otra jurisprudencia, en cambio, exime del deber de comunicación si la circunstancia es conocida por el empresario: STS de 8 de octubre de 1.987 (R.J. 1.987, 6972).

³⁵¹ En caso contrario, no podrá fundarse en el art. 54. 2 a) porque la falta, a pesar de no obedecer a causa real según se desprende de la investigación realizada al efecto por el empresario, está justificada por los servicios médicos del Sistema Público de Salud. Por otra parte, el despido podrá basarse en el art. 52 d) ET cuando la ausencia, aun existiendo cobertura legitimadora por existir parte de baja médica, sea inferior a veinte días consecutivos. Al respecto sostiene LAVAGNINI (op.cit., p. 88 y ss.) que el despido disciplinario quedará legitimado en caso de que el certificado médico aportado sea falso (ex art. 2119 del Codice civile).

de la Orden de 21 de marzo de 1.974³⁵²), que puede recibir propuestas de alta provenientes también de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (art. 13 de la OM de 19 de junio de 1997).

La incapacidad temporal se halla temporalmente limitada por el art. 131 LGSS, que distingue entre el supuesto ordinario o puro de incapacidad temporal y los periodos de observación para el diagnóstico de enfermedad profesional, sensiblemente menores, sin perjuicio de que a la finalización de éstos pueda conectarse la situación con el supuesto ordinario hasta agotar la duración máxima de éste, que es superior al de los referidos periodos. Concretamente, la duración máxima es de doce meses, susceptibles de prórroga hasta un límite de dieciocho (seis prorrogables hasta doce en los periodos de observación por enfermedad profesional), si se prevé que durante el periodo de prórroga el trabajador va a ser dado de alta médica por curación. Este límite temporal funciona como techo máximo, pudiéndose acortar si existen condiciones médicas para ello³⁵³. En cualquier caso, siendo modulable su duración, no es, como en otros supuestos (v.gr., excedencia), disponible por el trabajador -ni por el empresario-, sino ajeno a la voluntad de los sujetos, y de terceros (los facultativos de la entidad gestora de la prestación por incapacidad temporal³⁵⁴), que emitirán su dictamen sobre la continuidad de la situación suspensiva sobre la base de datos objetivos.

La finalización de la situación de incapacidad temporal afecta a la relación laboral de la siguiente manera:

1. El contrato puede continuar suspendido en virtud del art. 131.2 bis LGSS. Agotado el periodo máximo de incapacidad temporal sin recuperación del trabajador, en un plazo de tres meses se le examinará a efectos de su calificación como inválido permanente. Sin embargo, cabe la prórroga de dicho plazo cuando la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la calificación, hasta un máximo de treinta meses desde el inicio de la

³⁵² V. asimismo el art. 14.3 in fine de la Orden de 19 de junio de 1.997, por la que se desarrolla el RD 575/1.997, y el art. 80 del Reglamento General sobre colaboración en la gestión de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (RD 1.993/1.995, de 7 de diciembre), introducido por el RD 576/1.996, de 18 de abril.

³⁵³ En cuanto al cómputo de estos periodos, se realiza por contingencia sobrevenida, lo cual significa que: a) cada enfermedad da origen a una nueva situación de incapacidad temporal, se inicia un nuevo periodo de I.T.; y b) si se trata de la misma enfermedad o de una recaída, sí se acumulan los periodos, aunque existan periodos de actividad, salvo que entre la antigua y la nueva hayan transcurrido seis meses (si ha estado seis meses en activo), en cuyo caso se inicia un nuevo periodo de 18 meses.

³⁵⁴ Los servicios médicos de la Seguridad Social y los encuadrados en las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social que se hagan cargo de la cobertura de la contingencia de incapacidad temporal.

incapacidad³⁵⁵. Durante tal periodo cesan las obligaciones empresariales en materia de cotización.

En todo caso, la duración de la situación queda tasada, ya que, aun cuando no exista curación, es decir, recuperación de la capacidad, el alta médica se expedirá, dándose por finalizado el periodo de suspensión, y obligando en consecuencia al trabajador a reincorporarse a su puesto de trabajo, para cuyas tareas no está capacitado y, por tanto, podrá incurrir en causa de despido objetivo ex art. 52 a) (o en su caso, 52 d) ET). No obstante, la jurisprudencia del TS, fijada en las sentencias de 15 de noviembre de 1.990, de 22 de octubre de 1.991 y de 2 de marzo de 1.992, en u.d., admiten la prórroga de la suspensión del contrato en tales supuestos, siempre que el trabajador justifique y acredite debidamente ante la empresa su no reincorporación al trabajo por causa de la subsistencia de la incapacidad temporal, evitando la aplicación del art. 49.1 d) ET. La jurisprudencia ha declarado también la procedencia de la prórroga de la suspensión en caso de pendencia de la impugnación de la declaración de incapacidad permanente, si el grado declarado ha sido como mínimo el de total³⁵⁶. Por contra, la Resolución del INSS, por la que se deniega la existencia de invalidez, es inmediatamente ejecutiva, por aplicación del art. 9.2 del Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre, poniendo fin a la situación de suspensión del contrato³⁵⁷.

Finalizada la suspensión (por alta médica o por agotamiento de la duración máxima), o incluso por declaración de incapacidad permanente si el grado reconocido es el parcial (art. 49.1 e) *a sensu contrario*), el trabajador deberá reincorporarse a su puesto de trabajo en los términos fijados por el art. 48.1. Puesto que no se dispone plazo para ello, debe entenderse que el regreso al trabajo será automático, desde el día siguiente al cese de la causa suspensiva³⁵⁸.

³⁵⁵ Dicha prórroga especial requiere, en virtud del art. 7 RD 575/1.997, dictamen de los servicios médicos del INSS, en el que se señale expresamente la conveniencia de no proceder de inmediato a la calificación de la invalidez permanente, atendida la situación clínica del interesado y la necesidad de continuar con el tratamiento médico.

³⁵⁶ SSTs de 27 de junio de 1.983, 24 de enero de 1.985 y 13 de junio de 1.988 (R.J. 1.983, 3050; 1.985, 95 y 1.988, 5277). No goza de tal efecto, según ha declarado el TS (SSTs de 22 de octubre de 1.991 y 2 de marzo de 1.992, R.J. 1.991, 7745 y 1.992, 1609) la impugnación de la resolución denegatoria o la declarativa de incapacidad permanente parcial, ya que en este caso procede el reingreso al puesto de trabajo. Sobre el particular V. GARCÍA NINET, J.I.: "Terminación de la situación de ILT por alta médica recurrida y terminación de la suspensión del contrato de trabajo. Deberes de comunicación del trabajador (consideraciones al hilo de la STS- social- de 15-4-1.994)", TS, 1.995, núm. 46. No procede la prórroga en caso de impugnación de la declaración de incapacidad permanente (STS de 22 de octubre de 1991, 2 de marzo de 1992 y 15 de abril de 1994, en u.d. (R.J. 1991, 7745; 1992, 1609 y 1994, 3249).

³⁵⁷ SSTs de 20 de octubre de 1988 (RJ 1988, 8125) y de 15 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8979).

³⁵⁸ La supresión del plazo de cinco días para la presentación del parte de alta en la empresa ha eliminado posibles disquisiciones en torno a la existencia de un plazo idéntico para la reincorporación. La vigente normativa, ya referida, sobre control de la situación de incapacidad,

2. El contrato puede quedar extinguido por declaración de incapacidad permanente si el grado declarado es el de total, absoluta o gran invalidez, en virtud del art. 49 e) ET, es decir, la declaración del INSS³⁵⁹ respecto de la capacidad laboral del trabajador legitima al empresario para dar por extinguido el contrato, ya que dicho grado de incapacidad inhabilita al trabajador para el desarrollo de su profesión habitual (que se corresponde con la “que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente”³⁶⁰). Ahora bien, si en dicha resolución -por la que se declara una incapacidad permanente total, absoluta o una gran invalidez- se prevé la revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo en un plazo no superior a dos años, dispone el art. 48.2 ET que subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de tal resolución³⁶¹. Luego a los plazos máximos de suspensión por incapacidad temporal -dieciocho meses más las posibles prórrogas especiales de tres o de doce meses ex art. 131 bis LGSS- habrá que sumar otro periodo de dos años, resultando, por tanto, que la suspensión del contrato puede prolongarse hasta 54 meses, es decir, cuatro años y medio en total, más el tiempo que dure la sustanciación del procedimiento de declaración de invalidez.

Por lo demás, durante la situación de incapacidad temporal subsiste la obligación empresarial de cotización, haya o no derecho a prestación (art. 106.4 LGSS)³⁶².

- Maternidad de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento de menores de cinco años . Por razones evidentes, pues su estudio constituye el objeto central del presente trabajo, se elude aquí el examen de esta causa, para remitirse al lugar correspondiente (vid. infra, capítulo III).

establece la obligación de presentar el parte de alta al empresario en un plazo de 24 horas desde que se expide.

³⁵⁹ El procedimiento para la calificación de la invalidez se regula por el RD 1300/1.995, de 21 de julio, desarrollado por la Orden de 18 de enero de 1.996.

³⁶⁰ Art. 137 LGSS, en la nueva redacción dada por Ley 24/1.997, de 15 de julio, de *Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social*.

³⁶¹ Un supuesto similar, pero más cercano a la excedencia voluntaria, es el que se regula en el RD 1451/1.983, de 11 de mayo, por el que se reconoce el derecho preferente al reingreso a quien, declarada su incapacidad permante, el expediente de revisión por mejoría posterior resuelve la recuperación de su capacidad de forma total o parcial, es decir, hasta el grado de parcial, compatible con el desarrollo de la profesión habitual.

³⁶² El art. 68 LCT derogado por la Ley 11/1.994, imponía al empresario la obligación de mantener el salario en un 50% durante un máximo de cuatro días al año.

- Cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria³⁶³.

El cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria, dado su carácter de obligación legal³⁶⁴, constituye una manifestación del *cumplimiento de deber inexcusable de carácter público y personal* que contempla el art. 37.3 d) ET como motivo legitimador de ausencia retribuida durante un periodo inferior en cómputo global al veinte por ciento de las horas laborables en un periodo de tres meses, circunstancia que, por imposibilitar la prestación de servicios, permite al empresario situar al trabajador en excedencia forzosa.

En consecuencia, la puesta en común de ambos preceptos permitiría concluir que la misma circunstancia puede dar lugar a una licencia, cuando el cumplimiento del servicio público de referencia permita compatibilizarlo con el trabajo³⁶⁵ (lo cual no será tan probable en el caso del servicio militar pero sí en el de la prestación social sustitutoria, que puede limitarse temporalmente a un número reducido de horas al día), o, cuando su duración supere el veinte por ciento de las horas laborables en un periodo cierto (tres meses), la excedencia forzosa a instancia del empresario y, en todo caso, la suspensión “ordinaria” (es decir, sin calificación de “forzosa”) del contrato de trabajo por la vía del art. 45.1 e). Ahora bien, ¿cabe que el empresario inste la suspensión *ex art. 45.1 e)* en contra de la voluntad del trabajador, que prefiera, siendo ello posible, la compatibilización? Las causas de suspensión previstas en el art. 45 funcionan como derechos en favor de las partes, en su mayor parte del trabajador (entre ellas, la que prevé el apartado e), no siendo de carácter

³⁶³ Puede hallarse el precedente legislativo de esta circunstancia suspensiva en el art. 90.2 LCT de 1931, en la que se disponía que “no terminará el contrato de trabajo por ausencia motivada por el servicio militar o por el ejercicio de cargos públicos...”, concediendo dos meses para su reincorporación, desde que tuviera lugar la licencia militar o el cese en el cargo público. Su contenido fue reproducido por el art. 79 LCT de 1944. La Ley 16/1.976, de 8 de abril, de *Relaciones Laborales*, contemplaba también la suspensión del contrato de la mujer por prestación del Servicio Social, en su art. 10.4 (“cuando sea incompatible con el trabajo, producirá en la relación laboral los mismos efectos que supone el servicio militar”).

³⁶⁴ En el mismo sentido, BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA (op.cit., p. 511), LLUÍS NAVAS (*Manual de Derecho Laboral*, Bosch, Barcelona, 1.975, ps. 231-232), que lo define como “caso particular de ejercicio de cargo público”, y MOLERO MANGLANO (op.cit., p. 211). De hecho, el texto del proyecto no contemplaba individualmente dicha circunstancia, sino como una las posibles obligaciones legales englobadas en el apartado e): “cumplimiento de obligaciones legales o derivadas del ejercicio de cargos públicos o sindicales”, regulándose en el art. 46.2 junto al ejercicio de cargos públicos. La circunstancia estaba ya prevista en el Código del Trabajo de 1926 -art. 22-, si bien sólo se reconocía en favor de personal de instituciones o empresas públicas (Estado, Provincia o Municipio, o Empresas, Sociedades o Establecimientos subvencionados o intervenidos por alguna de dichas Corporaciones públicas).

³⁶⁵ Así se dispuso expresamente en el Decreto-ley de 21 de noviembre de 1.963 como beneficio especial a los mineros, y en algunas Reglamentaciones de trabajo (que contemplaban incluso la permanencia parcial del salario y, cuando fuera posible en algún grado la compatibilidad de ambas actividades, el abono total del mismo, si bien su naturaleza, como señala ALONSO GARCÍA, no sería salarial, sino indemnizatoria).

necesario y, en consecuencia, su ejercicio es renunciabile³⁶⁶, pero no son disponibles unilateralmente por la otra parte (en este caso, el empresario).

En cuanto a la circunstancia que da lugar a la suspensión, el texto del ET vigente hasta la aprobación del Texto Refundido por RD Legislativo 1/1.995, de 24 de marzo, preveía la suspensión por cumplimiento del servicio militar *obligatorio o voluntario* y por el servicio social sustitutivo. Al eliminarse la referencia a la obligatoriedad o voluntariedad del servicio, se está reconociendo la posibilidad de dar por suspendido el contrato tanto si la incorporación al servicio es obligatoria como si es voluntaria, remitiéndose así a la normativa específica.

La duración de la suspensión debida a esta causa se remite a normas ajenas al Ordenamiento jurídico-laboral (art. 55 de la Ley Orgánica 13/1.991 de 20 de diciembre, *del Servicio Militar*³⁶⁷, y art. 34.3 del RD 20/1.988 de 15 de enero, y arts. 6 y ss. Ley 48/1.984, de 26 de diciembre, *reguladora de la objeción de conciencia y prestación social sustitutoria*), sin que la normativa laboral incida en modo alguno en su limitación máxima. El art. 48.3 se limita en este sentido a efectuar la regulación del régimen de reingreso, concediendo un plazo -amplio- al trabajador para que, cesado en el servicio militar o social, se reincorpore a su puesto de trabajo, con lo cual dispondrá de treinta días naturales para readaptarse a su antigua situación (previa al servicio militar o social)³⁶⁸.

³⁶⁶ En contra, MONGE RECALDE (op.cit., ps. 24-25), para el que “la expresión *podrá suspenderse* resulta a todas luces equívoca, porque en algunos supuestos el contrato no es que pueda suspenderse, sino que se suspende automáticamente por imperio de la ley. Así ocurre por ejemplo en los supuestos de incapacidad laboral transitoria, servicio militar, huelga y algún otro.” Por tanto, a juicio del autor, el contrato se suspende automáticamente, lo quieran o no las partes.

³⁶⁷ En dicho precepto se efectúa el reconocimiento del derecho a la reserva del puesto de trabajo (“durante el servicio militar se tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo que se desempeñaba antes de la incorporación de acuerdo con lo previsto en la legislación laboral”). Por consiguiente, dicho derecho goza de garantías mayores -al reconocerse expresamente en ley orgánica- que el resto de los supuestos suspensivos. En el número dos de la misma norma se regulan los efectos de dicha suspensión en el ámbito de la Seguridad Social: “la suspensión del contrato de trabajo por servicio militar será considerada, a efectos de la acción protectora derivada de la seguridad social, como situación asimilada a la de alta, con el alcance y condiciones establecidas en la legislación de la Seguridad Social”. En dicha legislación -art. 125.2 LGSS- se establece que la circunstancia suspensiva constituye situación asimilada al alta a efectos de acceder a ciertas prestaciones, en las que no se incluyen las prestaciones por incapacidad temporal, jubilación y desempleo (salvo en caso de existir cargas familiares). Idénticas previsiones se contienen en el art. 34 del RD 20/1.988, de 15 de enero, respecto de la prestación social de los objetores.

³⁶⁸ Ello significa que no es necesario que el servicio se cumpla en su integridad. Si éste finaliza, por cualquier causa, incluso por causas extraordinarias (v.gr., enfermedad incompatible con el mismo), antes del término ordinario, el cesante dispondrá igualmente de un plazo de treinta días naturales para su reincorporación. Si el cese es debido, por ejemplo, a enfermedad, deberá instarse la reincorporación, para pasar inmediatamente a la situación de incapacidad temporal (conectándose, por tanto, ambas situaciones suspensivas con un intervalo máximo de un mes. En el hipotético caso de que haya sido posible -y así lo haya preferido el trabajador- la compatibilización del servicio con el trabajo, al no haber suspensión, sino licencia, no existirá

Respecto de la duración de la suspensión debe añadirse que, además de acomodarse a la regulación vigente en cada momento (siendo la tendencia más reciente la de acortar dichos plazos³⁶⁹), puede quedar modificada, ampliándose, como consecuencia de la suspensión del servicio militar por cumplimiento de mandato representativo, “por elección popular”, en virtud del art. 105 del Real Decreto 1410/1.994, de 25 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Militar.

- Ejercicio de cargo público representativo.

Este supuesto, por cuanto resulta asimilable al enunciado y regulado en el art. 46.1 (excedencia forzosa), será examinado junto al mismo en el próximo epígrafe.

- Privación de libertad del trabajador mientras no exista sentencia condenatoria.

Esta causa suspensiva constituye aplicación del principio de presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 CE³⁷⁰. Pretende tutelar los derechos de quien, incurso en un proceso penal³⁷¹ como sospechoso de algún delito de los contemplados en el

plazo de reincorporación, sino que el reintegro a la primitiva situación se producirá de modo automático.

³⁶⁹ El art. 4 del Real Decreto 1107/1.993, de 9 de junio, sobre la Prestación del Servicio Militar, fija un plazo de nueve meses (salvo suspensión a instancia del interesado fundada en motivos excepcionales, ex art. 38 Ley Orgánica 13/1.991, o debida a arrestos disciplinarios contemplados en el art. 47 de la Ley Orgánica 12/1.985, de 27 de noviembre). En cuanto a la prestación social sustitutoria, establece el art. 1 del Real Decreto 525/1.992, de 22 de mayo, que tendrá una duración de trece meses.

³⁷⁰ La jurisprudencia del TCT (sentencia de 8 de abril de 1.987, RTCT 1.987, 7682 y precedentes) niega que sus efectos sean automáticos, condicionándola a la previa solicitud del interesado. En igual sentido, STSJ de Andalucía/Málaga, de 13 de diciembre de 1996 (A.S. 1996, 4070). El argumento esgrimido se basa en la dicción literal del art. 45, que dice “podrá suspenderse” y no “se suspenderá”. Ahora bien, el redactado afecta a todas las causas del art. 45 y nadie se plantea que en el resto de supuestos (salvando a los que reciben tratamiento especial, como la excedencia o las causas que afectan a la esfera empresarial) haya de solicitarse. La comunicación al empresario no es propia de esta causa suspensiva, sino común a todos los supuestos.

³⁷¹ Por tanto, se regula la privación de libertad legítima con vistas al procesamiento del detenido. El supuesto no englobaría, por tanto, el secuestro del trabajador, que debería reconducirse a la fuerza mayor. Con anterioridad a su inclusión como supuesto específico en el art. 45 ET, la doctrina se debatía en torno a su consideración como supuesto de fuerza mayor (cfr. VIDA SORIA: *La suspensión...*, op.cit., ps. 195 y ss.), equiparándolo las más de las veces a un incumplimiento contractual sobre la base de la voluntariedad de la conducta sometida a enjuiciamiento criminal, y, en otras ocasiones, a una dimisión tácita (puede hablarse, por tanto, de la existencia de dos criterios o líneas jurisprudenciales fundamentales: el criterio subjetivo y el criterio objetivo). Incluso alguna resolución administrativa optaba por tal solución: así, la Resolución del Ministerio de Trabajo, de 17 de noviembre de 1933, en la que se afirmaba que “la privación de la libertad es un evento imprevisible, o que previsto es inevitable...”, quedando, por tanto, justificadas las faltas repetidas de asistencia al trabajo. Por lo demás, la hipótesis de privación de libertad legítima incluye tanto la detención policial o gubernativa como la judicial (V. la sentencia que se comenta en la siguiente nota). Sobre la evolución legal de tal causa de suspensión vid. la síntesis histórica que realiza el TSJ de Andalucía/Málaga, de 13 de diciembre de 1996 (Ponente: Sr. D. Luis Jacinto Maqueda Abreu), A.S. 1996, 4070.

Código penal³⁷² (o en el correspondiente texto penal de cualquier otro Estado donde sea juzgado), se ve apartado temporalmente de su puesto de trabajo. Se trata, pues, de evitar que ello le represente perjuicios adicionales a los que se derivan de su propio procesamiento, en tanto no recaiga sentencia condenatoria, es decir, mientras se mantengan los efectos del principio de presunción de inocencia.

Una vez recaída sentencia, salvo si es condenatoria, en cuyo caso procederá la extinción del contrato ex art. 54.2 a) ET, el trabajador deberá reincorporarse a su puesto de trabajo.

Puesto que la finalización³⁷³ del periodo suspensivo se liga a la existencia de sentencia, en cuanto ésta se dicte por el tribunal competente (sin necesidad de que sea firme) tendrá lugar, de modo automático, la extinción de la suspensión y, por tanto, procederá el reingreso. Ahora bien, ¿qué conclusión debe extraerse del hecho de que el ET haga alusión a la existencia de condena, y no a la mera recaída de sentencia? Dicha inconcreción da lugar a dos órdenes de problemas:

1. Parece estar entendiendo que la sentencia condenatoria siempre dará lugar al cumplimiento de condena de privación de libertad que, en consecuencia, dejará de legitimar las ausencias al trabajo, habilitando al empresario para dar por extinguido el contrato en virtud del art. 54.2 a) ET, pues a partir de la sentencia condenatoria desaparece la causa de suspensión y renacen las obligaciones propias de la relación laboral³⁷⁴. Sin embargo, cabe que la sentencia condenatoria no dé lugar al cumplimiento de condena, en aplicación de los arts. 80.1 y 58 del Código penal: es decir, cuando proceda la remisión condicional o suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, o cuando ésta ya se haya cumplido preventivamente³⁷⁵. Si se tiene en cuenta que la circunstancia se contempla como suspensiva porque impide la asistencia al trabajo, deberá concluirse que también en caso de sentencia condenatoria, puesto que no se reconoce la

³⁷² “Sin embargo, no puede extenderse esta reserva del puesto de trabajo fuera de los casos en que se quede bajo dependencia policial o judicial, verdadera causa involuntaria que imposibilita la asistencia al trabajo” (STSJ de Navarra, de 1 de septiembre de 1.994, *Actualidad Laboral*, núm. 4, 1.995, ref. 135, ps. 257-258). La sentencia de referencia juzgaba un caso de conexión de situaciones suspensivas: incapacidad temporal y privación de libertad, negando tal posibilidad en el caso juzgado, porque había existido un periodo intermedio entre ambas situaciones en el que se había observado una falta injustificada al trabajo (concretamente, se había abandonado el territorio español) amparada en el art. 54.2 del texto estatutario.

³⁷³ En cuanto al inicio de la suspensión, se liga a la puesta en práctica del auto por el que se decreta la prisión preventiva. Dicho auto deberá ser comunicado al empresario a efectos de la debida justificación de la ausencia. STS de 16 de mayo de 1.988 (R.J. 1.988, 4983).

³⁷⁴ STS de 28 de febrero de 1990 (R.J. 1990, 1247).

³⁷⁵ Dispone el art. 80.1 del Código penal (LO 10/1.995, de 23 de noviembre) que “los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada...” El art. 58 establece que “el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada...”

circunstancia como motivo legal de extinción automática de la relación (salvando el supuesto de que la conducta constitutiva de delito sea motivo de incumplimiento legitimador del despido³⁷⁶), procederá el reingreso³⁷⁷, si concurre una de las circunstancias especiales que acaban de mencionarse³⁷⁸. Todo ello sin perjuicio de que, como pena accesoria o incluso como pena principal, se imponga la inhabilitación profesional o la privación del permiso de conducir cuando sea inherente al puesto de trabajo desempeñado.

2. Parece negar el derecho a la suspensión en caso de que la sentencia condenatoria sea recurrida, pues de suceder así, no sería posible el reingreso por prolongarse la privación de libertad. Al respecto ha entendido la jurisprudencia que la necesaria defensa del derecho al recurso del condenado exige prorrogar la situación de suspensión (SSTS de 29 de abril de 1.985 y de 28 de febrero de 1.990³⁷⁹).

- Suspensión de sueldo y empleo, por razones disciplinarias.

Se trata, frente a la mayor parte de supuestos -de origen externo al desarrollo del trabajo o a la empresa- de una circunstancia conectada directamente con la prestación laboral³⁸⁰, en tanto constituye una medida adoptada por el empresario

³⁷⁶ “Al no ser por sí solas la detención y la prisión causa suficiente del despido disciplinario” (STSJ de Madrid, de 14 de septiembre de 1.992, A.S. 1.992, 4426). Algunas Reglamentaciones de trabajo autorizaban el despido cuando la condena fuera por determinados delitos, que pudieran implicar para la empresa desconfianza respecto de sus autores. Hoy sería difícilmente admisible una cláusula similar en un convenio colectivo, por su carácter generalizador y restrictivo, contrario al principio constitucional de presunción de inocencia (no obstante, el TS admite la validez de la cláusula cuando se adjunta a un contrato individual de trabajo en un caso en el que la prestación contratada es la de croupier, por tratarse de profesión en la que se exigen unas especialísimas condiciones de honorabilidad y probidad: STS de 15 de julio de 1.986, R.J. 1.986, 4140).

³⁷⁷ En contra, ALONSO GARCÍA (op.cit., p. 564), que -a pesar de afirmar que la sentencia condenatoria no consistente en privación de libertad deja subsistente la suspensión- opta por la resolución del contrato, “al serle imputables como faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo las correspondientes a los días que estuvo privado de libertad”. Sin embargo, el precepto no alude a la posible culpabilidad penal del trabajador (con mayor razón si la misma es de índole extralaboral), cuya voluntariedad haga injustificadas las ausencias laborales, sino meramente a la privación de libertad durante toda la sustanciación del proceso: la sentencia condenatoria no puede tener efectos retroactivos restrictivos, legitimadores del despido, en virtud del art. 9.3 CE, aunque no se trate de norma penal sino laboral.

³⁷⁸ En materia de Seguridad Social, no existe doctrina unánime sobre su consideración como situación asimilada al alta, por falta de previsión legal expresa.

³⁷⁹ R.J. 1.985, 1931 y 1.990, 1247. La primera de ellas afirma que “el trabajador, mientras no se produzca la condena de sentencia firme, está amparado por la presunción constitucional de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española”. Otros autores (MONTROYA MELGAR y CARRO IGELMO) consideran que procede el despido por ausencias injustificadas al trabajo y, siendo revocada la sentencia, nace un derecho preferente al reingreso similar al de la excedencia voluntaria (CARRO IGELMO)

³⁸⁰ Entre éstas se halla la incapacidad temporal derivada de contingencia profesional -accidente de trabajo o enfermedad profesional-, la huelga o el cierre patronal, y las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

frente a una conducta laboralmente sancionable del trabajador³⁸¹. Tiene, por tanto, carácter voluntario, a instancia del empresario (en uso de su poder disciplinario), aun cuando se somete a condición previa: que la conducta sancionable esté tipificada en norma colectiva, ex art. 58 ET, en la que se determinará la duración de la suspensión³⁸².

- Fuerza mayor temporal.

Éste y el supuesto contemplado en la letra j) (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), ambos de carácter colectivo (como la huelga y el cierre patronal, no afectan a una sola relación de trabajo, sino a un colectivo), reciben tratamiento singularizado en el art. 47 ET. En ambos casos existe una identidad absoluta con las circunstancias que dan lugar a la extinción del contrato, hasta el punto de que la definición del supuesto se remite a las normas reguladoras de la extinción. Ello permite hablar de un efecto escalonado de una misma causa, en función de su hipotética temporalidad o su carácter definitivo, dando lugar en el primer caso a la suspensión del contrato y en el segundo a su extinción. Asimismo, permite justificar la suspensión como “mal menor” o mecanismo dirigido a evitar la extinción del vínculo (como resulta configurada la institución por alguna doctrina, según se expuso en anteriores epígrafes)³⁸³.

Se tipifica en este caso como motivo específico de suspensión lo que en otras épocas la doctrina ha considerado fundamento último de toda suspensión contractual: la fuerza mayor, en la que se entendían englobadas todas las circunstancias que, ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación laboral, tenían la virtualidad de impedir la ejecución del contrato³⁸⁴. La vigente regulación reduce dicho fundamento a una de las posibles hipótesis suspensivas. En cuanto a lo que deba entenderse por fuerza mayor, baste la remisión a lo ya tratado en el primer epígrafe de este capítulo.

Respecto de los efectos de la fuerza mayor, que deberá ser temporal -ya que en caso de ser definitiva motivará la extinción del contrato-, su efecto suspensivo está

³⁸¹La causa tiene reminiscencias del Derecho funcional, encajando en una de las dos definiciones que el *Diccionario de la RALE* da del término suspensión: “privar temporalmente a uno del sueldo o empleo que tiene”, como corrección gubernativa.”

³⁸² En materia de Seguridad Social, no existe doctrina unánime sobre su consideración como situación asimilada al alta, por falta de previsión legal expresa.

³⁸³ V. sobre el particular AA.VV.: *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*, Madrid (FDUM), 1.970 y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*. Civitas, Madrid, 1.992.

³⁸⁴ En opinión de VIDA SORIA (*Comentarios...* op.cit., p. 64), “estos casos de fuerza mayor que impidan la asistencia al trabajo (...) son supuestos prácticos de muy corta duración, que no llegan a abocar con una decisión extintiva por parte del empleador”, “y que la enunciación normativa del supuesto sirva más para saber que los efectos jurídicos son los típicos de la suspensión que para formalizar un supuesto de suspensión”.

condicionado por el art. 47.2 a la tramitación de un procedimiento especial de carácter administrativo que se regula en el art. 51.12 ET y en los arts. 17 a 19 del RD 43/1.996, de 19 de enero, consistente en la constatación de la realidad de la causa por la autoridad laboral, a través de un expediente administrativo³⁸⁵. Es el empresario quien incoa su efectividad suspensiva, ya que no basta con el mero hecho constitutivo de la fuerza mayor para que el contrato se dé por suspendido, sino que, según se colige del art. 51.12, la suspensión debe ser solicitada y probada su existencia y sus efectos imposibilitantes de la ejecución del contrato por el empresario, siendo la autoridad laboral la que disponga su inicio.

La suspensión por esta causa se iniciará en el momento en el que se produzca la fuerza mayor, a pesar de que la fecha en la que se dicte resolución administrativa acordando la suspensión sea posterior (art. 51.12, 3º: "...surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor")³⁸⁶. Sin embargo, la prestación económica a la que dicho reconocimiento da lugar -subsidio de desempleo- no nace sino desde el momento en el que se verifica la situación de desempleo involuntario, que se identifica, en virtud de los arts. 208 y 209 LGSS en relación con el art. 22.5 del RD 625/1.985, con el de la resolución del expediente administrativo³⁸⁷.

En dicha resolución deberá acordarse la duración del periodo suspensivo, que se ajustará a la hipotética vigencia de los efectos de la fuerza mayor (es decir, en tanto no se resuelvan las consecuencias que ésta ha provocado y que han motivado la necesidad de suspender las relaciones laborales de parte del personal de la empresa).

Debe añadirse, para finalizar, que la fuerza mayor no puede entenderse referida sólo al supuesto que regula el art. 47 y que se manifiesta en una imposibilidad para ambas partes de ofrecer y prestar el trabajo. Los límites de la hipótesis no deben ser tan estrictos que no admitan la inclusión de circunstancias extraordinarias que, siendo reconducibles al concepto común (art. 1105 C.c.) de fuerza mayor,

³⁸⁵ La tramitación del referido expediente se inicia mediante solicitud de la empresa (que habrá de adjuntar los medios de prueba necesarios respecto de la veracidad de la circunstancia y sus efectos, y simultáneamente informar a los representantes de los trabajadores). La autoridad laboral dictará resolución en el plazo de cinco días desde la solicitud. Art. 51.12 ET, al que remite el art. 47.

³⁸⁶ STSJ de Aragón, de 1 de febrero de 1.995 (A.S. 1995, 467).

³⁸⁷ En tal sentido, ALBIOL MONTESINOS ("La extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor", en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. EDESA, Madrid, 1.989, Tomo IX, vol. 2), VIQUEIRA PÉREZ (*La prestación por desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.990, p. 133), y DESDENTADO BONETE y MERCADER UGUINA (*El desempleo como situación protegida*. Civitas, Madrid, 1.996, p. 77). Afirman los últimos, reinterpretando el sentido del art. 51.12 ET, que "para que exista desempleo, debería acreditarse también la decisión empresarial que extingue (*suspende*) los contratos y sólo a partir del cese comienza la situación legal". En el mismo sentido, las Sentencias del TCT de 7 de noviembre de 1.988 (RTCT 1.988, 7742) y del TS (R.J. 1.989, 7465). Con ello se vienen a equiparar las situaciones de la relación laboral y de la de Seguridad Social, eliminando el posible desfase entre ambas.

imposibilitan la prestación del trabajo. El supuesto paradigmático es el del secuestro del trabajador, raras veces aludido por la doctrina (excepcionalmente, GRANELL RUIZ y CABANELLAS³⁸⁸) y, sin embargo, tan presente hoy en la memoria colectiva. En estos casos, la suspensión se prolongará durante todo el tiempo que dure la detención ilegal y, por supuesto, no cabrá exigir comunicación alguna al trabajador (dicha obligación se trasladará en todo caso a persona interpuesta).

- Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

El texto originario³⁸⁹ hablaba de “causas económicas o tecnológicas que impidan la prestación y aceptación del trabajo”, por tanto que puedan afectar a la organización empresarial y deriven en la imposibilidad de la prestación laboral. La redacción actual del precepto alude con mayor claridad al origen de la causa suspensiva, que se hallará siempre en la esfera empresarial, constituyendo manifestación de la excesiva onerosidad sobrevenida³⁹⁰, que asume el Sistema

³⁸⁸ GRANELL RUIZ : “El secuestro ante el Derecho Laboral” (en *Gaceta del Trabajo*. T. 36) y CABANELLAS: op.cit., p. 117. También HERNAINZ MÁRQUEZ, M.: “Los secuestros como accidentes de trabajo”, en *Revista de Trabajo*, núm. 2, 1944. Si bien todos ellos prefieren reconducir el secuestro a accidente de trabajo en tanto se ocupan de aquella detención ilegal que tiene como móvil alguna circunstancia relacionada con el trabajo que se desarrolla. Ahora bien, aun en tal caso, la asimilación a accidente de trabajo no serviría de nada si el secuestro no provocase una incapacidad para el trabajo, es decir, alguna enfermedad o lesión incapacitante, temporal o permanentemente. Más recientemente, MARÍN RICO (“Las causas de suspensión del contrato de trabajo descritas en los apartados g) y h) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1.994, p. 144) ha aludido al secuestro, pero con objeto de excluirlo de la categoría de la suspensión, considerándolo más bien como causa de extinción tipificada en el art. 49.1 h) ET. Sin embargo, incurre en contradicción al afirmar más tarde que la detención ilegal “será, sin duda, un caso de fuerza mayor temporal”.

³⁸⁹ El precedente legislativo se encuentra en el art. 92 LCT 1931 (que remitía su regulación a pacto colectivo) y en el art. 80 LCT, en el que se establecía que la relación de trabajo “podrá ser suspendida temporalmente por causa no prevista ni imputable al empresario cuando existan motivos fundados, a juicio de la Delegación de Trabajo o de la Dirección General de Trabajo, según se trate de industria provincial o nacional”. Con anterioridad, la Ley de 21 de noviembre de 1931 recogía una causa similar, si bien se remitía a regulación en pacto colectivo y contrato individual. La eficacia de la causa se sometía también a un procedimiento, el previsto en el Decreto de 26 de enero de 1944 y la Orden Ministerial de 5 de abril del mismo año. En dicha orden se recogían, en desarrollo del art. 76 LCT, como circunstancias motivadoras de suspensión las previstas en el art. 92 de la LCT de 1931: la fuerza mayor debida a carencia de materias primas o la falta de suministro de energía, la crisis laboral o económica, la enfermedad del empresario. V. al respecto BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO: *Extinción del contrato de trabajo*. I.E. Reus, Madrid, 1945, ps. 263 y ss.

³⁹⁰ SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: “El hecho obstativo de la ejecución en los contratos indefinidos y en los contratos por cierto tiempo”, *17 lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*. Madrid, 1.970. ÁLVAREZ ALCOLEA (op.cit., p.28), siguiendo a LARENZ, entiende que tanto en este caso como en el de fuerza mayor -entre los que se aprecia una identidad casi absoluta- existe una desaparición de la base objetiva del negocio (“entendida ésta como conjunto de circunstancias y estado general de cosas cuya subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato pueda continuar teniendo vida”), porque se ha destruido la relación de equivalencia

público de previsión, cubriendo la situación con un subsidio de desempleo (art. 208 LGSS)³⁹¹.

La suspensión del contrato opera en este caso a iniciativa del empresario³⁹², según establece expresamente el at. 47.1, que condiciona dicha facultad, sometiéndola, en garantía de los derechos de los trabajadores afectados, a la tramitación de un procedimiento formal de regulación de empleo, para cuya regulación se remite al art. 51 ET y a "regulación reglamentaria"³⁹³). A su vez, se dispone en el segundo párrafo del art. 47.1 que la medida -la suspensión de los contratos- sólo procederá, por tanto sólo en tal caso se autorizará, cuando sea absolutamente necesaria -y así se pruebe ("cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente")- para superar una situación "de carácter coyuntural de la actividad de la empresa". Se trata o bien de una situación económica negativa³⁹⁴ o, si las causas aducidas son técnicas, organizativas o de producción, de garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos³⁹⁵.

entre prestación y contraprestación o porque ha resultado definitivamente inalcanzable la común finalidad objetiva del contrato (fuerza mayor en sentido estricto).

³⁹¹ La relación jurídica de Seguridad Social no queda afectada por dicha situación suspensiva, ya que el art. 214 LGSS dispone el mantenimiento de la obligación de cotizar del empresario, reduciéndose tan sólo la cuota por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (se realizará tomando la tarifa correspondiente a los trabajadores en periodo de baja (epígrafe 126), sea cual sea el tipo de trabajo realizado, D.A.2ª Orden de Cotización de 26 de enero de 1.998) y acomodándose la base de cotización según las reglas del art. 8 de la misma Orden (será el promedio de las bases de los últimos seis meses de ocupación cotizada anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en el que cesó la obligación de cotizar).

³⁹² No obstante, el número 9 del art. 51 reconoce tal facultad también a los trabajadores, a través de sus representantes legales, en el caso de que racionalmente se presumiera que la no incoación del expediente por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación.

³⁹³ Dicha regulación reglamentaria está constituida por el Real Decreto 43/1.996, de 19 de enero, *por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos*, con las especialidades del art. 20.

³⁹⁴ Dicha situación se concreta, según GARCÍA FERNÁNDEZ, en un desequilibrio con reflejo contable en la cuenta de pérdidas y ganancias de la empresa (GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo: determinación, formalización, prueba y control judicial", AL, 1.995, N° 5) y según BLASCO SEGURA (op.cit., p. 203), en un deterioro general de los soportes de gestión (contratos de suministro o exclusivas, permisos...) que repercute en la producción de la empresa.

³⁹⁵ A juicio de TOVILLAS ZORZANO, "el bien protegido por la norma no es tanto la conservación del patrimonio de la empresa como su mantenimiento o supervivencia en cuanto ente generador de puestos de trabajo" (TOVILLAS ZORZANO, J.J.: "Las alteraciones en el contenido del contrato de trabajo". *Revista de Economía Social y de la Empresa*, núm. 20, 1.995, p. 171). Por ello se exige que "no sólo deben demostrar una mala situación económica que justifica la suspensión de contratos; además tienen que acreditar que la suspensión de contratos es una medida adecuada para combatir ese signo desfavorable en la situación de la empresa; y finalmente deben garantizar, de algún modo, que tras el periodo de suspensión la recuperación económica es posible" (BLASCO SEGURA, B.: "La suspensión del contrato de trabajo: los apartados i), j) y m) art. 45 del Estatuto de los Trabajadores", op.cit., p. 178).

En cuanto a la tramitación del expediente dirigido a la autorización de la suspensión, son de aplicación las normas propias del despido colectivo, con unos ligeros retoques: la duración del periodo de consultas preceptivo se reduce a la mitad (será en todo caso de quince días naturales, art. 20 RD 43/1.996), así como la documentación justificativa, que será “la estrictamente necesaria” (que se identifica, según el art. 20 b) del RD 43/1.996, con “la acreditación de que se trata de una situación coyuntural de la empresa”). Tampoco será de aplicación el límite relativo al número de trabajadores afectados por la medida, ya que no existe procedimiento alternativo al que referirse (no resultaría de aplicación las normas previstas para el supuesto al que remite el art. 51 en caso de ser el número de afectados inferior al establecido en el mismo, es decir, el del despido objetivo, porque no existe en este supuesto más procedimiento que la acreditación de la decisión³⁹⁶ y la comunicación realizada por el empresario, así como la puesta a disposición de una indemnización, que tampoco procede aquí³⁹⁷, por dar lugar al nacimiento del subsidio de desempleo). Es decir, en todo caso, sean uno o varios los trabajadores afectados, será de aplicación la tramitación prevista para el despido colectivo³⁹⁸, con exclusión del número 1 -salvo el segundo párrafo- del art. 51³⁹⁹. Ésta pasa por la solicitud de autorización administrativa y la apertura de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores -a través de escrito dirigido a los mismos-. La resolución de la autoridad laboral queda aplazada hasta la finalización del periodo de consultas, haya o no acuerdo⁴⁰⁰.

La medida tendrá efectos desde el momento en el que se dicte la resolución administrativa (sea expresa o tácita ex art. 51. 5), según establece el art. 15 del RD

³⁹⁶ A tal efecto establece el art. 52 c), en la redacción dada por el Real Decreto-ley 8/1.997, de 16 de mayo, *de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida*, que “el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”.

³⁹⁷ Así lo afirma expresamente la Exposición de Motivos del RD 43/1.996, de 19 de enero, en su párrafo cuarto: “(...los supuestos de suspensión) no requieren el carácter de colectivas, aunque conforme al artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, el procedimiento salvo determinadas especialidades es el recogido en el artículo 51 de la norma estatutaria.”

³⁹⁸ Por tanto, las garantías son mayores para este supuesto de suspensión que para el caso de que el mismo número de trabajadores sean objeto de un despido objetivo. El principio de estabilidad del empleo parece haberse trasladado su aplicación desde el ámbito que le es propio -la extinción contractual- a la esfera de la suspensión del contrato.

³⁹⁹ Tampoco resulta de aplicación el párrafo segundo del art. 51.3, ni los números 8 y 10 a 12.

⁴⁰⁰ A partir de este momento, dispone de un plazo de quince días para dictar resolución, que será motivada y congruente con la solicitud empresarial. Procederá la autorización cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que las medidas propuestas por la empresa son necesarias (art. 51. 6).

43/1.996. Por tanto, la suspensión no se iniciará hasta tal momento⁴⁰¹, prolongándose por todo el tiempo que se haya acordado en las preceptivas consultas con los representantes de los trabajadores o, en su caso, en la resolución administrativa.

- Excedencia forzosa.

Dadas las peculiaridades que rodean a la figura de la excedencia, tanto forzosa como voluntaria, resulta preferible abordar su examen de forma independiente, Además, siendo una de las causas motivadoras de la excedencia el nacimiento de hijos, es obligado realizar un estudio en mayor profundidad, aunque su extensión no alcance el de la suspensión “simple” por maternidad.

- Ejercicio del derecho de huelga y Cierre legal de la empresa⁴⁰².

Se trata de dos causas que tienen un carácter común: constituyen medidas de presión de origen y trascendencia colectiva⁴⁰³, aunque provengan de sujetos distintos: el trabajador -huelga- y el empresario -cierre patronal⁴⁰⁴-. Ambos son

⁴⁰¹ Según la STSJ de Castilla-La Mancha, de 18 de marzo de 1997 (A.S. 1997, 1174), "sus efectos se producirán, como máximo, desde que se decida por el empresario hacer uso de tal autorización".

⁴⁰² La causa estaba prevista en la LCT de 1931 (art. 91: "las huelgas o los lock-outs en general no rescindirán el contrato de trabajo"), pero no en la de 1944 (las Declaraciones IX, 1 y XI,3 del Fuero del Trabajo los tipificaban como delitos "de lesa Patria", objeto de sanción, y la Ley de Seguridad del Estado, de 19 de marzo de 1941 y el Código Penal -art. 222- los convertían en delitos sancionables penalmente). Hoy ambas causas de suspensión, amparadas constitucionalmente, sólo se someten al requisito de la legalidad, más estricto en el supuesto del cierre patronal (incluso el ET hace referencia al cierre *legal* de la empresa), ya que únicamente se admite "con la exclusiva finalidad de preservar, a las personas, a las cosas o a las instalaciones de un peligro notorio o cuando la conducta de los trabajadores impida gravemente el proceso normal de producción", por ser el cierre un mecanismo de defensa, frente a la huelga, en la que se persigue una reivindicación (BLASCO SEGURA, B.: "La suspensión del contrato de trabajo: los apartados i), j) y m) art. 45 del Estatuto de los Trabajadores", op.cit., p. 82). V. al respecto, GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *El cierre patronal*, Ariel, Barcelona, 1.990. Entre la doctrina italiana, V. LAVAGNINI (op.cit., p. 86), que se hace eco de la opinión generalizada que rechaza la caracterización del cierre patronal como supuesto de suspensión ("in conclusione la serrata, quale fatto interruttivo della prestazione di lavoro per causa che riguarda l'imprenditore è assolutamente estranea alla sospensione"), siendo, por el contrario, un incumplimiento contractual que da derecho al trabajador a rescindir el contrato ex art. 2119 C.c. cuando el empresario no cumpla su obligación retributiva, que se conserva durante tal periodo.

⁴⁰³ Que el derecho de huelga sea un derecho individual de ejercicio colectivo significa que, si bien el trabajador puede decidir libremente en cuanto a su adhesión y separación a la misma, queda limitado por las condiciones que marca la convocatoria de huelga, que afectarán especialmente a la duración temporal de la misma (STC 126/1.992).

⁴⁰⁴ El supuesto no incluye la eventual clausura temporal de la empresa o paralización de sus actividades, como sanción administrativa o como medida de prevención de riesgos al amparo del art. 53 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de *Prevención de Riesgos Laborales*, porque en tal caso no existe suspensión de los contratos, ya que el trabajador mantiene su derecho al salario, siendo *mora credendi culpata* reconducible al art. 30 ET. En sentido contrario, CARRO IGELMO (*Curso de Derecho del Trabajo*, Bosch, Barcelona, 1.985, ps. 447-448), que asimila ambos supuestos en lo

derechos constitucionalmente reconocidos en el art. 37.2, si bien sólo el de los trabajadores, por ser persona física, está dotado de especiales garantías, al regularse entre los derechos fundamentales de la persona (Título I, Capítulo Segundo, Sección 1ª, art. 28⁴⁰⁵).

El art. 45 concede, del mismo modo que respecto de otros derechos (v.gr., acceso a cargos representativos, art. 23 CE) y deberes (v.gr., cumplimiento del servicio militar, art. 30 CE), efectos suspensivos al ejercicio de un derecho (al que también da reconocimiento en el art. 4.1. d) y e), definido por ALONSO OLEA como "la suspensión colectiva y concertada en la prestación de trabajo por iniciativa de los trabajadores"⁴⁰⁶.

En cuanto a su régimen de ejercicio, la huelga destaca frente al resto de supuestos por no ser necesaria su comunicación: basta la adhesión a la huelga (que, en cuanto su convocatoria es colectiva, sí debe ser objeto de preaviso al empresario) para dar por suspendido el contrato, lo cual obligará al empresario a realizar una mínima tarea indagatoria (STS de 1 de octubre de 1.992⁴⁰⁷).

La duración del periodo suspensivo se prolongará mientras se mantenga la situación de huelga o el cierre patronal, siempre que éstas se sometan al régimen jurídico previsto en el RDL 17/1.977, de 4 de marzo, *sobre Relaciones de Trabajo*⁴⁰⁸, y la jurisprudencia constitucional que lo interpreta (fundamentalmente, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC de 8 de abril de 1.981⁴⁰⁹)⁴¹⁰, teniendo lugar la reincorporación de manera inmediata a su finalización.

En lo que respecta a la relación jurídica de Seguridad Social, ambas situaciones implican dos tipos de efectos. En virtud del art. 106. 5 LGSS, se produce el cese en la obligación de cotizar (salvo suscripción de convenio especial con la Administración de la Seguridad Social, art. 12 OM de 18 de julio de 1.991), que será parcial si la huelga también lo es (se deberá la cuota correspondiente a las horas

que a efectos suspensivos se refiere, ALONSO GARCÍA (op.cit., p. 567) y SALA FRANCO et al. (*Derecho del Trabajo*, Tirant lo blanch, 1997, p. 656).

⁴⁰⁵ Considera VIDA SORIA (*Comentarios...*, op.cit., p. 70) que, puesto que el cierre patronal únicamente se admite como medida válida de presión en respuesta a la previa huelga de los trabajadores, la causa suspensiva que regula el art. 45. 1 m) está dirigida a dar solución a la situación de los trabajadores no huelguistas.

⁴⁰⁶ La definición es citada por J. A. SAGARDOY BENGOCHEA en el *Diccionario Jurídico Espasa*. Espasa Calpe, 1991, voz "huelga", p. 470.

⁴⁰⁷ R.J. 1.992, 7771.

⁴⁰⁸ El art. 6.2 de dicho texto establecía que "durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador no tendrá derecho al salario".

⁴⁰⁹ STC 11/1.981, de 8 de abril (BOE de 25 de abril). Asimismo, STC 72/1.982, de 2 de diciembre (BOE de 29 de diciembre).

⁴¹⁰ Ésta es la razón de que se sustituyera la redacción de proyecto "-participación en huelga"- por la de "ejercicio del derecho de huelga", que permite deducir que sólo justificará la suspensión el ejercicio legítimo del derecho, no la simple participación en la huelga (que puede ser ilegal).

trabajadas). Y, en segundo lugar, la situación se convierte en alta especial en la Seguridad Social (arts. 6.3 RDL 17/1.977 y 125.6 LGSS), lo cual significa que el trabajador no tiene derecho a la prestación económica por incapacidad temporal generada en el mismo periodo ni a las prestaciones por desempleo (sí a la sanitaria).

- Nueva contratación bajo relación laboral especial de alta dirección (art. 9 RD 1382/1.985, de 1 de agosto).

El art. 9 del RD 1382/1.985, por el que se crea este supuesto especial de suspensión, no regula el régimen jurídico del mismo⁴¹¹. Ante tal silencio, cabe deducir que le será de aplicación el previsto en los arts. 45 y siguientes del ET. Sin embargo, la redacción del art. 9.3 parece excluir la posibilidad de que los efectos de tal suspensión sean equiparables a los del art. 45.2, ya que establece que “al extinguirse la relación laboral especial, el trabajador tendrá la opción de *reanudar* la relación laboral de origen”. Debe entenderse, por tanto, que el periodo transcurrido en la nueva relación -la de personal de alta dirección- no constituye periodo de servicios computable a efectos de antigüedad en el puesto de origen, ya que el inicio de aquélla había supuesto la total paralización de la anterior: a diferencia de la suspensión que podríamos denominar común, esta suspensión “especial” implica el cese *total* de efectos del contrato. No despliega ningún efecto porque los está desplegando el nuevo contrato. Y, careciendo de efectos, tampoco tendrá eficacia en el terreno del cómputo de antigüedad y demás derechos que de ésta se derivan.

La anterior conclusión puede deducirse asimismo del régimen de indemnizaciones previsto para la extinción del contrato especial, en el que sólo se toma en cuenta, a efectos del cálculo de su cuantía, el periodo de tiempo que duró la misma, prescindiendo de la antigüedad que generó la relación común, y que sería tenida en cuenta para el cálculo de la indemnización adicional que procediera en la hipótesis de que se diera por extinguido también este contrato⁴¹². Por tanto, generados tales efectos, consustanciales al contrato especial, no puede desplegar mayor eficacia posterior para en su día incrementar la indemnización por despido, porque, de haber ocurrido ello simultáneamente, no habría procedido el cómputo. El argumento es, en definitiva, que se trata de dos contratos y que, por tanto, lo que acontezca con relación a uno no tiene por qué influir en el otro.

⁴¹¹ Su precedente legal, la Reglamentación Nacional de Trabajo en Prensa, sí establecía expresamente en su art. 49 que no habría “pérdida de ninguno de sus derechos”.

⁴¹² SSTs de 22 de enero y de 27 de marzo de 1.990, R.J. 1.990, 178 y 2355. El Fundamento de Derecho Cuarto de la última de las sentencias citadas dice: “el Decreto 1382/1.985 quiere mantener separadas, como lo prueba la redacción de su art. 9.3, las indemnizaciones que corresponden a los periodos sucesivos de prestación de servicios como trabajador de régimen común y como alto cargo”.

Que la extinción de un contrato y posterior reanudación del anterior, ambos con la misma empresa, suponga la pérdida de la antigüedad adquirida durante la vigencia del segundo contrato no resulta, sin embargo, justo para el trabajador, que ha permanecido prestando servicios efectivos para la empresa, en uno o en otro puesto (es, además, contrario a lo dispuesto en el art. 11 f) y j) ET para los contratos formativos). Y, sin embargo, a nadie debe extrañar, puesto que se trata del mismo régimen aplicable a la sucesión de contratos temporales o conexión de contratos de carácter temporal cuando éstos son de diferente naturaleza (v.gr., contrato temporal al amparo del art. 15 ET y posterior contrato de prácticas, contratos de duración determinada al amparo de diferentes causas previstas en el art. 15...), puesto que se trata indudablemente de dos contratos diferentes, uno común y otro especial.

4.3. La excedencia

4.3.1. Consideraciones generales

La excedencia se enuncia en el art. 45.1 (sólo la forzosa) y se regula en el art. 46, cuyo primer párrafo establece:

“La excedencia podrá ser voluntaria o forzosa. La forzosa, que dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia, se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo. El reingreso deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al cese en el cargo público”.

En el número 2 se regula la excedencia voluntaria, en el tercero la excedencia por cuidado de hijos, en el cuarto la excedencia por desempeño de funciones sindicales de naturaleza representativa (o *excedencia sindical*) y en el sexto la posible ampliación de las anteriores causas de excedencia vía negociación colectiva⁴¹³. Por su parte, el número quinto regula los efectos de la excedencia sobre la conservación del puesto de trabajo.

La primera conclusión a la que se llega al efectuar la lectura de tal precepto es que el tratamiento de la excedencia en el ET es, ante todo, confuso. Los artículos incluidos en la referida sección inducen a equívocos, ya que el art. 45, que actúa como aglutinador de las situaciones que los siguientes preceptos regulan con mayor profundidad, enumerando lo que se entiende que son todas las causas de suspensión del contrato de trabajo, alude sólo a la excedencia forzosa, al configurarla como un supuesto de naturaleza y efectos similares a los de la suspensión "pura"⁴¹⁴.

⁴¹³ Dicha previsión no figuraba en el texto original del proyecto. Fue introducida gracias a una enmienda propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista.

⁴¹⁴ En la base de la excedencia forzosa existe una circunstancia justificante lo suficientemente poderosa como para determinar la suspensión contractual, una circunstancia dotada de idéntico

Olvida, por tanto, la voluntaria, que no aparece sino en el momento de ser regulada en el art. 46. Siendo más precisos, deberíamos decir que hace una exposición incompleta o inexacta, confundiendo la parte con el todo, en lugar de mencionar la “excedencia”, en la que debe entenderse comprendida la forzosa, pero también la voluntaria. La razón de ello es que el calificativo de “forzosa” que aparece en el enunciado del art. 45.1, dejando aparte la voluntaria, obedece a voluntad expresa del legislador, a iniciativa del Grupo Parlamentario Socialista, en el intento de dejar claro que la voluntaria carece de los efectos propios del resto de causas suspensivas, o, lo que es lo mismo, que la excedencia forzosa es un supuesto más de suspensión y que la voluntaria no lo es. Ahora bien, como contrapartida deja en el aire la naturaleza de la excedencia voluntaria.

Éste es el primer error que puede detectarse en el tratamiento estatutario de la excedencia y que, como reiteradamente ha señalado la doctrina, induce a confusión⁴¹⁵, porque en el siguiente artículo, el 46, sobre las “excedencias”, comienza estableciendo que “la excedencia podrá ser voluntaria o forzosa”.

A continuación se describe la naturaleza y efectos de la forzosa, pero en el siguiente número, cuando regula la excedencia voluntaria, sólo alude al régimen de ejercicio del derecho, no a sus efectos, y sólo tres números más adelante, en el quinto, alude a los efectos de la excedencia, *pero de la excedencia en general*, no de ninguna en particular⁴¹⁶. Es decir, establece el régimen de reingreso en la empresa sin referirlo a categoría alguna, cuando ya en el número 1 se habían dado por regulados los efectos

carácter al de las circunstancias que motivan la suspensión contractual del art. 45 ET y que justifica la inclusión del supuesto en dicho artículo.

⁴¹⁵ Entre ellos, MONGE RECALDE (op.cit., ps. 7 y. 23), quien denuncia el “resultado final poco brillante”, “confuso, contradictorio y hasta en ocasiones germen de situaciones irresolubles”, plagado de carencias y de contradicciones, que constituye el art. 45, siendo la regulación de las excedencias “ambigua”, “carente de sistemática” y “cuajada de importantes lagunas”, y que son fruto de la dificultad de tal tarea, no emprendida hasta el momento por ningún legislador, y de la imperiosa necesidad de consenso que caracterizó a los debates parlamentarios de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, a lo que se unía el carácter defectuoso del proyecto del Gobierno. De “graves dudas interpretativas” habla MONTOYA MELGAR (op.cit.), que las atribuye a la “pobreza técnica de la norma”.

⁴¹⁶ Éstos son algunos de los errores que pueden detectarse en la regulación de la institución. Así, el número 4, en el que se establece que “podrán solicitar el paso a la situación de excedencia...”, por razón del ejercicio de funciones sindicales en determinado ámbito... sin definir de qué figura se trata, si de la forzosa o de la voluntaria, como sí se indica en el número 1 respecto del cargo público (junto al cual debería haberse regulado), sino que es necesario acudir a la Ley Orgánica de Libertad Sindical, cuyo art. 9.1 b) expresamente alude a la excedencia forzosa y determina su régimen, creando, sin embargo, tal y como se señala por el Tribunal Constitucional en la sentencia 263/1994, de 3 de octubre, dos regímenes jurídicos diferenciados, en función de la representatividad del sindicato, confirmando a los representantes de aquellos más representativos el derecho a la excedencia forzosa, mientras que para aquellos otros sindicatos que no ostenten mayor representatividad se reserva la excedencia voluntaria (régimen que, a juicio del Tribunal Constitucional, “en una medida no despreciable se garantiza la permanencia del vínculo laboral y se facilita a las organizaciones no representativas el reclutamiento de cargos dirigentes, finalidad última de la regla que ahora se examina”, F.J. 5º).

de la excedencia forzosa. Por tanto, debe deducirse que la previsión afecta al resto de los supuestos. Sin embargo, no es ésa la solución, porque tampoco son éstos los efectos de la excedencia por cuidado de hijos, en la que sí existe una reserva de puesto de trabajo. Por consiguiente, debe desprenderse, realizando una interpretación sistemática, que la norma se refiere al supuesto de excedencia previsto en el número inmediatamente anterior (el cuarto: la debida al ejercicio de funciones sindicales de ámbito provincial o superior).

No obstante, dos razones se oponen a tal interpretación: 1ª, los preceptos concordantes (art. 48.3 ET, respecto de todo tipo de organización sindical, y, respecto de organizaciones sindicales más representativas, art. 9.1 b LOLS, y con anterioridad a ésta, art. 12 del Decreto de 23 de julio de 1.971, *de garantías de los cargos sindicales electivos*⁴¹⁷) permiten deducir (la LOLS lo establece expresamente) que tal excedencia no tiene carácter voluntario, sino que resulta equiparable a la excedencia forzosa por cumplimiento de cargo público; y 2ª, si se entiende referida a este supuesto, deja fuera a la excedencia voluntaria, cuando es ésta la que encaja perfectamente en tal regulación.

Sin duda, tales previsiones se desprenden de una idea presente en el legislador a la hora de dar redacción al precepto, según la cual sólo existe una *auténtica* excedencia forzosa y el resto debe considerarse excedencia voluntaria: de ahí que no se especifique en el número 5 a cuál se está refiriendo (porque se dirige a todas, salvo la del número 1, obviando el lapsus del número 4). Sea o no así, la construcción sigue siendo incorrecta, porque, incluyéndose una excepción como primer supuesto no puede introducirse más tarde una regla general, que, según las reglas de la gramática española, afectaría a todo el contenido de la regla anterior.

Tampoco se desprende claramente del texto legal, como acaba de verse, qué supuestos encajan en la excedencia forzosa y cuáles en la voluntaria, obligando al intérprete a realizar una labor verdaderamente ardua. Ello ha originado las más variadas clasificaciones doctrinales⁴¹⁸.

⁴¹⁷ Según dicho precepto, “los trabajadores que ostenten un cargo de representación sindical o de carácter público desempeñado en virtud de aquella investidura, podrán obtener la situación de excedencia en la empresa a la que presten servicio, si sus tareas sindicales o públicas exigen una dedicación incompatible con el cumplimiento habitual de sus obligaciones laborales, previo informe del organismo sindical o público respectivos. El tiempo de excedencia se computará como de servicio activo y el excedente tendrá derecho a ocupar la plaza o puesto de trabajo que venía desempeñando, siempre que se reintegre antes de un mes a partir de cese en el cargo. Si se produjera la reelección en segundo o ulteriores mandatos, el derecho futuro a reincorporarse se referirá a ocupar la primera vacante de su categoría o puesto de trabajo acorde con su aptitud profesional.”

⁴¹⁸ ALONSO GARCÍA (op.cit., ps. 565-566) distinguía, dentro de la excedencia voluntaria, tres supuestos diferentes: la excedencia voluntaria sin motivación exteriorizable ex art. 46.2, la excedencia voluntaria para atender al cuidado de cada hijo ex art. 46.3, y la excedencia colectivamente acordada ex art. 46.6. MONGE RECALDE (op.cit., p. 49) opta por una clasificación sistemática, basada en la estructura de su regulación por el ET, distinguiendo hasta cinco clases de

En definitiva, la técnica es indudablemente defectuosa, con mayor razón si se tiene en cuenta que la redacción originaria del precepto sí aludía expresamente a la excedencia voluntaria (“el reingreso del trabajador excedente voluntario está condicionado, en todo caso, a la existencia de vacantes de igual o similar categoría”), sustituyéndose en la redacción final por la fórmula ambigua de “el trabajador excedente”, lo cual da idea de que finalmente el legislador quería predicarla respecto de todos los supuestos previstos en el art. 46, no sólo de la excedencia voluntaria.

En cuanto a su régimen de ejercicio, tampoco dispone nada expreso el ET más que en lo que se refiere al reingreso.

4.3.2. Origen y evolución de la figura

En este tema resulta crucial el examen del nacimiento y la evolución de la figura, ya que ello permite explicar buena parte del confusionismo que rodea a la excedencia en su regulación y configuración jurídica actuales⁴¹⁹.

El origen de la figura ha de buscarse en la excedencia funcional⁴²⁰, que explica incluso la procedencia del término: el funcionario resultaba, por necesidades de organización del servicio en el seno de la Administración pública, excedente, o, lo que es lo mismo, sobrante, apartándosele, en consecuencia, del servicio, de su puesto de trabajo, de manera forzosa. Ésta es, por tanto, la “genuina” excedencia forzosa: la impuesta al trabajador al servicio de la Administración.

Su traslación al ámbito del trabajo asalariado en el sector privado, el ámbito regulado por el Derecho del Trabajo, lo ha despojado de su esencia, que ha quedado diluida, pues la figura ha sido recibida en este ámbito como un derecho del trabajador, en cuyas manos se residencia su ejercicio. Es este carácter voluntario lo que lo aleja de su homónimo primigenio, y lo conecta con el derecho a suspender voluntariamente

excedencia: 1ª la excedencia forzosa, 2ª la excedencia voluntaria, 3ª la excedencia por cuidado de un hijo nacido, 4ª la excedencia sindical, y 5ª las excedencias pactadas (en convenio colectivo). PALOMEQUE y ÁLVAREZ DE LA ROSA (op.cit., ps. 839-840) consideran asimismo como excedencia voluntaria de origen legal la que deriva de la Ley 53/1.984, de 26 de diciembre, de *Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas*; las STS de 2 de febrero, 8 de junio y 2 de julio de 1.990 (R.J. 1.990, 806, 5043 y 6043), entre otras, la conciben como “excedencia especial” no sometida al requisito de la antigüedad para su concesión. V. asimismo las SSTC 178/1.989 y 41 y 42/1.990, en las que se regula su régimen jurídico. La STC 263/1994, de 3 de octubre (RTC 1994, 263) atribuye expresamente la naturaleza de forzosa a la “excedencia sindical”: véase, si no, la claridad con la que se expresa en el F.J. 5º: “la excedencia forzosa es una modalidad de protección de los derechos de los trabajadores con cargo sindical...” Por otra parte, el hecho de que su reconocimiento sea parcial, por parte del art. 9.1 b) LOLS, no supone vulneración alguna del derecho de igualdad ni de la libertad sindical que consagra el art. 28.1 CE.

⁴¹⁹ Sobre el particular es especialmente interesante el recorrido histórico que realiza VIDA SORIA en los *Comentarios a las Leyes Laborales* (op.cit., ps. 99 a 103).

⁴²⁰ El término es de PEDRAJAS MORENO: *La excedencia laboral y funcional*. Madrid, 1.983.

su contrato de trabajo sin perder su puesto de trabajo, que el empresario viene obligado a reservarse para su reincorporación futura. Su configuración como derecho del trabajador no ha impedido seguir empleando la terminología de “excedencia *forzosa*”, contraponiéndola a la de excedencia *voluntaria*, también extraída del Derecho de la función pública, en el que tenía las mismas connotaciones que en el Derecho del trabajo: la configuración de la misma como derecho del funcionario a suspender su contrato temporalmente por propia voluntad.

La trasposición al Derecho laboral de la institución ha producido un acercamiento de ambas figuras o tipos de excedencia entre sí, diluyéndose algunas de las diferencias más marcadas que las separaban. Concretamente, se ha operado la desaparición del factor esencial de distinción: su imposición por parte del empleador “por propia conveniencia” (la Administración pública, única facultada para decidir sobre su procedencia) en un caso y el carácter voluntario de su nacimiento en el otro. Por otra parte, se ha eliminado su retribuididad, presente en la forzosa y ausente en la voluntaria (de manera que hoy ninguna tiene carácter retribuido), y sus efectos sobre la relación laboral en curso (cómputo de antigüedad a todos los efectos, sólo en la forzosa)⁴²¹.

Todo ello provocó, tras una primera recepción, más ajustada a su fuente originaria, en el Código de Trabajo de 1926⁴²², una confusión entre ambas figuras, llegando a tal punto la confusión terminológica (que incluso traspasó nuestras fronteras⁴²³), a la que en buena medida contribuyó su acogida por las Reglamentaciones de Trabajo (la LCT 1944 no recogía la figura expresamente⁴²⁴), que circunstancias tradicionalmente constitutivas de suspensión del contrato de trabajo se confundieran con la figura de la excedencia, de la que tomaron su denominación (y carácter *funcionarial*⁴²⁵). Así la maternidad, que aparecía bajo la denominación de

⁴²¹ Por una razón: su duración no se limitaba en la voluntaria.

⁴²² El art. 19 del mismo preveía la suspensión del contrato por incorporación a filas “para el personal del Estado, de la provincia o del municipio, o de establecimientos, empresas, sociedades intervenidas o subvencionadas o que tengan contratos con aquéllos, que desempeñen cargo en propiedad y que hubiera sido destinado a cuerpo del Ejército o de la Armada.”

⁴²³ En efecto, la figura es recogida por el Derecho del Trabajo de algunos países latinoamericanos. Es el caso de Argentina, cuya *Ley de Contrato de Trabajo* señala en su Exposición de Motivos que la figura, reconocida por vez primera en dicha ley, tiene origen fundamentalmente en el Derecho español.

⁴²⁴ CARRO IGELMO alude al silencio legal y doctrinal en torno al tema y nos recuerda que, a pesar de ello, “había que considerar como situaciones de tal naturaleza el servicio militar o el ejercicio de funciones públicas”, reguladas en el art. 79.2 LCT (*La suspensión del contrato de trabajo*, op.cit., ps. 167 y 451).

⁴²⁵ VIDA SORIA (“La suspensión...”, op.cit., p. 66) explica la introducción de la figura en el Ordenamiento laboral como inquietud estatutarista del régimen político del momento, nacido de la concepción nacional-socialista de la empresa y de las relaciones de trabajo que impregnaba la Ley de Reglamentaciones de trabajo de 16 de octubre de 1.942, operándose la traslación desde la legislación de funcionarios públicos de la excedencia, que se consideró oportuna para regular la situación de quienes pasaban a ejercer un cargo público.

alumbramiento y la categoría de *excedencia*, en lugar de proceder a una simple ampliación de las causas de suspensión⁴²⁶, la enfermedad (“larga enfermedad”) o el servicio militar. Y lo que es peor, idénticas circunstancias recibían trato diferenciado según las Reglamentaciones en las que se regulasen: es el caso, por ejemplo, de la incapacidad temporal; además, supuestos que para unas constituían excedencia voluntaria eran para otras excedencias forzosas (también llamadas excedencias especiales).

Si bien las circunstancias constitutivas de excedencia tenían carácter variable según la Reglamentación en cuestión, puede hablarse de una tendencia generalizada a considerar como tales al ejercicio de cargo público, político y sindical (amparado más tarde por el Decreto 1.878/1.971, de 23 de julio, sobre garantías sindicales), al matrimonio de la mujer (Decreto 285/1.962, de 1 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 56/1.961, de 22 de julio), y a la enfermedad (durante el periodo subsiguiente al agotamiento de la incapacidad laboral transitoria, es decir, el correspondiente a invalidez provisional) y el servicio militar, además de las excedencias voluntarias, no sometidas al requisito de causa justificada (pero sí otros requisitos adicionales, como la detentación de una cierta antigüedad en la empresa⁴²⁷),

Cuando la figura es recogida por la *Ley de Relaciones Laborales*, de 8 de abril de 1.976 (Ley 16/1.976), pasa a engrosar uno de los supuestos regulados bajo la denominación común de “jornadas, horarios y descansos laborales”, en la que quedan comprendidas dos clases de excedencias: la *excedencia por maternidad* -que, a pesar de no reconocerse explícitamente como tal, pues el art. 25.4 habla de “periodo de descanso laboral”, se dispone que el reingreso se realizará *en la primera vacante que se produzca...*, es decir, se aplican las normas propias de la excedencia, y la *excedencia voluntaria* -art. 26-, para cuya regulación se remitía a las ordenanzas laborales y convenios colectivos, de los que había sido tomada la institución.

Finalmente, la excedencia se consolida como institución en la Ley 8/1.980, de 10 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores, que distinguirá formalmente entre dos excedencias: la forzosa y la voluntaria, aunque tácitamente

⁴²⁶ PÉREZ ALONSO, A.: *La excedencia laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.995: “por mimetismo se acogió el término excedencia como una conquista laboral, como alguno nuevo a imitar, sin imaginar que para tal conquista hubiera bastado con una ampliación de las causas suspensivas del contrato de trabajo”. De ahí que BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA (op.cit.) concibieran a la excedencia (voluntaria) como una de las dos “suspensiones voluntarias”, junto a los permisos sin sueldo regulados por Reglamentaciones, convenios colectivos o contrato individual y basados en la autonomía de la voluntad. En cuanto a la forzosa, entienden por tal la debida a “nombramiento para cargo político o asimilado”.

⁴²⁷ La excedencia voluntaria se condicionaba en las Reglamentaciones, además de a una cierta antigüedad, variable según el sector regulado, a otros dos requisitos: 1º que no trastornase la buena marcha de los servicios de la empresa y 2º que la situación de excedencia no afectase a un elevado porcentaje del personal de la empresa. En cuanto a su duración, también era variable, oscilando desde periodos mínimos de tres meses, frecuentemente hasta un máximo de un año, a casos en los que se permitían duraciones superiores.

acoge tres tipos: los dos anteriores más la excedencia por cuidado de hijos, que, si bien tiene carácter de voluntaria, es una excedencia tasada, al estar sometida a justa causa. Otro tanto sucede con la excedencia sindical, que parece configurarse inicialmente como una excedencia voluntaria limitada. No obstante el supuesto se perfila como especial, al desprenderse de los preceptos concordantes una naturaleza próxima a la excedencia forzosa. Por tanto, materialmente la nueva ley (el ET de 1.980) distingue cuatro tipos de excedencias, cuyos efectos son reconducibles a las dos a las que alude expresamente (voluntaria y forzosa).

Posteriormente, la figura de la excedencia forzosa experimenta una evolución⁴²⁸ que la lleva a ampliar su ámbito de aplicación hacia otras circunstancias, no previstas en un primer momento pero cuya importancia social ha merecido la atención del legislador, que las ha considerado dignas de participar de las mismas garantías que el ejercicio de un cargo público (puesto que también tienen fundamento constitucional⁴²⁹). Es aquí donde debe situarse a la *excedencia por cuidado de hijos*, cuya denominación propia y regulación independiente denota su más tardía introducción en el Ordenamiento jurídico-laboral. Dicha evolución, iniciada por la Ley 3/1.989, de 3 de marzo (y continuada por la Ley 4/1.995), si bien clarificó el concreto supuesto regulado (la excedencia motivada por el nacimiento o cuidado de un hijo), no implicó, sin embargo, como hubiera sido deseable, una “reconstrucción” legal de la figura, de carácter global, que eliminara las confusiones que su imperfecto tratamiento legal generaba, habiendo de ser la jurisprudencia la que acometiera dicha tarea

4.3.3. Naturaleza y efectos

La excedencia, tal y como la entendemos hoy, *no es una figura independiente de la suspensión del contrato*⁴³⁰, sino un supuesto de suspensión, aunque dotado de

⁴²⁸ En este camino evolutivo desaparece una de las situaciones que contemplaban las Reglamentaciones como excedencia forzosa: la de la trabajadora que contraía matrimonio, que debía pasar forzosamente a tal situación. El Decreto de 1 de febrero de 1.962, sobre *derechos laborales de la mujer* (que constituía a su vez desarrollo de la “Ley de igualdad de derechos de la mujer”) alteró el régimen de la misma, si bien mantuvo su carácter forzoso: la excedencia por razón de matrimonio, que permitía a la trabajadora que contraía matrimonio continuar trabajando, rescindir su contrato con dote o bien quedar durante el plazo de uno a cinco años en situación de excedencia forzosa. El advenimiento del nuevo régimen político eliminó dicha figura, siendo declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en Sentencias 67/1.982, de 15 de noviembre (BOE de 10 de diciembre), 7/1.983, de 14 de febrero (BOE de 9 de marzo) y 8/1.983, de 18 de febrero (BOE de 23 de marzo), entre otras.

⁴²⁹ Si la excedencia por ejercicio de cargo público se funda en un derecho amparado por el art. 23 de la Constitución española, la excedencia por cuidado de hijos está fundamentada en el derecho a la protección de la familia y de la maternidad que reconoce el art. 39 del mismo texto.

⁴³⁰ A pesar de que en los debates de la Ley del ET en la Comisión de Trabajo del Congreso el Grupo Parlamentario Socialista introdujera una enmienda -la número 343-, en la que dejaba sentado que la excedencia, cuando es de carácter voluntario, no es un supuesto de suspensión: “sólo deberían entenderse como excedencias las de carácter voluntario y que todos los supuestos que venían

ciertos caracteres especiales. De otro modo no figuraría regulada en la Sección tercera del Capítulo III, Título I, del ET, bajo la rúbrica “suspensión del contrato”.

Sobre ello no existe hoy controversia. Así lo entienden la jurisprudencia (incluso del TC⁴³¹) y la doctrina científica más autorizada, en su gran mayoría favorable, salvo honrosas excepciones⁴³², a su consideración como mera circunstancia suspensiva. En este sentido, AGUINAGA (quien con gran claridad afirmaba que “para nosotros, la suspensión es la situación genérica, y la excedencia, en la mayor parte de los casos es una suspensión específica o restringida, por lo general de duración prolongada...”⁴³³), PEDRAJAS MORENO, ALONSO GARCÍA O RAYÓN SUARÉZ. PÉREZ ALONSO explica el origen de la figura en el Derecho laboral como una “torpe” plasmación de las normas provenientes del ámbito funcional al laboral, que en el traslado olvidó la naturaleza de la excedencia -ser una causa suspensiva del contrato- y que la razón de que no se denominara así era porque el específico término de “suspensión” se entendía referido a la figura de la suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias.

Y es que el hecho de que la excedencia voluntaria (frente a la forzosa) sólo genere una expectativa de derecho al reingreso no debe inducir a excluirla de la categoría de la “suspensión”. No puede reconducirse a la figura de la extinción, porque, como ya se ha señalado anteriormente, ésta produce la desaparición total del vínculo, que deja de producir efectos de forma definitiva. Por lo tanto, no genera expectativa alguna ni habilita al trabajador para solicitar su reingreso (en este caso debería hablarse de “nueva admisión”). Resulta impensable que un trabajador cuyo contrato se ha extinguido pretenda imponer su reingreso al empresario, con quien no le

conceptuándose como excedencias forzosas entraban dentro de los supuestos de suspensión”. No obstante, el texto del proyecto, al enumerar las causas de suspensión en el que sería el art. 45.1 (originariamente, el 43), incluía en el apartado j) la excedencia, sin distinción entre forzosa y voluntaria (su modificación fue, por tanto, distorsionante).

⁴³¹ STC 262/1994, de 3 de octubre (RTC 1994, 262). SSTS de 7 de mayo, 26 de septiembre y 8 y 20 de noviembre de 1.984 (R.J. 1.984, 2972, 4481, 4429 y 4440) y de 30 de octubre de 1.985 (R.J. 1.985, 5248), entre otras. En el mismo sentido, STSJ de Cataluña, de 2 de febrero de 1.994 (*Actualidad Laboral*, núm. 6, 1.995, ref. 215, p. 424-425), que cita las SSTS de 18 de mayo y de 3 de octubre de 1.990, dejándose sentado en ésta que “la excedencia voluntaria no implica una extinción del contrato laboral sino una suspensión, encuadrable en el apartado a) del art. 45 del Estatuto”.

⁴³² Algunos autores niegan tal naturaleza a la excedencia voluntaria. Entre ellos, CARRO IGLMO (op.cit., pág. 454): “a las excedencias voluntarias que, evidentemente, podrían en un plano teórico, ser consideradas como causas suspensivas del contrato de trabajo, en nuestra legislación no cabe atribuirle semejante calificación...” y PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA (op.cit.): “el rótulo del artículo 46 ET encierra dos figuras distintas: una causa de suspensión y la excedencia voluntaria que *no es tal causa*.”

⁴³³ AGUINAGA TELLERÍA, op.cit., p. 468. V. asimismo CABANELLAS (op.cit., p. 116), que basa la distinción entre la “suspensión” y la “excedencia” en el carácter forzoso de la primera y el origen voluntario de la segunda. Menciona un segundo rasgo distintivo: el carácter tasado de las causas de suspensión y la remisión a la negociación colectiva de las de excedencia.

une ya vínculo alguno. No son sostenibles, por contradictorias, las posiciones que tienden a asimilar la figura a una extinción condicionada⁴³⁴.

Ciertamente, la ausencia de reincorporación por inexistencia de vacante plantea serios problemas doctrinales en torno a la naturaleza de la excedencia voluntaria, que ha motivado construcciones científicas tales como la de la “prórroga tácita de la situación de excedencia”, la “excedencia por tiempo indefinido” o la más antigua de la extinción del derecho y por tanto del contrato.

La inexistencia de vacante no debe entenderse como causa de extinción del contrato, porque, siendo el nuestro un sistema de extinción causal en el que las causas de extinción están determinadas legalmente, no aparece como tal en las normas reguladoras de la misma (la sección cuarta del capítulo tercero). No tiene, pues, virtualidad para producirla, ni la jurisprudencia se la atribuye⁴³⁵.

Siendo una causa de suspensión del contrato, deben predicarse de la misma, idénticos efectos generales a la excedencia que a cualquier otra causa, sin perjuicio de los efectos especiales que hayan de predicarse de cada causa en particular. En consecuencia, ambas partes seguirán vinculadas contractualmente⁴³⁶, aunque no

⁴³⁴ En este sentido, PEDRAJAS MORENO: *La excedencia laboral y funcionarial*. Madrid, 1.983, p. 315. Por su parte, VIDA SORIA (“La suspensión...” op.cit., p. 97 y ss.) considera que la excedencia voluntaria es una figura ajena a la suspensión del contrato (“son otra cosa: (...) básicamente son derechos del trabajador a oponerse en una determinada situación jurídica”), concluyendo que, efectivamente, “estamos ante un claro supuesto de extinción de la relación contractual y su sustitución por una relación jurídica diferente” (“que pertenece a la categoría genérica de los derechos aplazados que generan la obligación de celebrar un contrato posterior”). En el Derecho francés sí existe una figura que encaja en esta singular teoría: la que regula el art. L. 122-28 del Code du travail, que autoriza la libre resolución contractual por parte de la trabajadora con motivo de la suspensión del contrato por nacimiento o adopción de un hijo o durante el periodo subsiguiente (los dos meses posteriores), y reconoce el derecho preferente de reingreso o de recontratación (“réembauchage”) en empleos en los que su cualificación así lo permita, durante el año siguiente a la extinción del contrato. Puede hablarse en el Derecho español de una figura de similares características: la que regula el RD 1451/1.983, de 11 de mayo, por el que se reconoce el derecho preferente al reingreso al inválido cuyo grado de incapacidad es objeto de alteración como máximo hasta el grado de incapacidad permanente parcial a consecuencia de un expediente de revisión por mejoría.

⁴³⁵ STCT de 20 de diciembre de 1.983 (RTCT 1.983, 11087): “la situación de excedencia voluntaria no determina la extinción del contrato de trabajo, sino que se limita a dejarlo en suspenso...” Lo que sucederá es que tal situación -de inexistencia de vacante- convertirá a la excedencia en “excedencia ilimitada” (STC de 21 de febrero de 1.986, BOE de 21 de marzo, STS de 10 de junio de 1.986, nº Colex 1271, y STCT de 16 de julio de 1.986, nº Colex 1272). No debe obviarse la existencia de una línea jurisprudencial tendente a separar el concepto de suspensión del de excedencia cuando ésta es voluntaria. Al respecto, STSJ de Cataluña, de 6 de mayo de 1.991 (A.S. 1.991, 3468), en la que se sostiene que la excedencia voluntaria produce no la suspensión del contrato, sino su interrupción, o la del TSJ de Murcia, de 22 de julio de 1.993 (A.S. 1.993, 3492), según la cual “el Estatuto de los Trabajadores distingue entre la excedencia forzosa y la voluntaria, siendo, tan sólo, la primera causa de suspensión del contrato de trabajo (...) y no reputándose (la segunda) como de suspensión del contrato” entre otras muchas.

⁴³⁶ Resultarán, por consiguiente, obligadas por los pactos asumidos en el contrato de trabajo y por los deberes que emanan de las normas aplicables al mismo, de la misma manera que si el contrato

resulten exigibles las obligaciones principales de trabajar y remunerar. Se mantendrán en vigor aquellas obligaciones que no se conecten necesariamente con la ejecución del trabajo o con la prestación salarial: todos aquellos derechos y deberes que emanan del deber de buena fe (v.gr., prohibición de concurrencia desleal⁴³⁷), cuyo estudio se remite a lo ya tratado en este mismo capítulo.

La ley ha distinguido tradicionalmente entre dos categorías de excedencias: la *forzosa* y la *voluntaria*, a la que añadía una tercera⁴³⁸ -la excedencia por cuidado de hijos- que, más que categoría independiente, participaba de la naturaleza de una o de otra y, durante épocas recientes (desde la aprobación de la Ley 3/1.989), de ambas al tiempo, aunque en la actualidad puede hablarse de dos únicas categorías, al encuadrarse, por virtud de la Ley 4/1.995, sobre el permiso parental, la excedencia por cuidado de hijos entre las excedencias forzosas, configurando un supuesto “especial” de éstas.

La distinción legal⁴³⁹ entre ambos tipos de excedencia no se funda, como sería lo más lógico, en la procedencia u origen de la voluntad que decide sobre su nacimiento⁴⁴⁰, que a la vez imprime un diferente carácter a uno y a otro tipo de excedencia:

- el empresario, que da a la excedencia el carácter de obligatoria para el trabajador, al concebirse como facultad de aquél (en nuestro Derecho actual, la excedencia forzosa se concibe como un derecho del trabajador, pero a la vez como una facultad

no se hubiera interrumpido (STCT de 2 de junio de 1.981, RTCT 1.981, 3762, sobre excedente voluntario que incumple el contrato de préstamo concedido en virtud de su vinculación laboral con la entidad bancaria). En consecuencia, de iniciarse una acción colectiva que pueda afectar también al contrato en suspenso, deben respetarse los trámites legales también respecto de este trabajador. Así se desprende de, entre otras muchas, la STCT de 20 de diciembre de 1.983 (RTCT 1.983, 11087), que, en un caso de crisis sometida a expediente de regulación de empleo, impone al empresario la obligación de incluir al excedente voluntario en el mismo, observando las mismas formalidades que respecto del resto de trabajadores. En consecuencia, aunque no hubiera sucedido así, debe entenderse incluido al trabajador en aquél, pues lo contrario implicaría conferir mayores derechos a los excedentes que a los trabajadores en activo (SSTSJ de Aragón, de 17 de abril de 1.991 y de 8 de julio de 1.992 -A.S. 1.991, 2316 y 1.992, 3898-, sobre excedencia por cuidado de hijos). Entre las más recientes, V. STSJ de Cataluña, de 29 de enero de 1.993 (A.S. 1.993, 482).

⁴³⁷ Que puede justificar el despido disciplinario: STCT de 26 de febrero de 1.980 (RTCT 1.980, 1089). V. también STSJ de Galicia, de 25 de marzo de 1.992 (A.S. 1.992, 1254).

⁴³⁸ A éstas debe añadirse la regulada en el art. 46.6 ET: la prevista en la negociación colectiva. No obstante, lo que se permite no es la *generación* de nuevos tipos de excedencia, sino de nuevos supuestos. Ocurre, sin embargo, que a dichos supuestos puede dársele el régimen y efectos que las partes estimen conveniente.

⁴³⁹ No ocurre lo mismo con la doctrinal: cfr. ALONSO OLEA, M: *Lecciones sobre contrato de trabajo*. Universidad de Madrid, 1968, ps. 196-197.

⁴⁴⁰ “La distinción en el ET de ambos tipos de excedencias no gravita tanto en la voluntad de las partes, sino en los efectos que produce, mantenimiento de la reserva del puesto de trabajo en las forzosas y simple expectativa de derecho a reingresar, en caso de vacante, en las voluntarias” (STSJ de Baleares, de 17 de noviembre de 1.993, A.S. 1.993, 4835).

del empresario cuando el ejercicio de un *deber público* imposibilite la prestación de trabajo en un porcentaje superior al veinte por ciento de la jornada laboral);

- o el trabajador, en la excedencia voluntaria, en cuyo caso se concibe como derecho exigible ante el empresario⁴⁴¹.

Su distinción se basa, por el contrario, en la causa motivadora de la excedencia y en sus efectos⁴⁴², de los que nace un régimen jurídico diferente.

En este terreno -el de los efectos-, las diferencias entre uno y otro supuesto de excedencia se basan en el modo en el que tiene lugar la reincorporación al puesto de trabajo una vez finalizado el periodo de excedencia.

En cuanto a su efectividad, basta la solicitud del trabajador, funcionando a tal efecto la comunicación del interesado, en la que se deberán acreditar, respectivamente, el presupuesto de hecho de la excedencia (en la forzosa) o los requisitos legalmente exigidos (en la voluntaria), para que el empresario se vea obligado a su concesión, ya que, en realidad, no es éste quien la concede, sino que le viene reconocida por la Ley, de modo que esa “concesión” no es más que una conformidad empresarial a la preceptiva comunicación hecha por el trabajador (o un “acuse de recibo”), por la que se admite la veracidad de la citada acreditación y, por consiguiente, la procedencia del disfrute de la excedencia⁴⁴³.

- Excedencia forzosa

La *excedencia forzosa*⁴⁴⁴ da lugar a la reserva de puesto de trabajo y al cómputo de la antigüedad en el servicio⁴⁴⁵. El trabajador deberá solicitar el reingreso en el mes siguiente a la terminación de la circunstancia suspensiva -art. 46.1 ET-, es decir, a la

⁴⁴¹ CARRO IGELMO (op.cit., p. 172) sintetiza la distinción de la siguiente manera: “mientras que en la excedencia voluntaria esta suspensión es *potestativa* del trabajador y *obligatoria* para la empresa, en la forzosa *normalmente* es *obligatoria* para ambos”.

⁴⁴² Que fundan algunas teorías que abogan por su consideración como figura propia, con efectos suspensivos (así, PÉREZ ALONSO: *La excedencia laboral*, Tirant lo Blanch, 1.995, pág. 17).

⁴⁴³ En todo caso es preceptiva: el trabajador no puede autoreconocerse el paso a la situación de excedencia, considerándose tal actitud dimisionaria: STS de 5 de julio de 1.990 (R.J. 1.990, 6058).

⁴⁴⁴ La STC de 3 de octubre de 1.994 (*Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 142) describe los efectos de la excedencia forzosa como la “interrupción de las prestaciones laborales principales, continuando el vínculo, que se reanuda la causa que provocó la suspensión... no existe una divergencia cualitativa relevante entre la (excedencia forzosa) y las demás que se enuncian en el referido precepto”.

⁴⁴⁵ En materia de Seguridad Social, constituye situación asimilada al alta a efectos de causar ciertas prestaciones: la excedencia forzosa por ejercicio de cargo público lo es respecto de las prestaciones de jubilación, invalidez y muerte y supervivencia (art. 125.2 y 106.2 LGSS), y el primer año de la excedencia por cuidado de hijos, que, además, se considera como cotizado, lo es respecto de todas las contingencias. En cuanto al desempeño de cargos públicos o de representación sindical, el art. 125.2 reconoce, misteriosamente, tales a efectos a aquellas que no den lugar a la excedencia (por tanto, las que sólo motiven ausencias retribuidas al trabajo y, por tanto, no serán situaciones asimiladas, sino de alta real).

expiración del mandato representativo para el que fue elegido o designado⁴⁴⁶, extinguiéndose el contrato si no lo hace, porque el puesto está disponible para él⁴⁴⁷. De ser imputable al empresario la falta de reingreso, se entenderá como despido improcedente⁴⁴⁸; tratándose de mora en la reincorporación a su puesto de trabajo, será responsable de los perjuicios que el retraso le irroge⁴⁴⁹.

Concibiéndose la figura de la excedencia como separación temporal del puesto de trabajo para llevar a cabo otra labor, la importancia que a esta función, de trascendencia pública, se le concede y su garantía constitucional (art. 23.1 CE) que su configuración sea la de “forzosa”. En efecto, la excedencia forzosa es la figura por la que se suspende por tiempo determinado el contrato de trabajo por ejercicio de cargo o deber público cuando el tiempo dedicado a éste supere el *veinte por ciento de las horas laborales en un periodo de tres meses* (art. 37.3 d), *porque el desempeño de éste resulta incompatible con el ejercicio de tal deber*, lo cual “fuerza” al trabajador, a instancia empresarial⁴⁵⁰, a elegir entre uno y otro, primando el segundo por su

⁴⁴⁶ O, en su caso, en el momento en el que tenga lugar la renuncia o dimisión del mismo, o incluso la voluntad del trabajador, por compatibilidad del cargo con el trabajo (STSJ de Andalucía/Granada, de 15 de enero de 1997, A.S. 1997, 237). En cuanto a la posible reelección, puesto que se trata de un nuevo mandato, debería solicitarse una nueva excedencia. La cuestión, en todo caso, queda superada por la propia atemporalidad de la excedencia, cuya duración se prolonga mientras se mantenga el cargo, pero sin que exista un límite máximo: por tanto, carece de trascendencia práctica que se trate de nuevo mandato -y, por tanto, nueva excedencia-, o del mismo mandato prorrogado -y, en consecuencia, de la prórroga de la excedencia anterior-, sin perjuicio de que sea preceptiva en todo caso la comunicación de la nueva situación al empresario. En favor de la segunda opción, ALBIOL MONTESINOS, op.cit., p. 344, así como la STS de 7 de marzo de 1.990 (R.J. 1.990, 1775). Queda fuera de toda duda, por otra parte, que el nombramiento para cargo distinto sí implica la solicitud de nueva excedencia (sin embargo, el TS mantiene en la sentencia anteriormente referida el criterio contrario).

Se entiende que la solicitud formal del reingreso implica la comunicación del cese en el cargo, por tanto no es exigible al trabajador una doble actuación en orden al reingreso (sino un acto único).

⁴⁴⁷ Se entenderá como voluntad extintiva del trabajador: STS de 22 de febrero de 1.990 (R.J. 1.990, 1136). El art. 90.2 LCT de 1931 era más explícito al respecto, al dar por terminado el contrato si, transcurrido el plazo concedido para la reincorporación -de dos meses desde el cese en el cargo, o desde la licencia militar, en el caso de cumplimiento del servicio militar-, el trabajador no se reincorporara a su puesto de trabajo (salvo en caso de enfermedad).

⁴⁴⁸ La jurisprudencia del TCT lo entendía “nulo”. Sobre la equiparación de la negativa con el despido, V. STC de 2 de febrero de 1.985 y SSTS de 7 de mayo de 1.984 y 22 de junio de 1.985 (BOE de 5 de marzo de 1.985 y R.J. 1.984, 2982 y 1.985, 3448), entre otras. En contra, ALARCÓN CARACUEL (“¿Equivalo a despido la no readmisión del trabajador tras la excedencia forzosa?”, *Revista de Política Social*, 1.982, núm. 132), por cuanto dicha calificación constriñe los derechos del trabajador, rebajando los plazos de los que dispone para accionar judicialmente en defensa de su derecho.

⁴⁴⁹ Además de la indemnización correspondiente a los salarios dejados de percibir, ex art. 1.106 C.c. (STS de 7 de marzo de 1.990, R.J. 1.990, 775). En contra, STSJ de Madrid, de 16 de octubre de 1.989 (Sección 2ª), RTSJ 1.989, 1868.

⁴⁵⁰ Citamos, por su claridad, la definición que de la excedencia forzosa hace ALONSO OLEA (*Curso de Derecho del Trabajo*. Ariel, 1.987, pág. 410): “forzosa en el sentido de que puede ser decretada por el empresario -sin perjuicio de que pueda mediar petición del trabajador afectado y en tal caso haya de ser forzosamente concedida por el empresario-”.

trascendencia social o pública, colectiva en definitiva, frente al interés individual. Concretamente, los supuestos a los que el legislador⁴⁵¹ dota de tal carácter son:

- La *designación*⁴⁵² o *elección para un cargo público* incompatible con la prestación del trabajo (por imposibilidad de asistencia al trabajo, explicita el art. 46.1 ET). A dicho supuesto se reconduce el previsto en el art. 37.3 d): el *deber inexcusable* de carácter público y personal que imposibilite la prestación del trabajo⁴⁵³, ya que un deber inexcusable cuyo ejercicio impida la prestación laboral no puede ser otra cosa que el desempeño de un cargo público (pues otros deberes públicos que reúnan tales caracteres, como el ejercicio del sufragio activo, la participación como jurado en un proceso judicial... no ocupan normalmente al trabajador más de un veinte por ciento de las horas laborables durante tres meses), aunque la “inexcusabilidad” se predique del ejercicio mismo y no de la facultad de concurrir a la elección para tal cargo. La diferencia entre ambas hipótesis estriba en la dedicación, parcial o total, al ejercicio de las funciones públicas, dando lugar en un caso a una excedencia de corta duración -a semejanza de las previstas en las viejas Reglamentaciones de Trabajo- y en el otro a una excedencia más prolongada en el tiempo. En cualquier caso, el art. 37.3 d) ET, en defensa de los intereses organizativos de la empresa, marca un límite al carácter facultativo del paso a la situación de excedencia, al reconocer al empresario el derecho a situar al trabajador cuyo mandato público le impida prestar adecuadamente el trabajo (a pesar de lo cual no ha solicitado el derecho a situarse en excedencia⁴⁵⁴) en excedencia forzosa.
- El *ejercicio de funciones sindicales*⁴⁵⁵ de ámbito provincial o superior cuando éstas sean inherentes a un cargo representativo (art. 46.4 ET), ya que si bien el art. 46.4

⁴⁵¹ A estos supuestos la negociación colectiva puede añadir todos los que estime convenientes, a los que dotará del régimen legal o de otro distinto. Art. 46.6 ET.

⁴⁵² En cuanto al concepto de designación, V. VIDA SORIA: *Comentarios...*, op.cit., p. 58.

⁴⁵³ Se trata de un supuesto de conversión de un permiso o licencia en una excedencia, estando la frontera o límite entre ambas figuras en el tiempo que el trabajador dedique al cumplimiento de tales funciones, que el art. 37 fija en un veinte por ciento de las horas laborables en un periodo de tres meses (superado este límite, el permiso puede dejar de ser tal, a instancia del empresario, para convertirse en una excedencia, *forzosa* también en el sentido de poder ser impuesta al trabajador por el empresario).

⁴⁵⁴ La referencia del art. 46.1 ET a la imposibilidad de la prestación laboral con motivo del desempeño del cargo público no obliga ni condiciona al trabajador, simplemente describe el supuesto suspensivo. Lo que sí podría desprenderse de tal redacción es que, si el desempeño del cargo o funciones públicas no resulta incompatible con el trabajo, no habrá lugar a la excedencia, pero no parece que ésa sea la solución dada en la práctica al precepto, por su carácter restrictivo (ya que implicaría realizar, *a priori*, un juicio de valor sobre las funciones que imposibilitan la prestación laboral). Tampoco podrá entenderse, en consecuencia, como causa de extinción de la situación de excedencia el hecho de que las funciones referidas hayan dejado de ser incompatibles con el trabajo (no obstante, tal es la interpretación que realizó el TCT en su sentencia de 9 de abril de 1.987, RTCT 1.987, 7759).

⁴⁵⁵ La STC (Sala 1ª) de 3 de octubre de 1.994, Ponente: D. M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (*Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 142, CEF) entiende que a través de esta excedencia,

no se define sobre su naturaleza, el art. 48.3 lo dota de un régimen común al supuesto regulado en el art. 46.1: por consiguiente, debe entenderse como excedencia forzosa⁴⁵⁶. El art. 9. 1 b) LOLS despeja toda duda al respecto, al calificarla de excedencia forzosa y atribuirle los efectos (derecho a reserva del puesto de trabajo y cómputo de antigüedad) de ésta siempre que la organización sindical goce de mayor representatividad según los criterios que marcan los arts. 6 y 7 LOLS⁴⁵⁷. Ahora bien, el art. 48, que regula los supuestos de *suspensión con reserva de puesto de trabajo*, en los que no se entiende incluida la excedencia voluntaria, hace referencia, en su número 3, a todos los supuestos de excedencia por ejercicio de funciones sindicales de ámbito provincial o superior, luego está considerando que, en todo caso, éste es un supuesto de excedencia forzosa (al margen de lo previsto en la LOLS respecto de los cargos de organizaciones sindicales más representativas que, en todo caso, gozan del derecho a excedencia forzosa)⁴⁵⁸.

sea la que regula el art. 46.4 ET o la que reconoce el art. 9.1 b) LOLS, lo que persigue el legislador es facilitar a las organizaciones sindicales el reclutamiento de cargos dirigentes.

⁴⁵⁶ En contra, VIDA SORIA ("La suspensión...", op.cit., p. 67) y MONGE RECALDE (op.cit., p. 46).

⁴⁵⁷ El reconocimiento de tal derecho no es indiscriminado, al reconocerse únicamente a aquellos que "ostenten cargos electivos... en las organizaciones sindicales más representativas". Debe acudirse, por tanto, al criterio de la mayor representatividad sindical (arts. 6 y 7 de la misma ley) para determinar la titularidad del derecho y, por tanto, los sujetos que pueden acogerse a tal excedencia. Cuando el sindicato en el que se desempeñen tales funciones no sea de los que gozan de la mayor representatividad, la excedencia no será forzosa, sino voluntaria, aplicándose únicamente el art. 46.4 ET. Vid al respecto la STC (Sala 1ª) 263/94, de 3 de octubre de 1.994, Ponente: D. M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (*Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 142, CEF), en la que se declara conforme al principio de igualdad el reconocimiento del derecho por la LOLS exclusivamente a dicha categoría de cargos sindicales, y se entiende que no vulnera la libertad sindical, porque se limita a reconocer un plus de tutela a unos sobre otros, que también gozan del derecho a la excedencia (aunque no sea forzosa), en razón de la existencia de una "razonable entidad organizativa, en evitación de posibles abusos". Se sostiene, asimismo, que el contenido de la STC 99/1.987, de 11 de junio, por la que se declara inconstitucional la concesión de excedencia forzosa a los cargos de los sindicatos más representativos se ciñe al ámbito de la Ley de Reforma de la Función Pública, es decir, al ámbito funcional, y no resulta extensible al laboral. En consecuencia, puede hablarse de un doble régimen jurídico de la excedencia por ejercicio de funciones sindicales, o de dos excedencias fundadas en el mismo motivo, dependiendo de la representatividad del sindicato en el que se desempeñen dichas funciones: la excedencia forzosa por ejercicio de funciones sindicales de ámbito provincial o superior en organizaciones sindicales más representativas y la excedencia voluntaria por ejercicio de funciones sindicales en sindicatos no representativos, en la que el reingreso queda subordinado a la existencia de vacante. A ello puede oponerse que el art. 9.1 b) LOLS reconoce tales garantías a los sindicatos más representativos, pero no se la está negando al resto. En consecuencia, puede decirse que, siendo ambas excedencias forzosas, su fuente de reconocimiento es diversa: el art. 48.3 ET en un caso y el art. 9.1 b) LOLS en el otro. La STSJ de Andalucía/Granada, de 15 de enero de 1997 (A.S. 1997, 237), es "doctrina jurisprudencial constante que solamente es excedencia forzosa la que viene motivada por el nombramiento para un cargo público, no siéndolo, por el contrario, la que tiene su causa en el ejercicio de funciones sindicales".

⁴⁵⁸ La jurisprudencia la ha entendido como voluntaria, carácter que deduce del tenor del precepto: "podrán solicitar", siendo voluntaria para el trabajador y forzosa para la empresa (STSJ de Andalucía/Granada, de 15 de enero de 1997 (A.S. 1997, 237), que habla de "doctrina constante").

- A ambas categorías debe añadirse (así lo reconoce la Ley 4/1.995, *sobre el permiso parental* en su Exposición de Motivos) el supuesto especial⁴⁵⁹, tácitamente denominado *excedencia por cuidado de hijos*⁴⁶⁰, en el que se detectan dos órdenes de especialidades. En lo que se refiere a la relación laboral, la reserva del puesto de trabajo se escalona en dos periodos diferenciados: un primer periodo, de protección reforzada, equivalente al resto de los supuestos suspensivos comprendidos en la categoría de excedencias forzosas, y un segundo periodo en el que se asegura la continuidad en la empresa, pero en un puesto de trabajo de grupo profesional o categoría equivalentes. Además, se adiciona en el art. 48.3.2º un derecho especial: el de asistir -y ser convocado por el empresario para ello- a cursos de formación profesional, especialmente con ocasión de su reincorporación. En materia de Seguridad social, al típico reconocimiento de la situación como asimilación al alta se añade la consideración del primer periodo de la excedencia (el primer año) como tiempo efectivamente cotizado al Sistema de la Seguridad Social.

La regulación de tales supuestos por el ET es uno de los puntos más defectuosos de la normativa referente a suspensión del contrato, ya que el art. 45.1 parece estar distinguiendo entre el “ejercicio de cargo público representativo” (f) y la excedencia forzosa (k), mientras que el 46.1, al regular la excedencia, establece que la forzosa “se concederá por la *designación o elección* para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo”. Por tanto, el supuesto del apartado f) es subsumible en el del apartado k) y, en consecuencia, resulta superfluo⁴⁶¹. En realidad, por tanto, se trata de

⁴⁵⁹ “Incorrectamente ubicada entre las excedencias” (SAGARDOY et al., op.cit.). Las viejas Reglamentaciones de Trabajo establecieron otra excedencia forzosa que afectaba en exclusiva a la mujer: la excedencia forzosa por matrimonio (posteriormente contemplada por el Decreto 258/1962, de 1 de febrero, como *opción* en favor de la trabajadora que contrae matrimonio).

⁴⁶⁰ STSJ de Navarra, de 23 de diciembre de 1996 (A.S. 1996, 3949): el art. 46.3 ET “ en su vigente redacción, introducida por la Ley 4/1995, de 23 de marzo, atribuye a la excedencia por cuidado de hijos las consecuencias propias de la forzosa, ya que es computable a efectos de antigüedad y, sobre todo, el trabajador tiene derecho no sólo a la reserva de su puesto de trabajo durante el primer año (...) Ello significa el derecho incondicionado del trabajador al reingreso, esto es, la obligación empresarial de volver a darle de alta de la misma forma que sucede en la excedencia forzosa”. En igual sentido, SSTSJ de Cantabria, de 14 de marzo de 1996 y de la Comunidad Valenciana, de 30 de julio del mismo año (A.S. 1996, 505 y 2701).

⁴⁶¹ El texto original del proyecto (art. 44) no hablaba de “cargo representativo”, sino de “mandato”; con la alteración de la redacción se está asimilando el supuesto al del número 1, es decir, al cargo público electivo. Aunque, en realidad, se trata, no de dos, sino de un supuesto, pues no se entiende qué diferencia existe entre la excedencia forzosa por elección para cargo público representativo y la “causa suspensiva” de la letra j) del mismo precepto, pues si en un caso se dice “designación o elección para cargo público”, en el otro se habla de “ejercicio de cargo público representativo”. La cuestión es: ¿no es ésta una situación idéntica, la de cargo público de carácter representativo, que, por tanto, implica una “designación o elección” previa? Lo único que la regulación de la excedencia forzosa añade es la coletilla “que imposibilite la asistencia al trabajo” ¿Y no es ésa precisamente la causa que motiva la suspensión del contrato de la letra f)? En este sentido, ALONSO GARCÍA (*Curso de Derecho del Trabajo*. Ariel, 1.987, p. 563), SALA FRANCO et al. (op.cit., pág. 528) y PALOMEQUE LÓPEZ-ÁLVAREZ DE LA ROSA (op.cit., pág. 835). La confusión proviene, como señala MONGE RECALDE (op.cit., p. 46), de los intentos del Grupo Parlamentario Socialista por

un mismo supuesto, atendándose en un caso a la causa (la designación o elección para un cargo público) y en el otro al efecto (la excedencia forzosa)⁴⁶².

Debe hacerse referencia también a la indeterminación en la que incurre el ET al hacer alusión en un caso (45 f) al ejercicio de *cargo público representativo*, es decir, electivo, y en el otro (46.1) al cargo público por designación o por elección. Es decir, que el régimen de acceso al cargo parece ser en el primer caso únicamente el electivo⁴⁶³, mientras que en el segundo se admite también la designación para el mismo. Ahora bien, la representatividad debe entenderse en sentido amplio, comprendiendo tanto la que proviene directamente de sufragio popular como la que indirectamente se produce a través de la designación por quienes la ostentan electivamente⁴⁶⁴.

Esta general indeterminación contrasta con la vigente regulación de la excedencia por cuidado de hijos en el tercero de los números del art. 46, de insólita claridad en el mar de dudas que genera la lectura del precepto.

- Excedencia voluntaria

La *excedencia voluntaria* se configura como un *derecho* del trabajador, que puede accionar (de cumplir los requisitos legales establecidos para ello) unilateralmente frente al empresario, por reconocérsele expresamente en el ET. Da lugar a una mera *expectativa de reingreso* preferente, una vez agotado el periodo de

conseguir que el desempeño de cargo sindical que imposibilitara la asistencia al trabajo fuera incluido entre los supuestos de excedencia forzosa del art. 46.1, ante cuyo rechazo logró su inclusión en precepto diferente, el 48.3. De ello deduce el citado autor que la excedencia sindical no es excedencia forzosa, aunque da lugar a reserva de puesto de trabajo.

⁴⁶² En el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: “Tribunal Central de Trabajo. Contrato de trabajo y otras materias. La doctrina jurisprudencial en materia de excedencia voluntaria”. RPS, núm. 145, 1.985, p. 216.

⁴⁶³ ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: “La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores”, REDT, 1.981, núm. 5. En el mismo sentido, VIDA SORIA (*Comentarios...op.cit.*, p. 57), razón por la excluye el carácter de forzosa en la excedencia sindical, al no tratarse de cargo público electivo.

⁴⁶⁴ Según el *Diccionario Jurídico Espasa* (Espasa Calpe, Madrid, 1.994, p. 876, voz “representación política”, a cargo de Piedad GARCÍA ESCUDERO, Letrado de las Cortes), “en general, se considera que el vínculo representativo aparece cuando el representante ha sido designado por el representado para algún cometido político, lo que se articula normalmente mediante la elección, aunque la identidad representación-elección no es perfecta”. Así opina ALBIOL MONTESINOS (*El Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a la Ley 8/1.980, de 10 de marzo*, Madrid, 1.981), que entiende como representativo tanto el electivo como el de designación. También PEDRAJAS MORENO (*op.cit.*, p. 356 y ss.), partiendo del hecho de que la representación puede venir atribuida a través de sufragio público pero también por designación política (es decir, la noción de representación no es exclusiva de la elección pública, sino que cabe su compatibilidad con la designación política). En cuanto a la jurisprudencia, V. STS de 7 de marzo de 1.990 (R.J. 1.990, 1775), que se acoge al criterio del desempeño de funciones públicas representativas, con independencia del medio de acceso a dicho mandato.

suspensión, condicionada a que exista vacante en igual o similar categoría a la del trabajador excedente⁴⁶⁵.

La excedencia voluntaria se define⁴⁶⁶ por las siguientes notas principales:

1. *Ausencia de causa justa*: siendo el origen de esta excedencia la voluntad del trabajador, concibiéndose, en aplicación del principio de estabilidad en el empleo, como una garantía de reingreso a la empresa de la que se separó (posiblemente para iniciar un nuevo trabajo o para completar unos estudios), no se le exige justificación alguna en torno a las motivaciones que le impulsan a solicitar la excedencia. Se trata de un derecho subjetivo⁴⁶⁷: basta su solicitud, siempre que se acrediten los requisitos legalmente exigidos (la acreditación de un año de antigüedad en la empresa⁴⁶⁸), para que el empresario se vea obligado a su concesión, de modo que la “concesión” empresarial no es más que el reconocimiento de la procedencia del disfrute de la excedencia, en virtud de la concurrencia de los requisitos legales⁴⁶⁹. Es por ello que nuestro ordenamiento jurídico-laboral le otorga dicho derecho sólo si acredita estar en una determinada posición o situación “cualificada”: en razón de una antigüedad o tiempo mínimo de servicios en la empresa⁴⁷⁰. Razón que justifica

⁴⁶⁵ STC de 18 de febrero de 1.983 (RTC 1.983, 8).

⁴⁶⁶ MONGE RECALDE (op.cit., ps. 61-62) la define de la siguiente manera: “la situación anormal de una relación laboral originada por la voluntad de las partes, caracterizada por la exoneración temporal de las obligaciones básicas de trabajar y remunerar el trabajo, con pervivencia, aunque muy débil, del vínculo jurídico, conservando el trabajador excedente sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa.”

⁴⁶⁷ RAYÓN SUÁREZ (op.cit., p.73) y PEDRAJAS MORENO (op.cit., 235).

⁴⁶⁸ Nada se establece respecto de la posibilidad de situarse en excedencia desde un contrato de duración determinada. Sin embargo, el Proyecto de 1.979 (y su precedente más inmediato, el art. 26 de la LRL) preveían expresamente dicha circunstancia, prohibiendo tajantemente su existencia en tales contratos (“sin que, en ningún caso, se pueda producir tal situación en los contratos de duración determinada”). Sin embargo, cierta doctrina dudosa de suplicación se manifiesta en contra, debe decirse que sin fundamento legal y, por tanto, contra legem: STCT de 22 de noviembre de 1988 (RTCT 1988, 7415), del TSJ de Madrid, de 18 de octubre de 1989 (RTSJ 1989, 1901) y 30 de enero de 1990 (RTSJ 1990, 452), y del TSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife (A.S. 1997, 1902). Esta última resolución entiende que el art. 46.2 ET exige dos requisitos para el nacimiento de la excedencia voluntaria: llevar una antigüedad de un año en la empresa y estar vinculado por una relación laboral de carácter indefinido.

⁴⁶⁹ La excedencia voluntaria en la LCT se sometía a mayores exigencias, puesto que estaba condicionada a que el servicio prestado por el trabajador no fuera imprescindible. En cuanto al resto de causas de excedencia, la comunicación tiene un mayor contenido, al exigirse la justificación de la causa por la que solicita la excedencia. Por lo demás, y a diferencia de lo que disponían las viejas Reglamentaciones de trabajo, no existe plazo alguno para efectuar la comunicación.

⁴⁷⁰ Nada se establece respecto de la posibilidad de situarse en excedencia desde un contrato de duración determinada. Sin embargo, el Proyecto de 1.979 (y su precedente más inmediato, el art. 26 de la LRL) preveían expresamente dicha circunstancia, prohibiendo tajantemente su existencia en tales contratos (“sin que, en ningún caso, se pueda producir tal situación en los contratos de duración determinada”).

asimismo la regulación de un régimen de actuación restringido, sometiéndose el ejercicio del derecho a un límite temporal⁴⁷¹.

2. *Interrupción del cómputo de antigüedad*: no computa el periodo de suspensión como de trabajo efectivo a efectos de antigüedad. De igual modo se sostiene por algún sector de la doctrina (VIDA SORIA) que tampoco subsisten los derechos y los deberes accesorios que se configuran como “contenido ético” del contrato. Sin embargo, y admitiendo que el vínculo jurídico queda notoriamente debilitado en este supuesto, debe afirmarse que, siendo la excedencia voluntaria un supuesto de suspensión del contrato, aunque especial⁴⁷² -y, por tanto, carente de idénticos efectos a los del resto de supuestos suspensivos-, la cesación de efectos no puede ser absoluta, porque el contrato continúa vigente. Se mantienen, por tanto, los deberes éticos⁴⁷³.
3. *Duración determinada ab initio*. La duración se acota temporalmente, tanto con carácter mínimo (dos años) como máximo (cinco años). Quiere ello decir que desde su solicitud e inicio de disfrute se conoce con exactitud la fecha del reingreso, lo cual no es consustancial a la excedencia forzosa (por ejemplo, la excedencia por cuidado de hijos puede prolongarse hasta tres años como máximo, pero puede extinguirse antes, si el trabajador lo considera conveniente). Por lo demás, la excedencia voluntaria está en el ET acotada temporalmente tanto en cuanto a duración mínima como a duración máxima, si bien cabe la prórroga de la duración inicial de ser ésta inferior a la máxima (siempre que se inste expresamente antes de finalizar el plazo inicial o en el momento de solicitar el reingreso⁴⁷⁴).

⁴⁷¹ El requisito obedecía en un principio a razones de justicia y proporcionalidad, ya que algunas Reglamentaciones disponían la conservación del salario -o de parte del mismo- durante la vigencia de la excedencia en supuestos tales como el cumplimiento del servicio militar o la larga enfermedad, y ello podía resultar desproporcionado respecto de trabajadores de nuevo ingreso en la empresa.

⁴⁷² En el mismo sentido, PÉREZ ALONSO, M^a A.: op.cit., p. 17. PEDRAJAS MORENO (op.cit., p. 439) entiende que es una figura más dentro de una categoría más amplia, que puede denominarse interrupción de “la ejecución de la obligación de prestar trabajo sin solución vincular”.

⁴⁷³ SSTSJ de Galicia, de 25 de mar de 1.992 y de Murcia, de 3 de noviembre de 1.993 (A.S. 1.992, 1254 y 1.993, 4856). En el mismo sentido, PEDRAJAS MORENO (op.cit., ps. 289 y ss.) y PÉREZ ALONSO (op.cit., p. 23). La STSJ de Cataluña, de 2 de febrero de 1.994 (*Actualidad Laboral*, núm. 6, 1.995, ref. 215, p. 424-425), que cita las SSTS de 18 de mayo y de 3 de octubre de 1.990, en las que se resuelve el tema, respecto de un supuesto de concurrencia con la empresa, en los siguientes términos: “es cierto que el derecho a la excedencia voluntaria debe ser calificado como derecho necesario, no por ello es un derecho absoluto, sino que ha de ser cohonestado con los otros derechos y deberes del trabajador de no concurrir con la actividad de la empresa que enuncia el apartado d) del art. 5 del Estatuto, ya que la excedencia voluntaria no implica una extinción del contrato laboral sino una suspensión, encuadrable en el apartado a) del art. 45 del Estatuto y por ello, las obligaciones de quedar exoneradas las partes por ministerio de la Ley, son sólo las recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, art. 45.2, sin que la Ley ni la naturaleza de la excedencia voluntaria exonere por sí sola al trabajador de no concurrir con la actividad de la empresa”.

⁴⁷⁴ STCT de 7 de julio de 1.987 (RTCT 1.987, 15.338) STSJ de Cataluña, de 8 de mayo de 1.992 (A.S. 1.992, 2819).

4. *Derecho preferente al reingreso*: el art. 46.5 pretende garantizar el mantenimiento del vínculo laboral del trabajador con la empresa, a través de la reserva no del puesto de trabajo que ocupaba, sino la de *otro semejante o de igual categoría*. Sin embargo, el reingreso a este otro puesto de trabajo no es automático, sino condicionado, siendo la *condición suspensiva* que exista un puesto de tales características *vacante* (cuyas condiciones asumirá el trabajador, sustituyendo a las que habían regido con anterioridad al inicio de la excedencia)⁴⁷⁵ *en el momento de solicitud de reingreso*⁴⁷⁶.

El momento en el que tal situación ha de tener lugar es el del agotamiento del periodo de excedencia⁴⁷⁷, salvo que en convenio colectivo se establezca otro régimen⁴⁷⁸. En este instante, a efectos de cubrir la vacante, el excedente voluntario tendrá preferencia a cualquier otro trabajador para ocuparla (convirtiéndose, según señala RODRÍGUEZ-PIÑERO, el derecho preferente en derecho consolidado⁴⁷⁹), si es que lo ha solicitado en momento oportuno (el de la finalización de la excedencia o en el

⁴⁷⁵Sin que ello comporte un cambio en la modalidad del contrato o su duración (sustituyendo, por ejemplo, uno de duración indefinida por otro de naturaleza temporal). Por el contrario, cualquier otro cambio (aunque constituyera en condiciones ordinarias una modificación sustancial de condiciones) deberá ser aceptado por el trabajador, que, si se niega al reingreso en las nuevas condiciones inherentes al nuevo puesto de similar categoría a la suya, incurrirá en dimisión tácita. Por otro lado, el concepto de “vacante” implica que haya habido una previa extinción contractual, quedando libre definitivamente el puesto de trabajo ocupado por el trabajador cuyo contrato se ha extinguido (queda, por tanto excluida la vacante provisional debida a una suspensión contractual).

⁴⁷⁶ Ello no sucederá si se ha amortizado el puesto reservado con anterioridad a la finalización del periodo de excedencia a través de las fórmulas previstas en el art. 51 ET. Es decir, si el expediente de regulación de empleo o procedimiento de despido colectivo ha incluido al trabajador excedente o su puesto de trabajo entre los contratos a extinguir: STS de 17 de diciembre de 1.983 (R.J. 1.983, 10699) y STCT de 2 de abril de 1.986 (RTCT 1.986, 11398). Ello no tendrá lugar cuando el trabajador excedente no haya sido incluido en el expediente correspondiente (MONGE RECALDE, op.cit., p. 82 y la jurisprudencia aquí citada). Evidentemente, si la vacante existió pero ya se ha cubierto en el momento de solicitud de reingreso, no hay tal vacante que ofrecer al excedente. En definitiva, la legalidad, según se desprende de la doctrina jurisprudencial, estriba en el momento en el que tienen lugar las referidas actuaciones: si en momento anterior a la solicitud de reingreso, cualquier actuación empresarial es válida; si en momento posterior, lo más común es que se trate de un acto contrario a los intereses del excedente y, por tanto, violador de las normas relativas a la excedencia. V., entre otras, las SSTS de 15 de junio de 1.983, 17 de octubre de 1.984, 5 de noviembre de 1.985 o 16 de marzo de 1.988 (R.J. 1.983, 3013; 1.984, 5288; 1.985, 5722 y 1.988, 1.987). En el mismo sentido, ALONSO GARCÍA, op.cit., p. 566.

⁴⁷⁷ Entiende MONGE RECALDE (op.cit., p. 83) que cabe la solicitud antes de finalizar dicho periodo, pero no existe obligación por parte de la empresa de acceder a la misma hasta el momento de la finalización del periodo. Tal conclusión queda corroborada por la STS de 18 de julio de 1.986 (R.J. 1.986, 4245) y STSJ de Cantabria, de 13 de enero de 1.990 (A.S. 1.990, 1840).

⁴⁷⁸ Las Reglamentaciones de trabajo exigían solicitud anterior al agotamiento de la excedencia. Así lo ha entendido también la jurisprudencia (STCT de 17 de mayo de 1.985, RTCT 1.985, 3214; STS de 28 de febrero de 1.987, R.J. 1.987, 1137), salvo ocasionales decisiones en contrario.

⁴⁷⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M: “El reingreso del trabajador en excedencia voluntaria”, *Relaciones Laborales*, 1.987, número 14.

plazo que, en su caso, se haya señalado⁴⁸⁰), ya que, en caso contrario, el derecho se entiende prescrito⁴⁸¹.

Si en el momento del agotamiento del periodo de excedencia no existe tal vacante (correspondiendo al empresario la carga de la prueba⁴⁸²), el trabajador habrá de esperar a que ello ocurra (pues el empresario no está obligado a crearla), pero en tal caso deberá instar la efectividad del reingreso⁴⁸³. Entretanto seguirá manteniendo su derecho de preferencia.

Es así que el periodo suspensivo no está delimitado estrictamente por la ley, de lo cual se infiere que la existencia del contrato del trabajador en excedencia estará permanentemente en "suspense", generándose para el trabajador una situación de inseguridad jurídica.

Esta pendencia indefinida en la que se puede convertir la expectativa de reingreso evidencia en cualquier caso la debilidad del vínculo contractual cuando de un supuesto de excedencia voluntaria se trata. Es decir, la protección que el ordenamiento jurídico otorga al vínculo y al propio trabajador se debilita notablemente, y en ello reside la diferencia fundamental entre uno y otro tipo de excedencia⁴⁸⁴, que aleja a la excedencia voluntaria de la suspensión "pura"⁴⁸⁵.

⁴⁸⁰ La solicitud extemporánea, cuando se haya previsto plazo para ello, habilita al empresario a negar la reincorporación (SSTS de 23 de abril de 1.986 y de 9 de diciembre de 1.993 (R.J. 1.986, 2231 y 1.993, 9763).

⁴⁸¹ SSTC de 18 de febrero, 4 de marzo y 26 de octubre de 1.983 (RTC 1.983, 8, 15 y 26).

⁴⁸² Por aplicación del art. 1214 del Código civil, ya que se trata de un hecho impeditivo: STC de 21 de febrero de 1.986, F.J. 4º (recurso de amparo número 484/1.984) y STSJ de Madrid, de 18 de enero de 1.990 (RTSJ 1.990, 370). El fundamento es la situación de indefensión del excedente, cuyo apartamiento de la empresa no le permite conocer su régimen organizativo actual. En tal sentido, art. 9 del Convenio número 158 OIT, *sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*, de 22 de junio de 1.982.

⁴⁸³ La STS de 21 de abril de 1.986 (R.J. 1.986, 2215) considera que el derecho está sometido también en este caso a prescripción a partir de la producción de la vacante. Sin embargo, la STS de 21 de febrero de 1.992 (R.J. 1.992, 1047), en unificación de doctrina, entiende que el alejamiento del trabajador respecto de la empresa propio de la situación de excedencia le impide conocer la marcha y situación de la plantilla de la empresa y, en consecuencia, le exime del deber de estar al corriente de la producción de vacantes y, por tanto, de instar el reingreso en el momento de producirse la vacante, obligación que se difiere al *momento en el que tiene conocimiento de su existencia*. Con mayor razón si se acordó que la empresa comunicaría dicha nueva al trabajador en el momento en el que tuviera lugar, dentro de los límites del principio de buena fe contractual.

⁴⁸⁴ De ahí la afirmación que VIDA SORIA hace en los *Comentarios a las leyes laborales*: "la excedencia voluntaria no es suspensión, sino pura y simplemente excedencia voluntaria, esto es: otra situación distinta, de "pendencia" en la relación laboral, irreductible al régimen jurídico de la suspensión del contrato" (pág. 28).

⁴⁸⁵ Pues el vínculo es más débil y la extinción de la situación suspensiva está condicionada a la concurrencia de un hecho claro: la existencia de una *vacante*.

Por lo demás, el reingreso tiene carácter obligatorio, equiparándose al despido⁴⁸⁶ el silencio del empresario cuando de él se desprenda la voluntad inequívoca de dar por extinguido el contrato y, por supuesto, su negativa injustificada⁴⁸⁷ (STC de 2 de febrero de 1.985 y SSTS de 7 de mayo de 1.984, 22 de junio de 1.985, y 4 de abril de 1991, entre otras⁴⁸⁸), por cuanto dicha conducta -si es manifiesta-, al negar la existencia del vínculo, se interpreta como voluntad de ruptura del vínculo contractual, pero no la simple inexistencia de vacante⁴⁸⁹ (en tal caso, la acción que procede no es la de despido, que no ha existido, sino la declarativa de reingreso⁴⁹⁰).

A dichas acciones debe añadirse la acción en reclamación de daños y perjuicios por la mora en la aceptación del reingreso debida al empresario (que se niega a la reincorporación del excedente)⁴⁹¹, habida cuenta de que este periodo no será computable a efectos de antigüedad, en cuantía equivalente a los salarios dejados de percibir, que, en todo caso, podrá adicionarse al *petitum* de la acción declarativa: ésta podrá dar lugar a “condena, de ser pedida, a resarcir los perjuicios

⁴⁸⁶El despido es improcedente, ex art. 55, 3 y 4 ET. En tanto despido, le resulta de aplicación el plazo de caducidad previsto en el art. 59. 3 ET, que será computado a partir del momento en el que se produce la negativa empresarial al reingreso.

⁴⁸⁷ Es injustificada también cuando, pese a haber vacante, el empresario niega su existencia (STS de 4 de abril de 1.991, R.J. 1.991, 3250).

⁴⁸⁸ BOE de 5 de marzo de 1.985 y R.J. 1.984, 2982; 1.985, 3448 y 1991, 3250.

⁴⁸⁹ SSTS de 28 de enero y 7 de febrero de 1985 (R.J. 1985, 116 y 615).

⁴⁹⁰ SSTS, u.d., de 23 de enero y 22 de mayo de 1996 (R.J. 1996, 122 y 4610). La STS de 23 de enero de 1.996 (*La Ley*, 25 de marzo de 1.996) establece que constituye “constante doctrina jurisprudencial, reiterada de manera precisa por nuestra S 19 Oct. 1.994, según la cual ante la negativa empresarial a la petición de reingreso desde la situación de excedencia voluntaria quedan abiertas al trabajador dos vías, alternativas y no optativas, para impugnar tal decisión: el proceso de despido cuando dicha negativa, por las circunstancias en que se produce, manifiesta no el mero rechazo del derecho a la reincorporación, sino voluntad inequívoca, aunque se produzca tácitamente, de tener por extinguido el vínculo laboral hasta entonces en suspenso; y el proceso ordinario en aquellos otros supuestos en que la negativa denota simple desconocimiento del mencionado derecho, pero sin negar la persistencia de la relación de trabajo, aunque con voluntad de que se conserve en suspenso”. Dicha acción procede tanto en el momento de instar el reingreso, para que sea declarado su derecho al mismo, como, posteriormente cuando, con posterioridad a la solicitud, se produce la vacante (se trataría, por tanto, de una segunda solicitud de reingreso, ya que, rechazada la primera, el trabajador excedente deberá instar su reingreso de nuevo cuando se produzca otra vacante: su derecho expectante -acompañado siempre de acción de reingreso- le asiste para solicitar su readmisión tantas veces como sea necesario). Pero cada una de las acciones debe ejercitarse en función de cuál haya sido la respuesta del empresario: si se trata de inequívoca voluntad extintiva, procederá la acción de despido, sometida a caducidad, y si la respuesta simplemente ha desconocido el derecho al reingreso, sin permitir deducir voluntad extintiva, la acción procedente será la declarativa, no sometida a plazo de caducidad. De tal modo, declaran las SSTCT de 12 y 30 de septiembre de 1.986 (RTCT 1.986, 7700 y 8583), que la de despido excluye la posterior reclamación mediante acción declarativa si la primera ha reconocido la extinción de la relación laboral al absolver a la empresa y desestimar la primera reclamación.

⁴⁹¹ STSS de 28 de febrero de 1.989 y de 6 de febrero de 1.991 (R.J. 1.989, 960 y 1.991, 808). En el mismo sentido, ALARCÓN CARACUEL: “¿Equivale al despido la ‘no readmisión’ del trabajador tras la excedencia forzosa?”, *Revista de Política Social*, núm. 132, 1.981.

sufridos, normalmente equivalentes al valor de los salarios dejados de percibir, pero no desde que la negativa se produjo, sino desde la fecha de presentación de la papeleta de conciliación, tal como declara nuestra sentencia de 14 Mar. 1.995” (STS de 23 de enero de 1.996⁴⁹²).

⁴⁹² *La Ley*, 25 de marzo de 1.996.

CAPÍTULO II:

**LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
POR MATERNIDAD.
NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA.**

Introducción

El presente capítulo tiene por objeto el examen de la suspensión del contrato de trabajo cuando ésta sea debida a una particular circunstancia: la maternidad o, en sentido amplio, la procreación. Dicho de otro modo, se trata de analizar el impacto suspensivo sobre el contrato de trabajo por el nacimiento de un hijo. Siendo tal circunstancia una causa suspensiva, se impone el estudio de la figura de la suspensión del contrato. Puesto que dicho análisis ya ha sido realizado en el capítulo precedente, al que debe efectuarse la oportuna remisión, en el presente la atención debe obligatoriamente centrarse en aquellos aspectos de la suspensión que sean propios de la causa que se examina, obviando todos aquellos que, por ser generales, resultan de aplicación a todos los supuestos que encajen en la institución de referencia.

Y si la suspensión puede abordarse desde un punto de vista abstracto y desde un punto de vista positivo, o, lo que es lo mismo, desde su fundamento y filosofía, y desde su regulación en el Derecho positivo, español o comparado, la opción más acertada es sin duda adentrarse en el primero de los campos descritos para buscar la esencia de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad y su especificidad frente al resto de los supuestos suspensivos, hallar las respuestas a las cuestiones que plantea la regulación positiva de tal derecho, tarea que se aplaza para el siguiente capítulo.

Antes de acometer el análisis del tema propuesto debe hacerse una precisión terminológica en torno al concepto de "maternidad". Cuando se emplea el término, que, según el Diccionario de la RALE no tiene más significado que "cualidad de madre", el ordenamiento jurídico-laboral (cualquier ordenamiento jurídico, ya que en el Derecho comparado se emplean términos similares: *maternity*, *maternité*, *Mutterschutz*, *maternità*, *maternidade*) quiere hacer referencia a una circunstancia muy concreta. En verdad, se trata de uno de esos casos en los que el Derecho ha hecho suyo el término y le ha atribuido un significado especial y propio dentro del lenguaje jurídico -en este caso, ceñido a un ámbito muy concreto: el Derecho del Trabajo- pero carente de significado en otro contexto lingüístico. En efecto, para el Derecho

ordenador de las relaciones de trabajo "maternidad" es un término que permite englobar varias situaciones diferentes: el embarazo, el parto (con el que tiene lugar la adquisición de la cualidad de madre) y el puerperio. Quiere ello decir que el legislador ha optado por una terminología más acorde con la realidad del hecho protegido, abandonando la vieja expresión "alumbramiento de la mujer trabajadora" que utilizaba la Ley de Contrato de Trabajo.

La expresión, entendida en un sentido amplio, permite abarcar también periodos adicionales de ausencia del trabajo por parte de la trabajadora, dedicados a los mismos fines que la suspensión conexas al embarazo, parto y puerperio: el cuidado del bebé.

Debe efectuarse una última precisión, en torno a la utilización del término "maternidad" en una segunda acepción, omnicomprendiva de las situaciones referidas -embarazo, parto y puerperio- respecto de ambos progenitores, para hacer referencia tanto a la madre como al padre. Cuando se emplean expresiones como las de "periodo de descanso por maternidad" o "suspensión del contrato por maternidad" en realidad se está aludiendo a un periodo que puede ser disfrutado en régimen de reparto por ambos progenitores o que incluso, cabe que sea disfrutado sólo por el padre, por vía indirecta: cuando la madre sea sustituida en el mismo por aquél, al no ser posible su disfrute por causa de su fallecimiento durante el parto. Por tanto, es susceptible de ser utilizado en lugar del más exacto "descanso por paternidad" o "suspensión del contrato por paternidad". Por eso puede decirse que, en ocasiones como las que acaban de referirse, la expresión "maternidad" adopta un significado neutro, al aplicarse en sentido extensivo. En consecuencia, dos son los supuestos en los que el término recibe una aplicación extensiva: en materia de periodos temporales suspensivos -denominados todos ellos "suspensión por maternidad"-, v.g. descanso por embarazo, parto y puerperio por un lado, y excedencia por cuidado de hijos por el otro, y en el campo de los sujetos facultados para hacer uso del "permiso por maternidad" -que pueden ser tanto la madre como el padre, en cuyo caso puede decirse que el permiso por maternidad se torna en "permiso por paternidad". Resulta preferible emplear el término "permiso parental", para hacer alusión al derecho de ambos progenitores¹. Sin embargo, los equívocos a los que conduce su utilización en el contexto legislativo actual podría provocar confusiones en torno a la figura a la cual se está aludiendo, desviando la atención del lector hacia la excedencia por cuidado de hijos (que, en puridad, debiera llevar tal título). Tales consecuencias fuerzan, desafortunadamente, el empleo de un lenguaje menos depurado pero más conforme a la realidad legal española, en la que ha adquirido fijeza el término "excedencia". Es por ello que, si bien se opta por respetar la figura en sus términos legales, se insta a la

¹ En el mismo sentido, GARCÍA NINET, J.I.: "La regulación del permiso parental y por maternidad". *Tribuna Social*, núm. 52, 1995.

reforma de la misma, que sirva tanto para desterrar la consabida distribución de roles como la vetusta figura de la excedencia.

I. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FIGURA.

El interés que se tutela - el hecho biológico de la maternidad- trasciende de la propia persona del trabajador hasta un tercero, el menor, cuya especial fragilidad lo hace digno de tutela por parte del Derecho y, en concreto, en lo que puede afectar su nacimiento al normal desarrollo de la relación laboral, por el sector normativo al que se está haciendo referencia. De ello nace una especial naturaleza de este supuesto suspensivo, que a lo largo de su evolución histórica le da el carácter que hoy tiene: el de un derecho a través del que se protege un interés que trasciende lo individual, y del que puede predicarse una dimensión social.

La maternidad es una de las causas suspensivas más tradicionales en nuestro Derecho. Afirma BOU VIDAL que "la maternidad es objeto de protección por nuestra legislación laboral, desde sus albores, y también lo es que la primera vez que se tomó en consideración lo fue en la forma de producir la suspensión del contrato de trabajo"², y VIDA SORIA que "es quizás la causa más tradicional", al situarse su origen en el Convenio de la OIT de 1.919, *sobre asistencia y auxilio a las obreras*³. CARRO IGELMO le concede mayor trascendencia, al situar el nacimiento del Derecho del Trabajo precisamente en la necesidad de dar protección "a los más necesitados: niños y mujeres", situando su génesis en 1.878 y 1.900 respectivamente⁴.

En todo caso, debe hacerse especial hincapié en que la protección legal de la maternidad desde el ámbito del Derecho industrial o social se instrumenta por primera vez como interdicción del empleo de las mujeres durante cierto periodo del embarazo (las últimas semanas) y el puerperio. Es decir, como prohibición de dar trabajo a las mujeres que se hallen en tales situaciones, impidiendo que puedan hallar empleo en las fábricas (ya que las primeras leyes regulan el trabajo en las industrias) durante ese tiempo. Ello implica, además, que, cuando se trate de mujeres ya empleadas en algún trabajo, la prohibición se torne en interdicción temporal de la continuación del trabajo o, lo que es lo mismo, en la interrupción del trabajo sin derecho a salario: en definitiva, en suspensión del contrato de trabajo.

² BOU VIDAL, M.: *El contrato de trabajo de las mujeres*. Barcelona, Bosch, 1.962, p. 239.

³ VIDA SORIA, J.: "Suspensión del contrato de trabajo". AA.VV.: *Comentarios a las leyes laborales*. Vol. IX. EDERSA, Madrid 1.983. P. 52. Señala el autor que "los efectos del convenio han hecho que esta causa suspensiva haya sido detalladamente regulada por las diversas legislaciones nacionales de una forma inusual en comparación con el tratamiento que se da a otros supuestos o causas de suspensión".

⁴ "El Derecho del Trabajo, desde el punto de vista positivo, nació con las Leyes de protección". CARRO IGELMO, A.J.: *La suspensión del contrato de trabajo*. Barcelona, 1.959, p. 79.

Su reconocimiento como derecho se produce con el inicio del siglo XX, por la *Ley de mujeres y niños de 13 de marzo de 1.900*⁵, desarrollada por el Reglamento de 13 de noviembre del mismo año. Dicha ley se inscribe en una línea común a todos los ordenamientos occidentales, que arranca de la Conferencia de Berlín de 1890, en la que tuvo lugar la primera toma de conciencia pública sobre la necesidad de prohibir el trabajo a la mujer durante el periodo subsiguiente al parto, recomendándose que la duración de éste sea de cuatro semanas. Esta iniciativa fue pronto secundada en los Estados europeos, como queda patente en la Conferencia de Berna de 1906, situándose a la cabeza Suiza y Alemania, esta última pionera en el reconocimiento de tal derecho⁶, con su Ley de 1.878⁷, e impulsora de la Conferencia.

En lo que a España se refiere, también halla eco dicha propuesta, iniciándose los trabajos preparatorios para darle forma el 14 de abril de 1891, fecha en la que la Comisión de Reformas Sociales, presidida por Cánovas (quien también presidía el Consejo de Ministros), entrega un proyecto al gobierno (el "Proyecto Cánovas"), en el que, siguiendo la línea de la Ley alemana de 1 de junio de 1891 (por la que se modifica la de 1.878), se establece que "las paridas no pudieran ser admitidas en los establecimientos industriales o mercantiles sino después de las cuatro semanas siguientes al parto". Con posterioridad, el 25 de mayo del mismo año se presenta en el Senado un proyecto de Ley sobre el trabajo de la mujer, que resulta ser menos ambicioso que su precedente, ya que se limita a establecer en su art. 3 que "se prohíbe emplear a las mujeres, durante los días inmediatos al parto, en trabajos notoriamente perjudiciales a su salud". Por tanto, a pesar de reconocer el derecho con independencia del tipo de establecimiento en el que se prestase el trabajo, ni fijaba lapso temporal ni hacía extensivo el derecho a cualquier clase de trabajadora, sino a las que desempeñasen trabajos "notoriamente perjudiciales a su salud".

En cualquier caso, el proyecto finalmente no pudo ver la luz, quedándose, por tanto, en mero proyecto que podía ser retomado en el momento en el que existiera una seria y firme intención de darle apoyo parlamentario. Ello ocurrió ocho años más tarde, el 30 de noviembre de 1899, de manos del Ministro de la Gobernación, Sr. Dato, quien presentó un proyecto de Ley ("Ley Dato") en el que se refundían las dos anteriores propuestas en un nuevo texto, de signo más restrictivo que la primera de las iniciativas legales (la de la Comisión de Reformas Sociales), ya que se reducían las cuatro semanas iniciales de descanso a tres, pero, por otra parte, más beneficioso en

⁵ Gaceta de Madrid, de 14 de marzo. De la misma fecha, art. 28 bis b) de la Ley belga de 1.900.

⁶ Sin embargo, la Ley suiza es más beneficiosa que la alemana, al regular un descanso de ocho semanas, "antes y después del parto".

⁷ Dicha ley reforma el art. 135.5 del Código industrial o *Gewerbeordnung* (*GewO*). Posteriormente, la Ley de 1 de junio de 1.891 vuelve a reformar el Código (art. 137.5), disponiendo que "las mujeres parturientas no deben ser ocupadas en general durante las cuatro semanas que siguen a su marcha y durante las dos semanas siguientes si el certificado de un médico no declara el trabajo admisible".

el espectro de sujetos beneficiados (todo tipo de establecimientos) y de trabajos protegidos (aunque no fueran notoriamente perjudiciales para la salud de la mujer). Este nuevo proyecto acabó convirtiéndose en Ley de 13 de marzo de 1.900, *sobre el trabajo de las mujeres y de los niños*⁸.

El art. 9 de la Ley de 1.900 es, por tanto, la primera norma en el Derecho español donde se dispone la suspensión del contrato de trabajo por causa de alumbramiento. Si bien la ley no menciona expresamente el término "suspensión" del contrato, sí hace referencia al derecho al descanso, al que debe entenderse equiparable la suspensión, porque ésta no es sino la consecuencia de aquél: ejercido el derecho al descanso por maternidad, queda suspendido el contrato en beneficio de la trabajadora.

El descanso puerperal nace en el Derecho español, como en el Derecho comparado, como derecho-deber para la trabajadora, acomodándose ya desde sus inicios a la estructura que conserva todavía hoy (derecho al cese en el trabajo sin remuneración alguna y con reserva del puesto de trabajo para la reincorporación posterior). En efecto, la incidencia del parto sobre el contrato de trabajo opera desde dos perspectivas, que pueden observarse en el Derecho europeo de la época: como prohibición de trabajar de la trabajadora e interdicción al empresario de emplear o darle ocupación, respecto de aquellas mujeres que se hallen en un estado avanzado del proceso de gestación o que hayan dado a luz recientemente, y, en segundo lugar, como derecho de la trabajadora a ausentarse y a que le sea reservado el puesto de trabajo con ocasión de tales eventos. Dispone el citado art. 9 que "no se permitirá el trabajo a las mujeres durante las tres semanas posteriores al alumbramiento". Por su parte, el art. 18 del Reglamento de la Ley (de 26 de marzo de 1.902) establece que "las mujeres que hayan entrado en el octavo mes de embarazo *podrán solicitar* del patrono el cese en el trabajo...". Se concibe, por tanto, como un derecho que puede llegar a obligar tanto al patrono como a la propia trabajadora. En definitiva, la ley se limita a establecer un periodo de tres semanas, ampliables a cuatro de existir riesgo para la salud de la parturienta acreditado mediante certificación médica, conservando entretanto su puesto de trabajo ("se le reservará su puesto una semana más"). Tal reconocimiento constituye un gran logro para el Derecho español, en el que no había existido norma semejante hasta el momento. Sin embargo, el derecho reconocido es exiguo si se compara con el que se regula en otros Derechos europeos de la época, v.gr., la *Loi fédérale concernant le travail dans les fabriques du 23 de mars de 1877* de Suiza, cuyo art. 45 reconoce el derecho a la reserva de plaza durante un periodo de ocho semanas, de las cuales son obligatorias un mínimo de seis semanas, posteriores al

⁸ Con ello el Estado español se adelanta al francés, en el que no existe Ley sobre la materia hasta promulgarse la de 27 de noviembre de 1.909, incorporada el 28 de diciembre de 1.910 al Código de Trabajo (art. 29, Libro I), como causa de suspensión de trabajo que impide la ruptura del *contrat de louage*.

parto. Y, lo que es más importante, la obligatoriedad no existe en la práctica, porque *la ley no se cumple*. Como señalan las crónicas de la época, "esas Leyes, en lo que a la madre obrera se refería, no se hicieron odiosas, porque no se cumplieron. La misma obrera era la que tenía más interés en no cumplirlas. La inspección del trabajo no tenía valor para hacerlas cumplir, y las Sociedades obreras vieron pronto su ineficacia y las abandonaron"⁹. La razón era clara: el abandono temporal del trabajo sumía a la trabajadora que vivía de su trabajo en un estado de necesidad próximo a la miseria, que no fue reparado hasta el establecimiento del seguro de maternidad.

En lo que a la naturaleza suspensiva de la figura se refiere, el primer reconocimiento del derecho al descanso se articula como "derecho a la reserva del puesto de trabajo"¹⁰.

Con posterioridad, y por mor de la reforma operada siete años más tarde, a través del la *Ley de 8 de enero de 1.907*¹¹ (conocida como *Reforma Conde de Romanones*) el descanso se amplía hasta cuatro semanas. El reformado art. 9 establece por una parte que "no se permitirá el trabajo a las mujeres durante un plazo de cuatro a seis semanas posteriores al alumbramiento" (que en ningún caso será inferior a cuatro semanas) y, por la otra, que el patrono reservará a la obrera durante ese tiempo su puesto en el mismo" y que "las mujeres que hayan entrado en el octavo mes de embarazo podrán solicitar el cese en el trabajo... en cuyo caso tendrá derecho a

⁹ Instituto Nacional de Previsión: "El Seguro de maternidad. Anteproyecto y justificación de sus bases". Publicaciones del INP. Madrid, 1928, p. 21. En el mismo sentido, ARGÜELLO: "haciendo el autor de estas líneas una visita a una fábrica de conservas de pescado, de Laredo, encontré, en cierta ocasión, tranquilamente sentada sobre u suelo húmero y trabajando en el descabezado de la sardina, a una mujer que había dado a luz el día anterior. Y si bien este caso puede ser considerado como excepcional, el hecho de reanudar la vida y el trabajo cotidianos a los tres o cuatro días después del parto adquiere ya entre nuestras obreras caracteres de normalidad aceptada (...) Lo que en todo caso puede afirmarse sin reparo es que *ninguna*, salvo caso de complicación que imponga la permanencia en el lecho o en domicilio, suspende la diaria labor durante el periodo de cuatro o seis semanas, establecidas generalmente en las leyes protectoras." (ARGÜELLO, A.L.: "El seguro de maternidad (Datos y experiencias)". Conferencia Nacional del Seguro de enfermedad, invalidez y maternidad. Noviembre de 1922. Documentos de información, núm. 4. Editorial Ibérica, Madrid, 1922, p. 54).

¹⁰ "Pero ese derecho tiene como condición el deber de reposar. Si ella no guarda el reposo, el patrono no tiene la obligación de reservarle su plaza" ("El subsidio de maternidad". Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión. Segunda edición. Madrid, 1923, p. 9).

¹¹ BOU VIDAL (op.cit., p. 187) señala como fundamento de la reforma las protestas vertidas en el Congreso de la Unión de Trabajadores de España, celebrado en mayo de 1.905, sobre la posible confusión a la que podía conducir la divergencia de criterios entre la Ley y el Reglamento, necesitada de una oportuna aclaración, que se articuló en forma de ley. El propio Instituto Nacional de Previsión, en una publicación de la época, donde se recoge el anteproyecto de la ley de seguro de maternidad de 1929 y la justificación de sus bases, justifica la reforma como el resultado de ciertas presiones, tanto de la que provenía de las legislaciones más beneficiosas de otros Estados "más generosos" como de las asociaciones de trabajadores ("ya más numerosas y fuertes") o "una mayor generalización en la conciencia de la solidaridad social" (Instituto Nacional de Previsión: "El Seguro de Maternidad. Anteproyecto y justificación de sus bases". Publicaciones del instituto Nacional de Previsión. Madrid, 1928. P. 20).

que se le reserve el puesto que ocupa". Es decir, se reconoce el derecho a dos tipos de descansos: uno obligatorio, el puerperal, regulado en el primer párrafo ("no se permitirá el trabajo...") y otro facultativo y adicional, previo al parto, que puede solicitarse a partir del octavo mes de embarazo y que se condiciona a la aportación de certificado médico favorable ("será de cinco o de seis, si de una certificación facultativa resultase que la mujer no puede, sin perjuicio de su salud, reanudar el trabajo"). De esta manera nace la conocida estructura del descanso anterior y posterior, que se repite sin excepción en todos los ordenamientos jurídicos vigentes, y que se ha mantenido desde sus inicios a lo largo de todo el siglo prácticamente inalterada, salvando la ampliación de cada uno de los periodos y la adición tardía de un segundo periodo adicional, posterior al descanso puerperal obligatorio, con motivo de la ampliación legal del bien jurídico tutelado, al dar entrada a la protección de la relación materno-filial (y no sólo a la protección de la salud) bajo la misma figura suspensiva.

La siguiente reforma del descanso maternal se realiza por el *Decreto-Ley de 21 de agosto de 1.923*, por el que se vuelve a modificar el art. 9 de la Ley de 1.900. Debe destacarse con especial énfasis esta norma y esta fecha -1923- como el inicio de una nueva fase en la protección de la maternidad en España, ya que a partir de este momento, además de constituirse una protección integral, tanto en lo que se refiere al descanso maternal-suspensión del contrato como a su cobertura económica a través de un subsidio público, las normas que regulen la duración y régimen jurídico del descanso serán en su mayor parte provenientes de la legislación de subsidios o de seguros de maternidad (a pesar de que la Ley de Contrato de Trabajo de 1.944 sí contenga normas que afecten directamente a la materia, lo cual se debe, sin duda, al hecho de que se contemple entre las posibles incidencias que puede sufrir el contrato especial de las mujeres, al que se dedica una sección especial en la ley).

La nueva redacción del art. 9.1 (que será retomada más tarde por los arts. 166 y 167 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1.944, aunque alterando el orden de los cinco apartados que contiene este precepto), amplía el descanso hasta seis semanas posteriores al parto y reitera las previsiones introducidas por la legislación anterior¹² con respecto a la posibilidad de abandonar el trabajo a partir de octavo mes de embarazo, con una anterioridad de seis semanas a la fecha prevista para el parto. A ello añade dos nuevas situaciones protegidas, que se concretan en: 1ª la posible ampliación del periodo de reserva debida a causa patológica, constitutiva de incapacidad temporal ("con motivo de una enfermedad que, según certificado médico, sea consecuencia del embarazo o del parto y la incapacite para trabajar"), hasta un

¹² Durante la misma época pueden hallarse en el Derecho comparado legislaciones más beneficiosas, como la holandesa, cuya Ley de 1 de noviembre de 1919, sobre el trabajo, reconoce en el art. 11.1º el derecho a un descanso de ocho semanas, de las cuales seis han de disfrutarse obligatoriamente después del parto.

máximo de veinte semanas; y 2ª los efectos neutros del error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto a efectos del disfrute del descanso reconocido.

Este Decreto es el primero en establecer un sistema de subsidios, aunque provisional (en tanto no se constituyera el seguro de maternidad), para la protección de la maternidad. En su art. 3 b) condiciona la concesión del subsidio a tres requisitos, uno de los cuales es abstenerse de todo trabajo durante dos semanas. Con esta regla está introduciendo un desfase entre la legislación estrictamente laboral y la de previsión social¹³, ya que, con independencia del reposo que resulte preceptivo según las leyes sociales, el Decreto de 1.923, relativo al subsidio de maternidad, establece un periodo mínimo de reposo como condición necesaria para gozar del mismo, que será de dos semanas, durante las cuales queda prohibido todo tipo de trabajo¹⁴.

El *Real Decreto-Ley de 22 de marzo de 1.929*, elaborado por el gabinete de Eduardo Aunós¹⁵, es el instrumento por el que se adapta el ordenamiento español al Convenio de la OIT núm. 3, de 1.919¹⁶ (ratificado por Ley de 13 de julio de 1922)¹⁷, derogando la vieja Ley de 1.900¹⁸, y por el que se instaura en España el primer seguro -

¹³ Este desfase no es exclusivo del Derecho español: puede ser observado en el Derecho comparado. Así sucedía también en el primer Derecho social de Alemania (años 1878 y 1891), entre el Código industrial, que prohibía el trabajo durante ocho semanas, y las cajas de seguros, que sólo otorgaban subsidios durante seis semanas. En este país, la coordinación entre ambos tipos de normas no tiene lugar hasta la Ordenanza federal de 19 de julio de 1.911.

¹⁴ El folleto informativo editado por el Instituto Nacional de Previsión define claramente qué debe entenderse por "abstenerse de todo trabajo durante dos semanas": "¿qué es eso? ¿Que durante dos semanas no pueda ni levantar una silla? ¿Que el octavo o el décimo día, si se siente ya fuerte, no pueda llevar la comida a su marido, ni lavar los pañales del hijo, ni distraerse racimando una hora en la viña u otra ocupación por el estilo? No, no es eso lo que quiso decir el legislador. Quiso decir que la madre en esos días no puede ir a la fábrica, al taller o al tajo donde trabajaba, ni a otro centro de trabajo análogo a hacer su tarea de obrera o de empleada. Quiere decir que no puede dedicarse ni para sí misma a tareas igual o análogamente fatigosas que las de su trabajo habitual; por ejemplo, a cultivar su huerto o a lavar en el río durante horas y horas" ("El subsidio de maternidad". Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión. Segunda edición. Madrid, 1923, ps. 8-9). Con posterioridad, el art. 28 del Reglamento por el que se desarrolla la Ley de 22 de marzo de 1.929 proporcionará una definición legal de descanso.

¹⁵ Real Decreto-ley núm. 938, publicado en la *Gaceta* de 24 de marzo.

¹⁶ Con ello se adelanta a otros Derechos europeos, como el francés, en el que la nueva Ordenanza de 2 de noviembre de 1945, por la que se reforma el art. 54 a del Code du travail, reconoce el derecho a un total de 8 semanas de descanso, seis de las cuales deben ser posteriores al parto. El ordenamiento francés no se adapta al Convenio de la OIT hasta el año 1955, a través del Decreto de 2 de febrero, por el que se introducen los artículos 29 a 29 a en el Code du travail. Debe decirse, no obstante, que en las referidas normas no se exige acreditación de la circunstancia suspensiva para el ejercicio del derecho, pudiendo realizarse sin preaviso.

¹⁷ Así se declara en el anteproyecto del seguro y en la Exposición de Motivos del texto definitivo: "su origen próximo está en el Convenio de Washington (1919), ratificado por España en la Ley de 13 de julio de 1922".

¹⁸ La cláusula derogatoria de la Ley deroga la Ley de 13 de marzo de 1.900 y su Reglamento de 26 de marzo de 1.902.

obligatorio- de maternidad. Este innovador texto legislativo concede el derecho a una ausencia total de doce semanas (seis anteriores al parto y seis posteriores a éste), cuyo disfrute se garantiza a través de un sistema de infracciones y sanciones (impuestas por la Inspección), en el que se sanciona pecuniariamente la conducta empresarial consistente en "haber coaccionado a la obrera para que trabajase a su servicio durante el periodo de reposo legal. Se entenderá por coacción la amenaza de despido por no reanudar el trabajo, o cualquier otro medio directo o indirecto que produzca en la obrera el temor de perder la colocación" (art. 84.3).

La base tercera del anteproyecto (de 21 de diciembre de 1.927) de dicho seguro de maternidad disponía en su número 2, párrafo 1º, que "los beneficios serán un descanso o abstención del trabajo, que será obligatorio durante las seis semanas posteriores al parto". Sin embargo, el texto definitivo sustituyó la referencia al descanso o abstención del trabajo por "una indemnización durante el *descanso*, que será obligatorio durante las seis semanas posteriores al parto".

El segundo y tercer párrafos de la ley establecían lo siguiente: "se reconoce a la asegurada el derecho a descansar y a la indemnización consiguiente desde seis semanas antes del parto, mediante una declaración del médico o de la comadrona, en la que prevea que sobrevendrá el parto probablemente dentro de ese periodo. El Reglamento regulará los casos en que durante el período de implantación del Seguro pueda ser limitada la cuantía de las indemnizaciones"¹⁹.

El derecho, que se extiende también a las empleadas, se continúa condicionando, como en ciertos ordenamientos europeos hoy vigentes (o recientemente derogados, v.gr., ley italiana de 9 de diciembre de 1.977), a la previa presentación -al empresario- de certificado médico, cuya eficacia es iniciar el cómputo de la reserva del puesto de trabajo de la obrera ausente.

Las disposiciones de la ley de 1.929 son desarrolladas en el Reglamento de 29 de enero de 1.930²⁰. A partir de este momento, los textos legislativos posteriores no hacen sino repetir la misma estructura consagrada por el Convenio OIT núm. 3 y, en el Derecho español, por la ley de 1.929: no en vano se trata de leyes que refunden disposiciones anteriores dispersas. Los periodos reconocidos y el régimen del descanso será el mismo en todos ellos: *Ley del contrato de trabajo de 1.931* y *Texto Refundido de la misma de 1.944*, *Ley de Relaciones Laborales de 1.976*, y finalmente *Estatuto de los Trabajadores de 1.980* (pues no resulta modificado hasta nueve años más tarde)²¹.

¹⁹ El anteproyecto autorizaba la limitación del periodo de descanso inicialmente reconocido: "el Reglamento determinará los casos en que podrá disminuir el periodo de descanso y las cantidades que habrán de adjudicarse como compensación a él y para su asistencia facultativa en el parto o con ocasión de él."

²⁰ Real Decreto núm. 300, publicado en la *Gaceta* del 1 de febrero.

²¹ Sobre la evolución de la figura de la suspensión del contrato de trabajo en el Derecho español, V. epígrafe 1.3.4, *Derecho positivo*, del capítulo anterior.

En efecto, así se recoge en el art. 166 LCT 1.944 (transposición del art. 9 del Decreto-Ley de 21 de agosto de 1.923, lo cual no deja de ser cuanto menos curioso, teniendo en cuenta que dicha normativa había sido sustituida por la Ley de 1.929), que dispone que "cualquiera que sea el contrato suscrito, toda mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo tendrá *derecho a abandonar el trabajo*, siempre que presente certificado médico en que se haga constar que el alumbramiento se producirá aproximadamente en el término de seis semanas, y no se reintegrará a su ocupación hasta que transcurra igual periodo de tiempo posterior al parto". Se reitera, por tanto, el requisito del certificado médico para el ejercicio del derecho, así como la duración y estructura del descanso, sin perjuicio 1º de la posible prórroga del descanso debida a enfermedad provocada por el parto, en cuyo caso el periodo adicional, de hasta veinte semanas en total²², es atribuible a circunstancia distinta: la incapacidad para el trabajo²³; y 2º de la ampliación del periodo de descanso debido a "error del médico en el cálculo de la fecha del parto", pues éste "no podrá perjudicar nunca los derechos anteriormente reconocidos a las obreras embarazadas o parturientas".

Sin embargo, en lo que a estos efectos interesa, es decir, la evolución de la figura suspensiva como tal, sí se aprecian interesantes cambios. En primer lugar, la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1.931 comienza por sustituir la obligación de reserva de puesto de trabajo por la prohibición de extinción del contrato (art. 90.3). El contenido del precepto se reproduce íntegramente en el art. 79.3 de la LCT de 1.944: "no terminará el contrato de trabajo por ausencia de la obrera, fundada en el descanso que, con motivo de alumbramiento, señala la legislación vigente".

La transcripción íntegra del art. 90.3 LCT 1.931 al 79.3 LCT 1.944 convierte el derecho de la trabajadora en una combinación de reserva de puesto y de prohibición de despido²⁴, mientras que en la ley originaria sólo se formulaba negativamente, como interdicción de la terminación del contrato fundada en tales motivos. Pero en realidad

²² El Decreto de 2 de febrero de 1955, reformador del Code du travail francés, no reconoce más que un máximo de once semanas en total, por lo cual sólo es de cinco semanas la ampliación extraordinaria por enfermedad debida al parto (que así conste en certificado médico).

²³ Art. 167 segundo párrafo: "dicha obligación del patrono (de reserva de puesto) persistirá hasta un plazo máximo de veinte semanas, en el caso de que la mujer abandone su trabajo o permanezca ausente de él durante periodos más largos que los señalados en el artículo precedente, con motivo de una enfermedad que, según certificado médico, sea consecuencia del embarazo o del parto y la incapacite para trabajar..."

²⁴ Ésta es la estructura que puede observarse en el Derecho comparado de la época e incluso vigente y en la que se basan caracterizaciones como la de YAMAGUCHI (*La théorie de la suspension du contrat du travail: ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la Communauté Européenne*. París, 1.963, p. 189). Según el citado autor, la regla de la suspensión del contrato en caso de maternidad resulta de dos tipos de disposiciones que se complementan mutuamente (y que se completan por las que se dirigen a preservar a la mujer de las dificultades económicas que pudiera generar su inactividad laboral): las que prohíben al empleador ocupar a la mujer durante el periodo inmediatamente siguiente al parto y las que le prohíben durante un cierto periodo anterior y posterior al mismo utilizar como "pretexto" para instar el despido la disminución del rendimiento o la interrupción de la prestación laboral.

ello no es así: se corresponde, por el contrario, con una observación parcial de la legalidad correspondiente al momento histórico que está siendo observado. Se trata de una confusión a la que puede inducir la dispersión de normas conexas, la "legislación vigente" a la que remiten sendos preceptos. La legislación vigente a la que alude la LCT son, en la de 1.944, los arts. 166 y 167 del propio texto (que constituyen la traslación de lo dispuesto en los tres párrafos del art. 9 .1 del Real Decreto de 21 de agosto de 1.923, mantenido en vigor por el art. 106 del Reglamento de 29 de enero de 1.930, de la Ley de 1.929) y a la ley del seguro de maternidad (Ley de 22 de marzo de 1.929). En cuanto a la de 1.931, debe entenderse que lo son las disposiciones que acaban de mencionarse: la Ley sobre seguro de maternidad, de 22 de marzo de 1.929, y su Reglamento de 29 de enero de 1.930 (arts. 27 y 28, en los que la norma consagra una definición legal del "derecho al descanso"²⁵), es decir, normas ajenas a la normativa estrictamente laboral (que fueron sustituidas por el Reglamento del Seguro de Enfermedad, aprobado por Decreto de 11 de noviembre de 1.943), sin perjuicio de la vigencia del Código de Trabajo de 1.926, mantenido parcialmente en vigor incluso por el Texto Refundido de 1.944. Por consiguiente, si en ellas se establecía la reserva de puesto, debe concluirse que también bajo la Ley de 1.931 el régimen de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad se componía de dos clases de normas: las de carácter positivo, en las que se reconocía un derecho a descanso o ausencia por alumbramiento, y las de carácter negativo, en las que se establecía que dicha ausencia no podía ser motivo suficiente para dar por terminado el contrato. Es decir, la ley de 1.944 no introduce variación alguna a este esquema legal, limitándose a refundir ambos tipos de disposiciones en un mismo texto legislativo.

El Reglamento del Seguro de Enfermedad, aprobado por Decreto de 11 de noviembre de 1.943 también se detiene en la regulación del derecho al descanso por maternidad en sus arts. 52 y ss. En dichos preceptos se efectúa una clara distinción entre el periodo obligatorio y el descanso voluntario (que puede devenir obligatorio si el facultativo así lo aconseja, por razones de salud, ex art. 53) estableciéndose la obligación de disfrute ininterrumpido de ambos: es decir, una vez comenzado el disfrute del descanso voluntario anterior al parto (si se opta por él), no podrá tener lugar la reincorporación hasta haber agotado el obligatorio, ulterior al parto. Se establece, asimismo, la incompatibilidad con cualquier clase de trabajo, siempre que sea remunerado (art. 57 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Enfermedad, SOE).

²⁵ Establece el art. 28 que "se entenderá por descanso legal la cesación, durante el plazo a que se refiere el artículo anterior, de todo trabajo que, a juicio del médico o de la matrona, pueda ejercer influencia nociva sobre el parto, sobre la madre o el hijo, y desde luego: a) la cesación temporal en el trabajo a que habitualmente se dedicaba en el establecimiento industrial, mercantil o agrícola, en la oficina o en su propio domicilio; b) la cesación, igualmente temporal, de trabajos y esfuerzos análogamente nocivos en otro establecimiento o de índole distinta a la habitual."

La suspensión se denomina en estos textos con variados nombres, entre los que no figura en ningún caso el término "suspensión", reservada para un solo caso: la existencia de causa no prevista ni imputable al empresario, basada en motivos fundados (esta exigencia sólo aparece en la ley de 1.944, art. 30). Se habla de "abandono del trabajo", de "interrupción en el trabajo", de "descanso" o "ausencia", y de "reserva del puesto de trabajo"²⁶, como si la suspensión del contrato no fuera identificable con la ausencia-reserva del puesto y, sin embargo, así se deduce de la ley. Del art. 167 LCT 1.944 ("el patrono reservará a la obrera u operaria su puesto en el trabajo durante el tiempo que está obligada o autorizada a dejarle") parece colegirse que la reserva de puesto es el derecho que nace de la *suspensión forzosa del trabajo* (no del contrato) debida al alumbramiento.

En cuanto a los efectos de la suspensión, nada se establece expresamente en la ley. Respecto de la LCT de 1.944, señala CAÑADA VALLE que "el tiempo de inactividad que la operaria permanece con ocasión o como consecuencia del parto se tendrá por no transcurrido²⁷. Por tanto, viene a decir que no se computará dicho periodo como tiempo de permanencia en la empresa a efectos de antigüedad. ¿O cabe entender que está haciendo referencia, por el contrario, a que la ausencia carece de efectos negativos para el contrato de trabajo?

La *Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1.976* (Ley 16/1.976) da un giro en la evolución de la figura, al incorporar en un mismo texto y precepto la suspensión "ordinaria" y la suspensión "por excedencia", ambas reguladas en el art. 25.4 de la sección VIII, bajo el título "jornadas, horarios y descansos laborales". En cuanto a la primera, contemplada en el primer párrafo del art. 25.4 como "descanso laboral", se reitera de nuevo el carácter obligatorio del periodo postnatal ("el periodo postnatal será en todo caso obligatorio y a él podrá sumarse, a petición de la interesada, el tiempo no disfrutado antes del parto"), pero, como novedad, se aprecia una ampliación del periodo de descanso de dos semanas más ("...tendrá derecho al menos a un periodo de descanso laboral de seis semanas antes del parto y ocho después del parto").

En cuanto a la nueva figura de la "excedencia por maternidad" (MONGE RECALDE), la innovación consiste en la concesión de un derecho adicional al descanso pre y post parto, en el que la madre pueda dedicarse por entero al cuidado del hijo recién nacido durante un periodo temporal relativamente largo.

Al no configurarse ya la maternidad como supuesto impeditivo de la extinción del contrato o motivo deslegitimador del despido, se pretende reforzar la figura, reconociéndola expresamente, aunque, por un error histórico-legislativo, bajo dos figuras que aparentemente son diferentes pero que en realidad son supuestos distintos

²⁶ Expresión que motivó el estudio de GRANELL RUIZ *La reserva de plaza*, Barcelona, 1957.

²⁷ CAÑADA VALLE: *Anotaciones a la ley de contrato de trabajo*. Zaragoza. Tip. "La Académica", 1951, VIII, p. 509.

(pues el bien jurídico protegido en cada una no es exactamente el mismo, ni tampoco lo es su duración) de una misma institución: la suspensión del contrato de trabajo. De esta manera se introduce en la Ley de 1.976 -y desde ahí en el Estatuto- la equívoca figura de la excedencia, tomada de las Reglamentaciones de Trabajo (en las que aparecía bajo la denominación de *excedencia por alumbramiento*) y recogida por el Decreto 2310/1.970, de 20 de agosto, *sobre derechos laborales de la mujer*, en el que se reconocía a la mujer el derecho a la *excedencia voluntaria* -forzosa para el empresario- con motivo del alumbramiento, por un mínimo de un año y un máximo de tres, estando sometido el reingreso a la existencia de vacante de igual o similar categoría a la que tuviera en el momento de ejercicio del derecho²⁸ (art. 5). La nueva ley nada dice en torno a la naturaleza de dicha excedencia, limitándose a regular su régimen jurídico. En consecuencia, deberá determinarse su carácter, teniendo en cuenta el espíritu de la Ley de 1.976, poco dado a la innovación y más bien inclinado a la recopilación de normas vigentes dispersas en ordenanzas laborales -antaoño Reglamentaciones de trabajo- y convenios colectivos, sin olvidar el Decreto 2310/1.970. A pesar de que la excedencia voluntaria se contemple en precepto distinto -el art. 26-, de lo cual podría deducirse que la excedencia por maternidad *no es una excedencia voluntaria*, sus efectos son los de ésta, pues sólo da derecho a una preferencia de reingreso condicionada a la existencia de vacante de igual o similar categoría.

La realidad es que, al ser regulada por el Estatuto de los Trabajadores, ahora sí, como causa de suspensión del contrato (entidad que no había perdido nunca pero que sólo en este momento es reconocida expresamente en la ley), figura a la que dedica una sección (la tercera: "suspensión del contrato") del capítulo III, mantendrá el régimen jurídico que se desprende de la LRL, siendo, por tanto, equiparables sus efectos en ambas normas. Es decir, no se observa cambio sustancial alguno en su régimen jurídico, a excepción del régimen de titularidad del derecho (que tradicionalmente había sido atribuido en exclusiva a la mujer y que por vez primera se reparte entre ambos progenitores), a pesar de la trascendental innovación que supone en la materia la nueva ley del Estatuto.

La figura de la suspensión por maternidad sufre en su evolución histórica una ampliación y simultáneo desgajamiento, en tanto al embarazo y nacimiento del hijo se adiciona un segundo periodo en el que, nacido ya el hijo, se dispone una segunda suspensión del contrato "por razones familiares", con el objeto de atender al cuidado del hijo que acaba de nacer durante un periodo más amplio que el puerperio, hasta que la dependencia del hijo respecto de sus progenitores, en especial de su madre, no

²⁸ ALONSO OLEA interpretaba tal derecho como derecho "absoluto e incondicionado", "pues de otra forma no existe propiamente tal derecho -y hay que pensar que el decreto quiso concederlo- ante la escasa formalización de las plantillas y escalafones en la mayoría de las empresas" (ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*. Universidad de Madrid. 1973, p. 196).

sea tan intensa. En este momento se da lugar al nacimiento de la excedencia por cuidado de hijos. Se ha dicho que su origen tiene lugar como “desgajamiento” de la figura de la suspensión por maternidad porque en un primer momento, no muy remoto, las Reglamentaciones de Trabajo hacen referencia a lo que llaman “excedencia forzosa por alumbramiento de la mujer trabajadora”. Es decir, se mezcla la causa hasta el momento reconocida como suspensiva -el alumbramiento- con una nueva figura procedente del ámbito funcional: la excedencia; por consiguiente, en realidad está haciendo referencia a dos figuras distintas.

Lo que parece desprenderse de ese iter legislativo hacia la construcción dual de la figura (suspensión versus excedencia) es la intención del legislador de distinguir una excedencia “forzosa” -la suspensión por maternidad- de una excedencia “voluntaria” -la verdadera excedencia-, atendiendo a sus efectos o a las garantías reconocidas tanto en lo que respecta al reingreso como en materia de percepciones salariales o indemnizatorias (prestaciones de la Seguridad Social) debidas durante tales periodos. De lo que no cabe duda es de la inoportunidad del recurso a la figura de la excedencia, innecesaria para regular un derecho como el de ausentarse durante el periodo subsiguiente al nacimiento del hijo y a la recuperación física tras el parto. Habría bastado el reconocimiento de dos periodos de suspensión simple diferentes: uno con motivo del alumbramiento o parto y el otro con motivo del cuidado del hijo nacido, con diferente grado de protección (mayor refuerzo del derecho al reingreso en el primer caso) en cada supuesto, si tal era el objetivo perseguido. Con ello se habría evitado el caos interpretativo que la figura provocó posteriormente y, en todo caso, no se habría complicado innecesariamente la regulación de la suspensión, tal y como llegó al art. 46 del Estatuto de los Trabajadores²⁹.

En cualquier caso, la conclusión que se deduce de dicha regulación es una cierta estructura de la categoría de la *suspensión por maternidad*, en la que late una distinción entre una suspensión ordinaria -la del art. 45.1 d)- y otra especial -la excedencia por cuidado de hijos, ex art. 46.3 ET-. Especialidad que deriva de su carácter facultativo, y quizás en ello radique el fundamento último de la figura de la excedencia, frente al resto de las causas de suspensión, que implica que su nacimiento

²⁹ Más coherente es el Derecho portugués, cuya normativa reguladora de los permisos por maternidad -Ley nº 4/1.984, de 5 de abril, de protección de la maternidad y de la paternidad (modificada por la Ley nº 17/1.995, de 9 de junio): distingue dos tipos de licencia: el derecho a dispensa del trabajo con motivo de parto o de adopción (licencia por maternidad en favor de la madre, dispensa del trabajo para cuidar al hijo en favor del padre y dispensa por adopción en favor de ambos, arts. 9, 10 y 11) y una segunda “licencia especial” para el cuidado de hijos (“licença especial para assistência a filhos”, art. 14), que comenzará a disfrutarse una vez finalice el disfrute de la licencia previa, y que “suspende los derechos, deberes y garantías de la partes de la relación de trabajo, en la medida en que presupongan la efectiva prestación de trabajo”, careciendo de efectos entretanto (“el periodo de licencia no contará a efectos de diuturnidades, antigüedad y promoción, así como para la constitución de otros derechos cuya adquisición depende de la efectividad del servicio”, art. 14 del Decreto-ley nº 136/85, de 3 de mayo, por la que se desarrolla la Ley nº 4/84).

nunca será automático, subordinándose a la voluntad del beneficiario del derecho, quien decidirá sobre la oportunidad de su ejercicio, en tanto que derecho de libre ejercicio.

Dicha estructura dual es la que justifica que a continuación sean examinados unitariamente todos los supuestos que, relacionados con el hecho de la maternidad, posibilitan la suspensión del contrato de trabajo: es decir, las suspensiones, ordinaria y especial, del contrato de trabajo.

II. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

1. Fundamento jurídico

La suspensión del contrato de trabajo por causa de embarazo o de parto es uno de los supuestos en los que la interrupción de la ejecución del contrato tiene como origen circunstancias relativas a la persona del trabajador. Algunos autores (PÉREZ BOTIJA³⁰) la sitúan entre las "causas biológicas", junto a la enfermedad o incapacidad temporal, y otros (ALONSO GARCÍA³¹) la conciben como una "limitación" impuesta por la ley. Algún otro (MENÉNDEZ-PIDAL³²) prefiere observarla como un supuesto en el que no tiene lugar la ruptura de la continuidad del contrato de trabajo.

Si se aplican las diversas teorías -analizadas en el capítulo I- que tratan de dar explicación en torno al fundamento de la suspensión del contrato a la suspensión debida a maternidad, deben descartarse enseguida tesis como la de la fuerza mayor, con la que no puede identificarse la maternidad (cuya finalidad no permite definirla como "acontecimiento extraordinario que las partes no han podido prever o que, previsto, no han podido evitar"³³), ya que ni es extraordinaria ni por definición es imprevisible y, por supuesto, no exige su evitación, ya que en modo alguno es un evento dañoso.

Tampoco es adecuada la tesis basada en el principio de la *exceptio non adimpleti contractus*, por no constituir un incumplimiento del trabajador sancionable por el otro contratante con su recíproco incumplimiento, especialmente si se tiene en cuenta que ciertos ordenamientos jurídicos, atendiendo a la importancia del bien que se protege, disponen la conservación del salario³⁴ durante tal periodo, quebrando de tal manera el

³⁰ PÉREZ BOTIJA, E.: *Curso de Derecho del Trabajo*. Madrid, 1.957. P. 271.

³¹ ALONSO GARCÍA, M.: *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*. Barcelona, 1.958, p. 177.

³² MENÉNDEZ-PIDAL, J.: *Derecho social español*, Madrid, 1952, vol. I, p. 420.

³³ ALONSO OLEA: *Derecho del Trabajo*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid. 1.987.

³⁴ Asimismo, la negociación colectiva suele prever beneficios económicos especiales para dichos casos, o mejoras de las prestaciones que ya reconoce el sistema público de Seguridad Social.

principio de equivalencia de las prestaciones cuya inmutabilidad defiende la tesis de la *exceptio non adimpleti contractus*.

La tesis mayoritaria, llamada “de la imposibilidad temporal”, merece especial atención. Su aplicación a la suspensión cuando ésta está conectada con la maternidad permite realizar las siguientes reflexiones, en las que se manifiesta el rechazo a la validez de la misma o su inidoneidad para ser aplicada a la maternidad suspensiva.

La maternidad no puede explicarse sin más como imposibilidad para el trabajo, puesto que aquélla puede existir durante un breve periodo de tiempo, mucho más reducido que el previsto en cualquiera de los ordenamientos jurídicos que reconocen tal derecho. Junto a dicho fundamento -la imposibilidad temporal para prestar el trabajo- puede hallarse otro: la necesidad de una tercera persona de recibir atención, que puede explicarse también desde la teoría de la imposibilidad temporal como impedimento que provisionalmente imposibilita la prestación laboral. Pero de nuevo el defensor de tal tesis debe recurrir, traspasando los límites de la imposibilidad física o material -verdadera imposibilidad, tal como ya quedó sentado en el capítulo precedente-, a la ficción de la “imposibilidad moral”, puesto que la prestación laboral no queda impedida físicamente. Por el contrario, pasado un primer momento, de precaución sanitaria, aquélla puede ser realizada, porque el trabajador está capacitado para ello y porque ningún obstáculo material lo impide³⁵. Ahora bien, la tutela del recién nacido es la que justifica que el contrato se suspenda automáticamente o a instancia del trabajador (según cuál sea el periodo suspensivo al que se haga referencia). Luego se trata de una causa *justificativa* de la suspensión, pero no *imposibilitante*. En consecuencia, debe reafirmarse la tesis de la *incompatibilidad* del ejercicio de dos funciones: en este caso, las inherentes a las cualidades de progenitor y de trabajador³⁶.

La anterior conclusión resulta más evidente cuando la causa de suspensión no es la maternidad en sentido estricto, sino el cuidado del hijo, que funda la *suspensión por*

³⁵ Por ello CABANELLAS (*Contrato de Trabajo. Parte General*. Vol. III. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1.964, p. 102) prefiere utilizar la expresión “imposibilidad de concurrir al trabajo”.

³⁶ BOU VIDAL (*El contrato de trabajo de las mujeres*, op.cit., p. 147) propone la siguiente explicación en torno al fundamento de la suspensión por maternidad, en la que se mezclan, de una manera un tanto cursi en ciertos pasajes, si se permite el comentario, diversas razones: “la prohibición de trabajar que contempla la legislación de todos los países en este periodo es la más antigua y difundida forma de tutela de la maternidad de la trabajadora. Se fundamenta en evitar el esfuerzo que constituiría la prestación de trabajo y que de efectuarse poco antes o poco después del alumbramiento podría producir graves trastornos al organismo del nuevo ser o de la propia madre. Se ha visto también en dicha prohibición un fin moral, aparte del daño fisiológico que se pretendía evitar con aquella primera finalidad. Se trata de consentir a la mujer en el periodo más lleno de responsabilidad de su existencia, cuando una nueva llamada de vida se va a encender en ella, dedicarse a sus deberes de madre sin distraerse de ellos.” Al tiempo, recoge otras interpretaciones, como la que, a su juicio, inspiró la reforma de la Ley de 13 de marzo de 1.900 por la de 8 de enero de 1907. Dice al respecto que “aquellas aspiraciones” estaban “justificadas por razones de humanidad, de higiene, de conservación de la raza”.

excedencia debida a cuidado de hijos. Ya que en este caso, al no existir afectación alguna de la salud o del bienestar físico de la madre -o del hijo- por razón del periodo final del embarazo o del parto, no puede hablarse en ningún caso de imposibilidad física de cumplimiento de la prestación laboral, quedando sólo abierta la aplicación de la tesis de la “imposibilidad moral” de cumplimiento. A dicho argumento deben oponerse las mismas razones antes esgrimidas para la fundamentación de la suspensión por maternidad. Ello lleva inevitablemente a afirmar la identidad entre ambos supuestos en cuanto a su fundamento último se refiere.

Sin embargo, existe doctrina que todavía hoy se muestra defensora de tal teoría, concibiendo a la maternidad en cuanto circunstancia suspensiva como causa involuntaria o como manifestación de la fuerza mayor temporal (ÁLVAREZ ALCOLEA y SUÁREZ GONZÁLEZ³⁷). Incluso entre la jurisprudencia se tiende a tomar la parte por el todo y se define la maternidad como causa incapacitante, sin duda por influencia de las normas de Seguridad social, que durante largos años han asimilado a efectos de protección económica a la maternidad con la enfermedad, si bien siempre manteniéndola como un *tertium genus* con independencia y caracteres propios.

Como ejemplo, véase la STSJ de La Rioja, de 11 de mayo de 1.992 (A.S. 1.992, 2485), según la cual “la incapacidad, que puede no existir de hecho, se presume como consecuencia de normas imperativas o dispositivas -periodo de descanso obligatorio o voluntario-.” Sin embargo, el ET no alude a la incapacidad, sino al derecho al descanso, lo cual invalida tal interpretación, ni siquiera sostenible ya desde la protección de la Seguridad Social en la que ya no se asimila a la enfermedad dentro de la contingencia de incapacidad temporal.

La maternidad, en cuanto hecho biológico que afecta a los sujetos vinculados por la relación laboral, se convierte en una de las categorías jurídico-laborales que participa de la misma esencia que la suspensión del contrato de trabajo. Ello porque los sujetos de la relación laboral a quienes afecta el supuesto biológico de la maternidad se hallan limitados o condicionados en el cumplimiento de su obligación de prestar servicios por la aparición de ese elemento biológico, que es la meta que se erige en obstáculo que impide cumplir dicha prestación. Pero en ningún caso debe asimilarse a la incapacidad para el trabajo. Se configura más bien como un derecho, de la trabajadora en primer término o de cualquiera de los dos progenitores en segundo lugar, a suspender su contrato de trabajo con motivo del nacimiento de su hijo, para dispensarle su atención y cuidado en cuanto nazca, así como procurar el restablecimiento de la salud de la madre tras el parto³⁸. Todos los ordenamientos

³⁷ ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: “La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores.” REDT, Civitas, núm. 5, 1.981, p. 23. SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. Ediciones Pirámide, Madrid, 1.980, p. 147.

³⁸ El estado de salud de la madre tras el parto aconseja respetar un periodo de abstención del trabajo, que se funda en la especial vulnerabilidad ante la ejecución de ciertos trabajos fatigosos.

jurídicos reconocen, además de este periodo, que se configura como de obligado -e irrenunciable- disfrute para la madre, un segundo periodo, de carácter potestativo o voluntario, que también se articula como un derecho de los progenitores (en este caso algunos sistemas no sólo reconocen el derecho en favor de la madre, sino que prevén también la posibilidad de que sea el padre quien quiera hacerse cargo del cuidado del hijo durante el mismo) a suspender su contrato con objeto de atender al cuidado del hijo recién nacido, en el que no existe peligro alguno para la salud de la parturienta. En cualquier caso, el motivo que funda la suspensión del contrato es el ejercicio de un derecho: el derecho a la descendencia.

Pero la suspensión es algo más que un derecho de la trabajadora a suspender su contrato, ya que tiene carácter obligatorio para ella, quien carece de facultad para decidir si se producirá o no la interrupción de la ejecución del contrato. Ello es así porque el derecho a la suspensión es *irrenunciable*³⁹, si bien se trata de una irrenunciabilidad parcial, dada la existencia de dos tipos de descansos, obligatorio uno (el destinado a proteger la salud de la madre y del hijo recién nacido) y facultativo el otro (y por ello disponible por la trabajadora).

Debe tenerse en cuenta que a la maternidad natural la ley asimila la maternidad y la paternidad adoptivas, en cuyo caso la titularidad del derecho a la suspensión se reconoce de forma indistinta y con la misma intensidad en favor de ambos progenitores. Puede decirse que también en esta hipótesis la suspensión constituye un derecho del trabajador, que le permite ausentarse del trabajo para recibir adecuadamente al niño adoptado, ayudando de tal modo a garantizar el éxito de su inserción en la familia de acogida.

Así lo afirmaba el Instituto Nacional de Previsión en el año 1.928 ("El seguro de maternidad. Anteproyecto y justificación de sus bases". Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión. Madrid, 1928, ps. 13-15), haciéndose eco del grave problema de la mortalidad de la mujer con ocasión del parto: "el hecho de trabajar penosamente hasta el momento del parto y de reanudar el trabajo antes de que haya vuelto a la normalidad su organismo transido agrava su situación y la hace fácil presa de la enfermedad y de la muerte (...) Un atisbo de lo que el trabajo próximo al parto es para esas madres podemos tenerlo con estos dos hechos. El año 1923 murieron en el parto o con ocasión de él 3.040 madres en España; 1.863 murieron de septicemia puerperal, es decir, de incultura y de abandono..." Y, citando al Dr. Marañón, se dice: "él considera incompatibles el trabajo y la maternidad. "Sólo una razón económica -dice-, que creo vergonzosa para nuestra civilización, puede prevalecer sobre las razones naturales que aconsejan la supresión del trabajo sistemático de las madres" (*Tres ensayos sobre la vida sexual*, p. 124). El texto continúa citando a los diversos médicos participantes en la información abierta por el Instituto Nacional de Previsión con motivo del Seguro de maternidad. Entre ellos, el Dr. Villa, según el cual "realmente, la preñez es incompatible durante varias semanas con un trabajo activo". Salvando la distancia entre el contexto al que se refieren las afirmaciones anteriores y la realidad del trabajo en la industria en nuestros días, no puede negarse el efecto negativo para la salud de la madre que puede derivarse de una temprana reanudación de la actividad laboral cuando ésta exige un cierto esfuerzo físico.

³⁹ Según afirma YAMAGUCHI (op.cit., p. 191), "la regla de la suspensión del contrato tiene carácter imperativo".

La pregunta que cabe plantear es si el valor del bien jurídico que se protege en este caso da obligatoriedad a la suspensión del contrato, convirtiendo el derecho en irrenunciable. La respuesta a esta cuestión debe darse desde un punto de vista abstracto, es decir, sin acudir a la regulación positiva vigente en nuestro Derecho, porque tal es la filosofía que inspira el presente capítulo y así se ha indicado a su inicio. Y desde tal perspectiva y atendiendo a los intereses del menor, debería darse una respuesta afirmativa, porque sólo así existiría una equiparación íntegra entre ambos tipos de maternidad, natural y adoptiva: sólo de esta manera las garantías serían equiparables, tutelando al trabajador no sólo frente al empresario sino frente a sus propios actos dispositivos, habida cuenta de que quien resulta protegido por la institución no es el trabajador, sino directamente el menor. No se aprecia, sin embargo, identidad de razón entre ambas situaciones, ya que históricamente la naturaleza obligatoria del permiso ha estado ligada precisamente al momento del parto y al riesgo para la salud de la madre y del hijo que representa una reincorporación anticipada al trabajo. No existiendo tal riesgo en la maternidad adoptiva, sólo el bienestar del menor, objeto de tutela en el descanso facultativo y *renunciable* podría motivar la irrenunciabilidad del derecho.

Por tanto, debe juzgarse si resulta o no necesario dotar a éste de tal carácter, con independencia del valor que merezca al jurista el bien protegido, que no quedará desmerecido en el caso de que la respuesta sea negativa. Para ello habrá que sopesar por un lado si es imprescindible suspender el contrato para dar la bienvenida al adoptado, como se dice en algunos ordenamientos (el británico) y por otro si debe dejarse enteramente a la decisión de los padres y por tanto, debe atribuírsele carácter renunciable al derecho. En tal sentido cabe afirmar en primer lugar la necesidad de que al menos uno de los progenitores atienda al niño durante el primer periodo de estancia entre la nueva familia a tiempo completo, pues la especial fragilidad psicológica de un niño sometido a un proceso de adopción, tras haber permanecido un periodo de tiempo en una institución pública de acogida, exige una atención más intensa, tanto como la que se pueda dispensar a un recién nacido, por otros motivos. Tales razones son las que hacen innecesario conceder carácter irrenunciable al derecho, ya que resulta impensable que ninguna persona que haya superado con éxito un procedimiento de adopción renuncie voluntariamente a su derecho, en perjuicio de su hijo. La protección en todo caso se entendería referida a la posible presión moral que pueda ejercer el empresario para forzar la renuncia, en otras palabras, para evitar que el trabajador se ausente del trabajo con tal motivo.

2. Naturaleza jurídica de la figura de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad.

En cuanto hecho biológico, el supuesto que se contempla como causa suspensiva en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos puede definirse como un proceso biológico que tiene por finalidad la generación de un nuevo ser. Dicho proceso

se compone de tres fases diferenciadas: la gestación, el parto y el puerperio (en el que se comprenden, entre los primeros cuidados al recién nacido, la lactancia), todas ellas objeto de protección por el legislador, que articula su tutela siguiendo tal esquema secuencial del proceso. Tratándose de maternidad no biológica, también puede predicarse de la circunstancia suspensiva un carácter secuencial, por cuanto son dos las fases en las que se compone y las que son objeto de tutela legal: una primera fase de acogimiento y una segunda de adopción, en la que ya ha tenido lugar la resolución por la que se constituye la misma.

La suspensión del contrato por causa de maternidad está concebida como un derecho: un derecho de la madre grávida y puérpera, que puede ser compartido, en determinadas condiciones, con el padre del hijo nacido. Tal situación plantea dos cuestiones que son el anverso y el reverso de una misma duda: su posible renuncia por parte de su beneficiario y, en segundo lugar, su carácter obligatorio.

La respuesta a tales cuestiones debe darse desde la observación del bien jurídico protegido por la norma -éste es el presupuesto de toda interpretación realizable al respecto de su régimen jurídico-: la protección del bienestar y salud de la madre y la tutela del feto o del recién nacido. Por tanto, a pesar de existir formalmente un solo titular -conjunto- del derecho (los padres), existe otro beneficiario -el hijo- cuyos intereses deben protegerse y que carece de capacidad para la articulación y defensa de su derecho. La existencia de ese segundo titular (beneficiario directo) del derecho impone una respuesta negativa a la renuncia al derecho y afirmativa respecto de la obligatoriedad de su disfrute. Así se concibe en la mayor parte de los Ordenamientos europeos, como el italiano, en el que la suspensión del contrato por razón de maternidad se regula como una abstención obligatoria del trabajo: en todos ellos el permiso se estructura en un periodo obligatorio y otro disponible. Otro tanto debe predicarse del Derecho español, sin perjuicio de la posibilidad de disponer sobre una fracción del periodo total de suspensión, previsto como beneficio adicional al periodo obligatorio de descanso.

III. BIEN JURÍDICO TUTELADO

La suspensión del contrato en caso de maternidad se articula en una prohibición que rige sobre la trabajadora y que tiene por finalidad garantizar su salud y la del recién nacido, impidiendo que su regreso prematuro al trabajo perjudiquen a uno o a otro o a ambos⁴⁰, así como a la relación materno y paterno-filial.

⁴⁰ Para YAMAGUCHI (op.cit., p. 189), la esencia del descanso por maternidad y su carácter necesariamente obligatorio reside en la finalidad de evitar que el empresario pueda ejercer presión moral sobre la trabajadora para hacerle reemprender su ocupación laboral anticipadamente, y para que, del mismo modo, ella misma no se vea forzada por necesidades económicas a hacerlo, en perjuicio de su salud y la de su hijo.

Cuando la suspensión se dirige a la exclusiva protección del menor (es decir, con total independencia de la madre), el ordenamiento jurídico recurre a la figura de la excedencia por cuidado de hijos. En este caso desaparece toda posible confusión en torno al fundamento de la suspensión, ya que aparece clara y nítidamente la existencia de un bien jurídico cuyo valor intrínseco y su trascendencia y valoración social lo hacen merecedor, a juicio del legislador, de la atribución de capacidad suspensiva sobre el contrato de trabajo.

La situación que se protege no es el parto, la adopción o el acogimiento en sí mismos considerados, pues en tal caso no competiría tal función al Ordenamiento jurídico laboral. Más concretamente, el objeto perseguido por la ley es por un lado facilitar el restablecimiento de la salud de la madre tras el parto, y por el otro facilitar el primer contacto de los padres con su hijo, ya sea natural o adoptado, o con el menor acogido (futuro hijo), y el conocimiento mutuo⁴¹, amén de la necesaria atención personal del bebé, más directa durante los primeros días de vida, en los cuales el seguimiento de su evolución ha de ser más exhaustivo, por su mayor exposición a riesgos que atenten contra su salud, dada su especial vulnerabilidad física⁴². El Instituto Nacional de Previsión utilizaba, en uno de sus folletos informativos, acerca del subsidio de maternidad, en el año 1.923, los siguientes argumentos para fundamentar la existencia y tutela del descanso por maternidad: "ese reposo es una delicadeza, un mimo que España tiene para ella y que debe agradecerlo y guardarlo. Ese reposo es lo que principalmente justifica el sacrificio que el Estado hace por las madres obreras. Es un gran bien para ellas y acaso de él depende el que ella y su hijo resistan o eviten la enfermedad y los achaques que hacen tan penosa la vida. No reposar es hacerse grave daño a sí misma y a España".⁴³ Como puede observarse, la evolución del bien jurídico tutelado ha conducido a su ampliación, dando cobijo a intereses más extensos que la protección de la salud de madre e hijo.

⁴¹ Sobre la evolución experimentada por el bien jurídico protegido vid. la STCT de 10 de febrero de 1.983 (RTCT 1.983, 1103), en la que el TCT sostiene que la extensión del derecho al supuesto de adopción, intencionadamente excluido por el legislador en el momento de aprobarse el ET (como demuestran los debates parlamentarios del Proyecto de Ley, en los que no se discutió enmienda alguna en torno a tal aspecto), sería una solución que *repugnaría a la naturaleza de las cosas y a la finalidad perseguida por la norma*.

⁴² Para SÁNCHEZ CERVERA (*Lecciones de Derecho del Trabajo*, Ed. Instituto de Empresa, Madrid, 1.983, p. 164), "el fundamento del mismo no es tanto la protección del trabajo de la mujer como su maternidad y por ello se protege tanto al hijo como a la madre." SALA FRANCO ("Trabajadores con responsabilidades familiares... op.cit.") opina que "el fundamento del reconocimiento de esta causa suspensiva se encuentra en la delicada situación fisiológica en que, con ocasión del parto, se coloca tanto a la mujer trabajadora como al futuro hijo, así como en facilitar el cuidado del hijo en los primeros momentos", y VIDA SORIA (op.cit., p. 217) que "el otorgamiento de ese derecho a ausentarse y la imposición de ese deber de no asistir al trabajo no tiene en cuenta solamente razones biológicas estrictas; entre otras cosas, por la magnitud de los plazos."

⁴³ "El subsidio de maternidad". Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión. Segunda edición. Madrid, 1923, p. 9.

Por otra parte, el ingreso del menor, ya de cierta edad (pues el del recién nacido genera las mismas necesidades que el hijo de filiación natural), adoptado o acogido en núcleo familiar distinto del suyo habitual implica tanto para él como para el núcleo que lo acoge una especial relación personal entre ambos. Ésta deriva del desconocimiento mutuo, que exige una más ardua tarea de adaptación a realizar por el o los adoptantes, para evitar el rechazo del menor a su nuevo ambiente familiar, y en definitiva lograr que se encuentre cómodo⁴⁴.

Todo ello no puede llevarse a cabo sin una prolongada dedicación a lo largo del día, que, en consecuencia, exige el abandono temporal de cualquier otra actividad a la que se dedique un cierto número de horas al día, lo cual sucede con un trabajo remunerado. Implica, en definitiva, la suspensión del contrato de trabajo durante un cierto periodo de tiempo, que se configura como “periodo (breve) de descanso”.

La finalidad última del “permiso” es, pues, doble: facilitar por un lado el descanso de la madre, y por el otro la integración del recién nacido o adoptado en la familia, tanto en lo que se refiere a su integración *strictu sensu*, como a su relación con la madre y con el padre (quien puede disponer de una parte del periodo, y con ello compartir las responsabilidades familiares con la madre⁴⁵).

Así sucede en todas las legislaciones nacionales, en las que se reconoce el derecho al permiso por maternidad al padre sólo en caso de imposibilidad de la madre, por enfermedad o fallecimiento, en caso de parto, e indistintamente en los supuestos de adopción o en la licencia posterior para el cuidado del hijo. Ello confirma que el bien jurídico protegido en primera instancia es el bienestar del menor, pues cuando la madre no pueda hacerse cargo de él, para evitar su desprotección, se hace responsable al padre, y cuando ambos puedan, en igualdad de condiciones, realizar tal función (tal es el caso de la adopción), cualquiera de ellos podrá ejercer el derecho. Lo cual no empece que existan, en todo caso, dos bienes objeto de protección: la salud de la

⁴⁴ No obstante, no parece que ésa sea la idea presente en la mente del legislador, al limitar el derecho a la adopción o acogimiento a la de menores de cinco años, en los que las necesidades a atender son asimilables con mayor facilidad a las que motivan el permiso por maternidad. Excluyéndose, pues, como situación protegida la adopción o acogimiento de mayores de tal edad, en los que las necesidades de adaptación son mayores, por ser también más profundo el bagaje personal que aporta el niño a la relación, dada su procedencia de situaciones límite de desamparo.

⁴⁵ Señala GARRIGUES GIMÉNEZ (“Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias”, AA.VV.: *La incapacidad temporal*, Tecnos, 1.996) que el objeto de tutela ha ido ampliándose, desde la mera protección de la viabilidad del embarazo, la salud de la mujer y del hijo, hasta el favorecimiento de la integración del varón en una función “secularmente femenina”, “implicándole en el cuidado del hijo y facilitando su participación en el establecimiento de las relaciones con éste”. En el mismo sentido, GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ (“Normativa laboral sobre el trabajo de la mujer. Evolución en la década de los ochenta”. *Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 13-14), según el cual existe “una doble finalidad en esta institución, al poder disfrutar del permiso alguien como el padre, que no ve afectada su salud por el hecho del parto”.

madre, para lo cual se garantiza un periodo mínimo y obligatorio de descanso, y la atención al menor, al que se destina el resto del periodo, de duración más amplia que el destinado a la recuperación física de la madre (que no precisa más allá de cuatro o seis semanas como máximo).

IV. RASGOS DISTINTIVOS Y PECULIARES DE LA SUSPENSIÓN CONTRACTUAL POR RAZÓN DE MATERNIDAD.

1. Planteamiento

Partiendo de un concepto amplio de *maternidad*, entendida como sinónimo de “procreación” y “asunción de responsabilidades familiares”, puede hablarse de dos periodos de suspensión del contrato:

- 1º Un periodo de *maternidad* propiamente dicho (en el sentido que la ley laboral le atribuye, es decir, como sinónimo de *adquisición de la cualidad de madre*), que comprende el pre-parto, el parto y el puerperio, y en el que el bien protegido lo es tanto la madre como el hijo. Su carácter suele ser en todos los ordenamientos jurídicos indisponible por su beneficiario, por tanto, de obligado disfrute, en todo o en parte⁴⁶.
- 2º Un periodo de *excedencia por cuidado de hijos*, inmediato al anterior y, generalmente, de carácter potestativo, cuya duración y régimen de protección - tanto en materia retributiva como en el campo de los efectos de orden laboral- es variable según cada legislación.

2. Las causas de suspensión por nacimiento o por cuidado de hijos en el ET

En lo que se refiere a las causas suspensivas reguladas por el vigente Estatuto de los Trabajadores, pueden hallarse dos que obedecen a la misma finalidad, o, por mejor decir, que se dirigen a la tutela del mismo bien jurídico: el menor.

La primera gira en torno al momento en el que tiene lugar su nacimiento: la *maternidad* (o, en su caso, la adopción y el acogimiento familiar, a los que se asimila) y se regula en los arts. 45.1 d) y 48.4 ET.

En un momento posterior, en el que, recibidos los primeros cuidados que se le dispensan al nacer, se da por finalizada la causa suspensiva referida, entra en acción la segunda, la *excedencia por cuidado de hijo*. Ésta se concibe para la atención del

⁴⁶ V.g., Código del Trabajo de Chile (D.F.L. n° 1/94, del Ministerio de Trabajo y Previsión Social), art. 1.95. “Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad... Los derechos referidos en el inciso primero *no podrán renunciarse* y durante los periodos de descanso *queda prohibido* el trabajo de las mujeres embarazadas y púerperas”.

infante en una etapa de su vida en la que su dependencia personal de sus progenitores y su necesidad de atención continua justifican que se suspenda el contrato de trabajo hasta que el niño alcance una edad en la que se entiende que tiene mayor capacidad para valerse por sí mismo en la realización de sus actividades cotidianas, sin que su atención continuada por persona distinta de sus progenitores suponga un riesgo para su salud o bienestar psíquicos. Ese momento se fija por el legislador (presumiblemente inspirado por datos científico-médicos), en los tres años, y se crea para la cobertura de la situación la figura específica de la *excedencia por cuidado de hijos*, que se regula en el art. 46.3 ET. De cualquier modo, su identidad con la llamada “suspensión del contrato de trabajo por maternidad” es evidente: ambas figuras constituyen supuestos de suspensión del contrato, y en ambos casos la finalidad que inspira la suspensión es el nacimiento y cuidado de hijos.

Lo que las separa es la concreta finalidad perseguida por cada una, más cercana a la salud de la madre que ha dado a luz en un caso y al hijo nacido en el otro: el bien jurídico protegido es en el primer caso el *alumbramiento* (por tanto, su finalidad es doble: atender a la salud de la madre en los momentos próximos al parto, especialmente tras el mismo, y, por otro lado, atender a los primeros cuidados y salud del recién nacido), y en el segundo la atención del menor hasta que alcance una determinada edad (la de tres años). Esta diferencia es la que funda, a juicio del legislador, la necesidad de instaurar dos regímenes jurídicos diferenciados: la “suspensión ordinaria” y la “suspensión especial” o *excedencia por cuidado de hijos*. Se trata, por tanto, de dos figuras comprendidas bajo una misma categoría: la suspensión del contrato de trabajo, por causa de (entendida la expresión como sinónimo de procreación, o de nacimiento y atención de hijos menores).

La afirmación de su identidad o similitudes exige, no obstante, que en un estudio como éste, dedicado a la maternidad, tenga cabida el análisis de la *excedencia por cuidado de hijos*, si bien la atención que a la misma se preste sea, sin duda, menor que la dedicada al principal objeto del trabajo; ello no debe, sin embargo, desmerecer su importancia.

3. Suspensión del contrato por maternidad: concepto.

La suspensión del contrato de trabajo por maternidad puede concebirse, siguiendo a GARCÍA NINET, como “un supuesto a mitad de camino entre la suspensión del contrato y los permisos retribuidos, pues gozan de la naturaleza de la primera, pero de los efectos de los segundos, aunque no a costa del empresario, sino de la Seguridad Social”⁴⁷.

⁴⁷ GARCÍA NINET, J.I.: “La incapacidad temporal. La maternidad”, en AA.VV.: *Derecho de la Seguridad Social* (dir. L.E. de la VILLA GIL). Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 379.

El contrato de trabajo puede suspenderse por embarazo o parto de la trabajadora. Así lo dispone en el Derecho español el art. 45.1 d) del Estatuto de los Trabajadores.

Se trata de un supuesto que destaca frente al resto de situaciones suspensivas por su exhaustiva regulación, especialmente en lo que respecta a su duración, porque así se imponía desde ámbitos internacionales: en este sentido, el Convenio número 103 de la OIT, en el que se establecían detalladas directrices que las legislaciones internas, entre ellas la nuestra, debían recoger y desarrollar.

Ahora bien, el contrato de trabajo que se suspende en caso de parto puede ser no sólo el de ésta sino el del trabajador padre del hijo nacido. Por tanto, cuando se habla de suspensión del contrato de trabajo por maternidad se debe hacer referencia también a la suspensión *por paternidad*. Quiere ello decir que el Ordenamiento jurídico tutela, a través de esta causa de suspensión, dos situaciones diferentes: en primer lugar, la del embarazo y el parto de la trabajadora, y, en segundo lugar, la de la paternidad del trabajador, necesariamente conectada a un momento posterior al parto, en la medida en que ambas inciden sobre la relación laboral. La primera de ambas situaciones es protegida por la totalidad de los sistemas jurídicos nacionales. La segunda, por el contrario, no recibe cobertura legal unánime, ya que existen ciertos ordenamientos que no reconocen tal derecho al padre, por entender que la procreación y cuidado de los hijos es función inherente a la naturaleza femenina, por ser la mujer quien alberga al feto hasta su nacimiento.

En el Derecho español también la maternidad se entiende referida, a diferencia del resto de las causas suspensivas, no al trabajador en el sentido neutro del término, sino específicamente a la trabajadora, en virtud de su origen biológico⁴⁸. Ahora bien, junto a ella y desde fechas bastante recientes, se amparan otros supuestos que se consideran asimilables a la maternidad biológica pero que por su origen no natural se hallan limitados por voluntad del legislador: la adopción y el acogimiento de menores de cinco años. Por lo tanto, la circunstancia, reconocida como causa suspensiva en el art. 45.1 d) del ET se configura como supuesto “doble”, comprensivo de dos situaciones diferentes, la una parcialmente voluntaria, en cuanto la maternidad sea deseada y buscada (cabiendo la posibilidad de que su origen sea involuntario si no existe un expreso deseo), y la otra totalmente voluntaria (la adopción y el acogimiento)⁴⁹. De ahí su nueva configuración como “*permiso para el cuidado del hijo*” (que parece desprenderse de la Ley 4/1.995)⁵⁰.

⁴⁸ “Teniendo en cuenta que solamente la madre puede encontrarse bajo las indeseables presiones de volver prematuramente a su trabajo” (GARCÍA COBO, S.: “El principio de no discriminación por razón de sexo en las condiciones de trabajo”, *Tribuna Social*, núm. 67, 1.996).

⁴⁹ De ahí que MONTOYA MELGAR (op.cit.) distinga entre ambas a la hora de diseñar las categorías suspensivas reguladas en el art. 45, predicando de una el carácter de suspensión debida a voluntad del trabajador (adopción y acogimiento) y de la otra el de suspensión independiente de

Puede distinguirse, por tanto, en el supuesto contemplado en el art. 45.1 d) ET, dos circunstancias suspensivas diferentes. Por un lado, la *maternidad biológica o natural*, dentro de la cual se prevé, asimismo, la existencia de dos periodos diferenciados, pudiendo disfrutarse uno por la madre (“permiso por maternidad”) y el otro por el padre (“permiso por paternidad”). Por el otro, la *paternidad adoptiva*, en la que quedan comprendidas la adopción propiamente dicha y el acogimiento pre-adoptivo (siempre que lo sea de menores de cinco años, limitación que deriva de su asimilación legal a la maternidad natural, especialmente manifiesta en la Ley 13/1.996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, de 30 de diciembre, por la que se equipara la adopción de un menor de nueve meses a la maternidad natural a efectos de la duración del permiso por maternidad regulado en el art. 48.4 ET).

El supuesto que prevé el art. 45.1 d) se destaca en varios aspectos respecto del resto de los enumerados en dicho precepto por varios rasgos distintivos:

1. En tanto la causa suspensiva es el nacimiento de un hijo, en el que están implicadas dos personas, la ley prevé el supuesto de que ambas sean trabajadores por cuenta ajena y, por tanto, gocen del derecho a la suspensión del contrato. Por ello realiza una distribución en su ejercicio y regula un supuesto especial: la sustitución en la titularidad del derecho (prevista para la hipótesis en la que, reconocida la titularidad a uno solo de ellos, el otro queda imposibilitado para ejercitar su derecho).
2. Se tienen en cuenta intereses de terceras personas, a los que se da tutela preferente: se trata, por supuesto, del hijo nacido o por nacer.
3. Se distinguen dos situaciones diferentes: maternidad natural y adoptiva asimilables (en realidad, también la causa suspensiva del apartado e) es un supuesto doble: servicio militar o prestación social sustitutiva).
4. Se distinguen en uno de los supuestos regulados (el de la maternidad natural) dos periodos diferentes, con titulares y régimen de ejercicio distintos, ya que uno se ha configurado tradicionalmente como obligatorio (el periodo subsiguiente al parto, de obligado descanso para la madre) y el otro como voluntario o renunciable.
5. El tratamiento jurídico dado por el ET en su art. 48.4, en el que se regulan las suspensiones con reserva de puesto de trabajo, es mucho más exhaustivo,

la voluntad de la trabajadora (maternidad). Sobre su voluntariedad, negada por la jurisprudencia, se volverá más tarde.

⁵⁰ Llama la atención el hecho de que el término permiso se utilice comúnmente dentro de la categoría de las suspensiones, sólo para referirlo a la suspensión por maternidad. En todo caso, debe advertirse que la utilización del término “permiso” no debe hacer confundir la situación con una interrupción de las que llamamos “licencia”, reguladas en el art. 37, sino como sinónimo de “descanso”, término con el que se designamos el periodo de suspensión reconocido por el Ordenamiento jurídico al trabajador para que atienda a los primeros cuidados del hijo.

especialmente en lo que respecta a su régimen de ejercicio y a la duración de la suspensión en sus diferentes modalidades, que el previsto para cualquier otra causa de suspensión conectada con la persona del trabajador.

6. El periodo de suspensión es variable *ex lege*, según el destinatario del mismo y el supuesto en cuestión (maternidad natural -disfrutada por la madre o por el padre- o adoptiva -según la edad del adoptado, superior o inferior a nueve meses-), y parcialmente modulable por su titular (“se distribuirá a opción de la interesada”), lo cual no sucede en ninguna otra circunstancia, salvo, por supuesto, las causas previstas en los apartados a) y b), por ser de libre configuración contractual.
7. La suspensión da lugar al nacimiento de una prestación del sistema de la Seguridad Social (elemento común a dos circunstancias más: la incapacidad temporal y la fuerza mayor temporal y causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sometidas a expediente de regulación de empleo). La finalidad de esta protección económica se conecta con el carácter obligatorio del descanso, que quedaría desvirtuado si, por consecuencia de una medida pensada en beneficio de la trabajadora, se le irrogara un perjuicio económico. El efecto "perverso" de la interrupción del trabajo se evita en todos los sistemas legales arbitrando mecanismos de conservación de las rentas, bien disponiendo el mantenimiento del derecho al salario (lo cual ocurre en raras ocasiones) o estableciendo un sistema de subsidios económicos directamente financiados por el sistema público de previsión o de seguridad social.

En el ámbito de los efectos, la identidad con el resto de las causas suspensivas es absoluta, lo cual no empece la existencia de peculiaridades derivadas del hecho de que la circunstancia que motiva la suspensión sea la maternidad, en la que el bien jurídico protegido trasciende al propio sujeto titular del derecho.

Siendo el objeto de este estudio la suspensión por maternidad que contempla el art. 45.1 d) y regula el art. 48.4 del ET, basten las notas anteriores a modo de introducción, quedando para el capítulo correspondiente el análisis de la figura.

4. La licencia parental: concepto

El Derecho comparado reconoce como causa de suspensión del contrato de trabajo la atención de los hijos menores, y de ello se hace eco también el Derecho comunitario, que no es sino el reflejo de las inquietudes legislativas de cada uno de los Estados que la forman y que conforman una voluntad conjunta. Dicha armonía en lo que respecta a la incidencia de las responsabilidades familiares sobre la continuidad de la relación laboral se plasmó finalmente en la Directiva 96/34/CEE, sobre el permiso parental, en la que se recoge un amplio espectro temporal en materia de duración de la licencia o permiso, aunando los criterios de los Estados donde ésta ha tenido, en el tiempo más o menos largo que lleva en vigor la figura, una duración más larga

(equivalente a unos meses) con los de aquellos donde la licencia puede extenderse hasta una edad avanzada del hijo.

La *excedencia por cuidado de hijos* es la figura bajo la que se regula en el Derecho español la suspensión del contrato de trabajo para atender o cuidar a un hijo de corta edad y que en el Derecho comparado se tutela a través de la figura de la licencia o permiso parental. La divergencia en la denominación no significa, sin embargo, que existan diferencias abismales entre las instituciones que se cobijan bajo cada una de ellas, lo cual no exime de la obligación de señalar tales diferencias en el lugar oportuno.

En el Derecho español, la excedencia por cuidado de hijos es una de las posibles situaciones comprendidas dentro de la categoría de la excedencia laboral, que a su vez se inscribe en la institución de la suspensión del contrato⁵¹. Como tal se regula en la Sección Tercera del Capítulo III del ET, rubricado “suspensión del contrato” (artículo 46)⁵². Es, por tanto, una categoría específica de otra más amplia, a pesar de la confusión a la que induce la regulación de la excedencia en el ET. Puede concluirse que no hay razón por la cual deba regularse al margen del art. 45.1, en lugar de incluirse como un supuesto *e*) del mismo⁵³. Sobre el particular no va a añadirse nada que no se haya dicho ya.

La Ley 4/1.995, de 23 de marzo, *sobre el permiso parental y por maternidad*, hoy incorporada al Texto Refundido del ET, dotó a la excedencia por cuidado de hijos del carácter de excedencia forzosa (su art. 4 la califica expresamente así), siéndole, por tanto, atribuibles los efectos de ésta, adicionándole unos efectos propios, inexistentes en el resto de los supuestos suspensivos por razón de excedencia forzosa.

La excedencia por cuidado de hijos puede definirse como aquella causa de suspensión del contrato por la cual un trabajador con responsabilidades familiares puede solicitar la suspensión de su contrato con la finalidad de atender durante dicho

⁵¹ Así lo entiende la doctrina mayoritaria. Algún autor mantiene, todavía hoy, algunas de las reticencias que, en épocas pasadas, la doctrina manifestaba en torno a la naturaleza suspensiva de la excedencia voluntaria. En este sentido, MONTROYA MELGAR (*Derecho del Trabajo*, Tecnos, 1.989, pág. 41.9), quien entiende que “en sentido estricto no hay auténtica suspensión del contrato” y de ahí que el art. 45.1 sólo recoja como causa de suspensión contractual la excedencia forzosa.

⁵² Entiende MOLERO MANGLANO (*Suspensión del contrato... op.cit.*, pág. 43), que “el Estatuto parece distinguir tres situaciones diferenciadas”: la suspensión simple (contemplada en los arts. 45 a) y 45 b)), la suspensión con reserva de puesto de trabajo (art. 45 c) a m) y suspensión “provisional” (art. 46.2), *situación intermedia entre la suspensión y la extinción*.

⁵³ Debe rechazarse su enumeración junto a la causa prevista en el apartado d), pues aunque sus finalidades puedan identificarse, el elemento temporal es fundamental en la institución suspensiva, y en dicho aspecto la diferencia entre ambos supuestos es clara, ya que se sitúan en una secuencia temporal distinta, sin perjuicio de la posible coincidencia o simultaneidad entre el final de uno -el de la maternidad- y el comienzo de otro -el de la excedencia-.

periodo al cuidado de su hijo de corta edad. Se trata de una posibilidad limitada, por varias razones:

Primera: sólo se reconoce en favor de uno de los progenitores, siempre y cuando ambos trabajen (como ya se verá, de trabajar sólo uno de ellos, se verificará o no el presupuesto de hecho en función de cuál de los dos sea el trabajador por cuenta ajena, el padre o la madre).

Segunda: se condiciona a una cierta edad del menor al que se protege, ya que sólo está prevista para el cuidado de menores de tres años. Dicho límite servirá para acotar la duración máxima de la excedencia, cuya extinción se producirá en todo caso -automáticamente- a la llegada a la edad de tres años del hijo.

La protección que le brinda el Ordenamiento jurídico a la circunstancia que origina la suspensión del contrato resulta reforzada en dos ámbitos diferentes:

1. En el ámbito de la relación laboral, se hace especial hincapié en que el periodo de excedencia será computado como tiempo de servicios en la empresa (antigüedad) y en la reserva del puesto de trabajo, distinguiéndose entre un periodo cualificado, correspondiente al primer año de excedencia, en el que el puesto de trabajo reservado es el mismo que el excedente venía ocupando hasta el momento del inicio de la suspensión, y un segundo periodo ordinario, en el que lo asegurado *no es la permanencia en el puesto de trabajo, sino en la empresa*, ya que se garantiza el reingreso (no se trata de una mera expectativa) en un puesto correspondiente a su mismo grupo profesional o a categoría equivalente. En segundo lugar, se concede un beneficio especial, consistente en el derecho a asistir -y a ser convocado por el empresario al efecto- a cursos de formación profesional, especialmente con ocasión de su reincorporación.
2. En el campo de la relación jurídica de Seguridad social, en cuanto constituye situación asimilada al alta a efectos de acceder a las prestaciones del sistema público y en tanto se reconoce el periodo cualificado -el primer año de excedencia- como periodo efectivamente cotizado al sistema. Es decir, sus consecuencias en lo que se refiere a efectos económicos originados por la antigüedad van más allá del cómputo de ésta para devengar determinadas percepciones económicas o para efectuar el cálculo de la indemnización por extinción contractual, ya que también tiene trascendencia para generar “percepciones económicas” de la Seguridad social en forma de prestaciones futuras que pudieran devengarse y para las que se precisara un periodo determinado de carencia o para las que tuviera alguna trascendencia un mayor periodo cotizado (v.g., pensión de jubilación).

Todas estas notas serán estudiadas en próximos capítulos.

V. LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS.

1. Naturaleza

Se ha señalado ya que la excedencia por cuidado de hijos es uno de los supuestos suspensivos comprendidos en la categoría de la excedencia forzosa, que, a su vez, y debido al -ya examinado- original y enrevesado proceso de evolución de la figura, constituyen causa de suspensión del contrato (otra de las causas suspensivas que enumera el precepto que en nuestro Derecho aglutina los supuestos suspensivos y les da regulación común: el art. 45 del ET).

Ahora bien, puesto que la circunstancia no detenta por sí misma peculiaridad alguna hasta que le es atribuida por el legislador (no existe hipótesis alguna que, en abstracto, deba ser suspensiva desde el punto de vista jurídico, aunque la lógica o las necesidades sociales o incluso la ética social exijan que así sea; depende, por el contrario, del criterio del legislador, determinado por ciertos condicionantes socio-políticos), la naturaleza de la excedencia por cuidado de hijos, por otra parte inexistente hasta épocas recientes, puede calificarse, desde una perspectiva histórica, de variable o cambiante, puesto que en pocas décadas ha pasado de ser una excedencia voluntaria a una excedencia híbrida voluntario-forzosa⁵⁴, hasta llegar a alcanzar el carácter de excedencia forzosa que ostenta en la actualidad.

La primera formulación de la excedencia por cuidado de hijos la constituía como supuesto cualificado dentro de la excedencia, definiéndose como una excedencia voluntaria sometida a causa justificada (y, por lo tanto, carente de garantías suficientes)⁵⁵, lo cual desincentivaba su utilización por los trabajadores con responsabilidades familiares, ante el temor a no hallar vacante en el momento del reingreso (a ello alude expresamente la Exposición de Motivos de la Ley 4/1.995)⁵⁶.

⁵⁴ TORTUERO PLAZA (op.cit., p. 268) la considera, con anterioridad a la Ley 4/1.995, como una “figura específica y diferenciada de las ya clásicas forzosa y voluntaria”.

⁵⁵ Pese a lo cual, MONTOYA, adelantándose a lo que más tarde fue la opción adoptada por el legislador, defendía su asimilación a la excedencia forzosa. En igual sentido, PEDRAJAS MORENO (op.cit., p. 409). También ALONSO GARCÍA (op.cit.) negaba que los efectos propios de la excedencia voluntaria fueran aplicables a la excedencia por cuidado de hijos.

⁵⁶ A. BALLESTER PASTOR (“Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos”, *Tribuna Social*, núm. 68/69, p. 23) añade que la configuración flexible del reingreso preferente (que permitía a la trabajadora acudir a la vía de la extinción regulada en los arts. 41 o 50 ET cuando el reingreso se produjera en condiciones desfavorables para sus intereses familiares, v.g., por destino en centro de trabajo de localidad distinta o en diferente horario) “podía dar lugar a utilizaciones fraudulentas por parte del empresario, tendentes a dificultar el reingreso para favorecer la extinción voluntaria de trabajadores más “problemáticos/as” como consecuencia de la reciente maternidad o adopción”, o, lo que es lo mismo -puede adicionarse- conductas con connotaciones discriminatorias por razones familiares e, indirectamente, por razón de sexo, en cuanto la excedencia era y es utilizada mayoritariamente por mujeres.

La Ley 3/1.989, de 3 de marzo, introduce un sustancial cambio en la regulación de la excedencia por cuidado de hijos. Lo más destacable, y lo que justifica su tratamiento autónomo, es la naturaleza híbrida de la que se dota a la institución, al distinguirse entre *dos diferentes excedencias*, cada una de las cuales gozaría de naturaleza diferente: forzosa una y voluntaria otra. En efecto, se sustituye la redacción originaria

“los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia, no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo, a contar desde la fecha del nacimiento de éste. Los sucesivos hijos darán derecho a un nuevo periodo de excedencia que, en su caso, pondrá fin al que se viniera disfrutando. Cuando el padre y la madre trabajen, sólo uno de ellos podrá ejercitar este derecho”,

por la de

“los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia, no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo, *tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción*, a contar desde la fecha del nacimiento de éste. Los sucesivos hijos darán derecho a un nuevo periodo de excedencia que, en su caso, pondrá fin al que se viniera disfrutando. Cuando el padre y la madre trabajen, sólo uno de ellos podrá ejercitar este derecho”,

introduciendo un segundo párrafo:

“Durante el primer año, a partir de inicio de cada situación de excedencia, el trabajador tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo y a que el citado periodo sea computado a efectos de antigüedad. Finalizado el mismo, y hasta la terminación del periodo de excedencia, serán de aplicación, salvo pacto colectivo o individual en contrario, las normas que regulan la excedencia voluntaria.”

Sin perjuicio de reconocer el avance que en el campo de la protección del cuidado de hijos y de la compatibilidad de las responsabilidades familiares con el trabajo supuso esta nueva configuración de la excedencia por cuidado de hijos, debe oponerse el hecho de que tampoco en este momento, y a pesar del interés social que se protege a través de tal institución (cuyo fundamento constitucional en el art. 39 había sido defendido por cierto sector doctrinal), el legislador no la consideró suficientemente digna de compartir trato privilegiado con el ejercicio de cargo público, de cuya trascendencia pública no cabía duda alguna, y la situó en lugar menos destacado, lo que en el terreno de los derechos laborales se traducía en un refuerzo de las garantías sobre la conservación el puesto de trabajo, pero sólo durante el periodo de *un año*, salvo mejora por convenio colectivo⁵⁷.

Ello supuso que, en la práctica, tampoco se lograra el fomento del recurso a este tipo de excedencia para una mejor compatibilidad entre el trabajo y las responsabilidades familiares, al menos durante un periodo superior a un año. Y,

⁵⁷ STSJ de la Comunidad Valenciana, de 1.9 de enero de 1.993 (A.S. 1.993, 508) y STSJ de Murcia, de 28 de enero de 1.993 (A.S. 1.993, 253).

teniendo en cuenta que dicho periodo resulta insuficiente para atender adecuadamente a un hijo de corta edad, se producía la situación siguiente: al trabajador no le compensaba la pérdida salarial durante un año si el tiempo que podía dedicar a su hijo no alcanzaba más que hasta que éste cumpliera un año y, por lo tanto, restaba todavía un periodo mínimo de dos años más para que pudiera iniciar su educación pre-escolar; prefería renunciar a ese periodo de un año que disfrutar de los tres años completos, al final de los cuales su reingreso en la empresa podía quedar demorado indefinidamente entretanto no se produjera una vacante.

Finalmente, el creciente interés social despertado por la protección del menor, así como por la decreciente tasa de natalidad en nuestro país, han motivado el refuerzo de las garantías hacia el bien jurídico protegido a través de este tipo de excedencia, elevándolo a la más alta consideración. Ello lo ha hecho merecedor del mismo trato que el ejercicio de un cargo público para gozar de la naturaleza de excedencia forzosa en toda su amplitud e, incluso, en ciertos aspectos, de garantías mayores (ya que se prevén derechos no reconocidos en el resto de los supuestos, tanto en el campo laboral -v.g., derecho a la asistencia a cursos de formación profesional convocados por el empresario- como en el de la Seguridad Social -asimilación al alta y consideración del primer año del periodo de excedencia como carencia cotizada al sistema, si bien este beneficio ya estaba previsto con anterioridad-. Sin embargo, la reciente reforma por la que se ha operado tan sustancial cambio sigue manteniendo una protección escalonada en dos niveles, siendo en uno de ellos la tutela más débil que en el otro, por cuanto se ha introducido una ampliación en lo que se refiere al concepto de “puesto de trabajo” que se reserva al trabajador.

El estado actual de la cuestión arroja, tras décadas de disquisiciones doctrinales, unos resultados algo más clarificados, si bien no debe dejar de criticarse la configuración legal de la figura de la excedencia, que debería incluirse sin más en el cuadro suspensivo diseñado por el art. 45.1 ET. También resulta censurable el hecho de que la reforma de la figura no se haya acometido por la Ley 11/1.994, ni por la Ley 4/1.995, *sobre el permiso parental*, que podría haberse servido del vehículo que le brindaba el rango de ley para depurar la regulación legal del ET.

En la actualidad puede decirse que la excedencia por cuidado de hijos es una figura que permite al trabajador mantener la suspensión del contrato de trabajo al agotarse el periodo de descanso de dieciséis semanas, con la finalidad de continuar atendiendo al cuidado del recién nacido⁵⁸. De ahí que pueda considerarse una "prórroga

⁵⁸ Para TORTUERO PLAZA, "mediante esta figura se intenta establecer una situación de equilibrio, entre la relación laboral preexistente y la finalidad que se pretende conseguir, de forma que el padre o la madre puedan dedicar un tiempo adicional al cuidado exclusivo del hijo, sin que tal situación provoque la pérdida del puesto de trabajo" (TORTUERO PLAZA, J.L.: "Excedencia por cuidado de hijos. Técnica jurídica versus institución jurídica". AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, ps. 265-266).

especial" de la suspensión del contrato, al estar basada en la misma finalidad que da lugar a ésta y ser el mismo hijo que dio origen al nacimiento de la primera suspensión el que considera la norma para la concesión de este segundo periodo. Como puede verse, todas estas razones avalan la construcción científica de la figura como segunda secuencia, de carácter voluntario, de un mismo proceso suspensivo, desde la reforma de la figura de la excedencia por la Ley 4/1995, *sobre el permiso parental y por maternidad*, que la equipara -plenamente durante el primer año de su disfrute- a la suspensión por maternidad a efectos laborales (sin perjuicio del mantenimiento de un régimen diferenciado en el plano de la protección social por parte del sistema de la Seguridad Social), en la línea marcada por el Derecho italiano⁵⁹. En consecuencia, éste puede descomponerse en dos etapas:

- 1º. Una primera fase, de disfrute obligatorio, ligada al nacimiento o a la constitución de la adopción del menor, que recibe la denominación de descanso por maternidad.
- 2º. Una segunda fase, facultativa para el trabajador, que nace simultáneamente a la primera, pero cuyo carácter subsidiario supedita su inicio real a la finalización del primer periodo, por su naturaleza obligatoria para el titular del derecho. Su caracterización legal la reconduce a la categoría de las excedencias (excedencia por cuidado de hijos). El legislador español históricamente ha preferido distinguirlas recurriendo a construcciones jurídicas diferenciadas, aunque suspensivas en ambos casos, acercándose en la más reciente etapa legislativa a la más homogénea figura del permiso parental, existente en el Derecho comparado, donde en efecto la denominación de la figura es siempre la de "permiso", y en la que se comprenden fases obligatoria y voluntaria o adicional (con la virtualidad de prolongar los efectos de la suspensión durante periodos más amplios, reduciéndose la protección asistencial procedente del sistema público de Seguridad Social).

2. Evolución de la figura.

La figura de la excedencia por nacimiento de hijos nace en las Reglamentaciones de Trabajo, en las que se denominaba "excedencia forzosa por alumbramiento", si bien se trataba en realidad de lo que hoy se encaja en el art. 45.1 d) ET como suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento. Luego el auténtico nacimiento de la figura en nuestro Derecho se produce con su inserción en el Decreto 2310/1.970, de 20 de agosto, *sobre Derechos laborales de la mujer*, cuyo art. 5 reconocía el derecho a la excedencia voluntaria con motivo del alumbramiento de la mujer trabajadora, siendo objeto de desarrollo por las respectivas Ordenanzas de Trabajo.

⁵⁹ Vid. sobre el particular supra, II, *Derecho comparado*, Italia.

La regulación contenida en el art. 5.1 del referido Decreto pasó al 25.4 de la *Ley 16/1.976, de Relaciones Laborales (LRL)*, en la que se reconocía a la mujer trabajadora el derecho a un periodo de excedencia no superior a tres años por cada hijo nacido vivo (comenzando de nuevo el cómputo del mismo a partir de cada parto). La excedencia por tal motivo constituía un supuesto de excedencia voluntaria, por lo cual daba derecho sólo a una preferencia de reingreso condicionada a la existencia de vacante de igual o similar categoría.

Finalmente fue recogida por el ET, que la introdujo en su art. 46.3, en el que se configuraba como tipo específico de excedencia voluntaria con causa justificativa y duración máxima -de tres años- (frente al supuesto típico, caracterizado por la ausencia de justificación para su concesión y su duración, sometida a límites mínimo y máximo: “entre dos y cinco años”), y en el que el derecho se reconocía ya a ambos progenitores. Sin embargo, la nueva regulación introdujo dudas respecto de la derivada de la LRL, ya que, mientras el art. 25.4 establecía que el reingreso se produciría en vacante de igual o similar categoría, el ET nada disponía expresamente respecto del reingreso del excedente a la finalización de dicha situación. La duda que todavía hoy puede afectar al supuesto del número 4 -excedencia por ejercicio de funciones sindicales- resultaba también predicable del supuesto del número 3 -es decir, la excedencia por cuidado de hijos-, de modo que parecía entenderse que le era de aplicación lo dispuesto en el número 5 en materia de reingreso (“derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría”).

Hasta ser reformada por la Ley 3/1.989, su naturaleza, ampliamente discutida por la doctrina⁶⁰, puede definirse como la de una *excedencia voluntaria sometida a causa justificada*⁶¹, puesto que su régimen es similar al de la excedencia voluntaria. Sin embargo, en ella destaca una particularidad, que la dota de un plus de tutela jurídica: su finalidad. En efecto, no queda al albur del trabajador, sino que su solicitud obedece a una necesidad concreta: la de prestar cuidados a un hijo menor de tres años.

⁶⁰ De “tremendas dudas” habla MOLERO MANGLANO, que acaba inclinándose por considerarla excedencia voluntaria, si bien cualificada, frente a lo que denomina “excedencia voluntaria ordinaria” CARRO IGELMO (op.cit., pág. 452) la concebía como uno de los dos tipos específicos de excedencia voluntaria que la ley regula junto al supuesto general. ALONSO GARCÍA (op.cit.), por su parte, distinguía entre la “excedencia voluntaria sin motivación exteriorizable” y la “excedencia voluntaria para atender al cuidado de cada hijo”. La STCT de 25 de mayo de 1.984 (RTCT 1.984, 4616) la califica como “excedencia causal”, negando que la ley la regule como excedencia voluntaria (sin embargo, en otras ocasiones el mismo tribunal le atribuye el carácter de voluntaria: SSTCT de 15 de enero de 1.985, nº Colex 1.9, de 22 de julio de 1.986, nº Colex 1270, de 30 de septiembre de 1.987, nº Colex 1374, y de 28 de junio y 7 de diciembre de 1.988, nº Colex 923 y 1547, y del TS, de 28 de febrero de 1.987, nº Colex 336).

⁶¹ SALA FRANCO et al. (op.cit.) continúan manteniendo, una vez aprobado el nuevo régimen legal de la figura, su carácter de excedencia voluntaria. Se fundan para ello, siguiendo la doctrina de la STSJ de Madrid, de 8 de octubre de 1.990 (A.S. 1.990, 26534), en la naturaleza privada de los deberes inherentes a la patria potestad, frente al carácter público del ejercicio de funciones públicas.

Tal sistema daba lugar a la existencia de dos regímenes diferenciados dentro de la excedencia voluntaria: el de la excedencia voluntaria *por maternidad* (sometido a una causa justificante: el nacimiento de un hijo) y el de la excedencia voluntaria por decisión unilateral del trabajador (sin alegación de justa causa), siendo los periodos de suspensión -así como su cómputo- notablemente diferentes, especialmente en lo que se refiere a la conexión de periodos suspensivos, ilimitada en la excedencia por cuidado de hijos (el nacimiento de cada hijo inicia un nuevo cómputo) y limitada temporalmente en la voluntaria (ya que exige el transcurso de un periodo de cuatro años desde la finalización de su disfrute para solicitar un nuevo periodo de excedencia). La disimilitud afectaba también al régimen jurídico del derecho, pues, de ser la excedencia *causal* -fundada en el cuidado del hijo-, no se sometía a requisito alguno, más que la mera solicitud⁶², a diferencia de la excedencia voluntaria pura, condicionada a la acreditación de cierta antigüedad en la empresa. Todo ello convertía a la excedencia por cuidado de hijos en un régimen cualificado sobre el de la excedencia voluntaria y, por tanto, la situaba a caballo entre ésta y la forzosa. Sin embargo, el transcurso del primero de los años de excedencia imponía un importante descenso en el grado de protección, pasando de un régimen privilegiado -el común a todas las causas de suspensión que regula el art. 45 ET- a un régimen debilitado, en el que no se producen efectos ni respecto de la antigüedad del trabajador ni en cuanto a la reserva de puesto de trabajo, ni en el ámbito de la Seguridad Social.

Más tarde, y por virtud de la Ley 3/1.989, de 3 de marzo, esta especial condición se acentúa. Su regulación independiente queda también justificada por la naturaleza híbrida de la que se la dota, al distinguir dos periodos dentro del mismo supuesto y conferir al primero de ellos (el correspondiente al primer año de excedencia) la cualidad de excedencia equivalente a la forzosa.

Con ello se da lugar a una figura de la que, no obstante, no se predica naturaleza alguna⁶³, sino *efectos*: para ello la técnica legislativa opta por escindir la excedencia en dos, atribuyendo a cada uno efectos propios de la excedencia forzosa y de la excedencia voluntaria respectivamente. Silencia, sin embargo, el término “forzosa”, aludiendo expresamente sólo a la voluntaria, ya que se advierte que los dos últimos años de los tres que pueden componer el periodo total se regularán por las normas de la excedencia voluntaria. Con ello obligaba al intérprete a realizar una mayor labor de exégesis, pues en lugar alguno se explicitaba cuál debía ser el régimen jurídico de ésta⁶⁴. La aplicación de estas normas continuaba, pues, restando eficacia garantista a la figura⁶⁵.

⁶²Su concesión resultaba obligatoria para el empresario (STCT de 28 de junio de 1.988, N° Colex 923).

⁶³Pues no participa de la naturaleza de la excedencia forzosa, por no serle impuesta al trabajador, que libremente decide instar su solicitud.

⁶⁴ TORTUERO PLAZA advierte que “la reforma contiene importantísimas deficiencias técnicas que dificultan su aplicación e, incluso, en ocasiones la hacen inaplicable” TORTUERO PLAZA, J.L.:

En la práctica, el efecto pretendidamente protector de la nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos no se correspondió con la filosofía que inspiró la norma. En palabras de TORTUERO PLAZA, “hizo que la asimilación de la excedencia por cuidado de hijo a la excedencia voluntaria implicara una desvalorización del interés jurídico que se pretendió proteger”⁶⁶.

Finalmente, la Ley 4/1.995, de 23 de marzo, incorporada al Texto Refundido del ET, alteró la sustancia de esta excedencia, otorgándole el carácter de forzosa y dotándola de especiales garantías, en función del bien jurídico que se protege. La reforma del precepto significa introducir en la redacción del art. 46 un párrafo en el que la claridad y especificidad (ya que se da regulación pormenorizada a los efectos de la excedencia, a los derechos que puedan devengarse durante su duración y a su régimen de reingreso) resultan insólitas para el resto del precepto, cuyos errores ya han quedado sobradamente señalados.

La nueva -y vigente- regulación de la excedencia por cuidado de hijos supone un cambio que afecta a su naturaleza, ya que implica la sustitución por ese doble periodo característico de la misma, introducido por la Ley 3/1.989, en el que existía un primer “tramo” asimilable a la excedencia forzosa -ya que compartía sus efectos- y un segundo momento, que encajaba perfectamente en la excedencia voluntaria, por otro doble periodo, que vuelve a escalonar la secuencia temporal en el transcurso de la suspensión debida a excedencia por cuidado de hijos. Si con anterioridad el retorno a la empresa, de producirse en el segundo de los periodos de suspensión, tenía lugar en vacante de igual o similar categoría, y en la nueva figura también el reingreso tiene -o puede tener- lugar en similares condiciones, la novedad estriba en la *automaticidad* del reingreso, frente a la anterior desalentadora expectativa de reingreso⁶⁷.

La diferencia entre ambos esquemas híbridos es de sustancia, al carecer la primera de la homogeneidad que caracteriza a la segunda -la vigente-. En efecto, a

“Excedencia por cuidado de hijos. Técnica jurídica versus institución jurídica”. AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1.994, p. 267).

⁶⁵ Así lo señalaron LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ (“Las recientes reformas de la legislación social sobre la mujer en el trabajo y sobre la prestación de desempleo”, *Revista de Treball*, núm. 10, 1.989) y GONZÁLEZ VELASCO (“La excedencia para atender al cuidado de los hijos y la Ley 3/1.989, de 3 de marzo”, A.L., núm. 21, 1.989).

⁶⁶ TORTUERO PLAZA, J.L.: op.cit., p. 266.

⁶⁷ Como señala BALLESTER PASTOR (“Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos”, *Tribuna Social*, núm. 68/69, p. 24), una de las finalidades de la nueva regulación de la figura, según se desprende de la D.A. 14 del ET, es la de promocionar que el puesto de trabajo siga ocupado y no se amortice. De ahí que se prevean una serie de beneficios en favor de la contratación de interinos que ocupen temporalmente la vacante y que no se establezcan medidas similares para los supuestos de suspensión por parto o adopción ex art. 48.4 ET. Sin embargo, tal explicación, según argumenta la propia autora, acompañaría a una particular interpretación del art. 46.3 ET, según la cual la reserva del puesto de trabajo se halla condicionada a la contratación de un interino. No es ésa la intención del legislador, que regula figuras autónomas aunque unidas por un mismo presupuesto.

pesar de la existencia de una doble fase, no se trata más que de ciertas variaciones dentro de un mismo régimen jurídico, pero la excedencia, mientras dure, es siempre forzosa: el tiempo no impone un cambio de naturaleza: simplemente altera el régimen de conservación del puesto de trabajo, intercambiando el elemento “puesto de reservado” por el de “reingreso garantizado”, es decir, se impone la sustitución del elemento “puesto de trabajo” por el de “empresa”, o, lo que es lo mismo, de la correlación reserva-puesto por la de reingreso-empresa.

En lo demás, sus efectos son los mismos durante todo el periodo, de igual manera que con el resto de los supuestos de excedencia forzosa, o, dicho de otro modo, de igual modo que en el resto de los casos de suspensión del contrato de trabajo. En definitiva, a pesar de la distinción entre dos tipos de garantías o garantías de diferente grado según la suspensión se halle en su primer año o haya entrado en el segundo de su duración total, la sustancia es la misma (lo cual no ocurría en la anterior regulación, derivada de la Ley 3/1.989).

Debe tenerse en cuenta, como novedad legislativa, la proveniente de la Unión Europea. Concretamente, la Directiva 96/34/CEE, adoptada por el Consejo el 3 de junio de 1.996, *relativa al permiso parental*, cuyo contenido es similar al que ya se contenía en la precedente Ley 4/1.995, de 23 de marzo, hasta tal punto que ambas llevan el mismo título, con la introducción de ciertos desafortunados matices, a juicio de algunos autores (v.gr., GARCÍA NINET⁶⁸): “sobre el permiso parental”⁶⁹ (ya que la ley española añade “y por maternidad”, cuando el término “parental” ya abarca a ambos progenitores, incurriendo, por tanto, en una reiteración que, además de absurda e innecesaria, es incorrecta tanto gramatical como semánticamente, ya que convierte al otro término de la enumeración en algo distinto).

3. Efectos jurídicos

Teniendo el carácter de excedencia forzosa, los efectos de la excedencia por cuidado de hijos serán los de ésta, es decir, los comunes a cualquier otra de las causas suspensivas contempladas en el art. 45 del ET, ya examinados en el capítulo precedente, a los que se añaden ciertas particularidades, únicamente predicables de la excedencia por cuidado de hijos:

1. *Reserva* de puesto de trabajo o puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que implica la posibilidad de reincorporarse al mismo una vez agotado el periodo de excedencia, en las mismas condiciones disfrutadas anteriormente,

⁶⁸ GARCÍA NINET, J.I.: “La regulación del permiso parental y por maternidad”. *Tribuna Social*, núm. 52, 1995. El citado autor sugiere un título alternativo: “mejor hubiera sido hablar de permiso paterno y materno o emplear la palabra paternidad frente a la de maternidad”.

⁶⁹ Debe tenerse en cuenta que la propuesta de Directiva fue ratificada por el Consejo por Resolución de 12 de julio de 1.982.

salvando las posibles variaciones que, fruto del *ius variandi* empresarial o sometidas al preceptivo procedimiento legal, hayan afectado al puesto de trabajo reservado durante el periodo de suspensión, pues, continuando vigente el contrato, es susceptible de los mismos cambios que cualquier otro no suspendido, tal como ya quedó sentado en el capítulo anterior. Existe, sin embargo, una esencial diferencia en cuanto al puesto que se reserva según sea la duración de la excedencia: siendo ésta de un año, el puesto reservado será el mismo que ocupaba el trabajador; siendo de duración superior, la reincorporación podrá producirse en puesto de grupo profesional o categoría equivalente al del puesto originario.

De la nueva regulación del derecho se desprende la conclusión de que no resulta exigible al empresario la reincorporación al puesto de trabajo ocupado con anterioridad aunque estuviera vacante y, en segundo lugar, que, cumpliendo el puesto reservado los requisitos previstos en el art. 46.3, no cabrá rechazo del mismo por parte del trabajador⁷⁰.

En cuanto al puesto de trabajo que se reserva, la modificación de la figura de la excedencia por crianza de hijos ha supuesto un refuerzo de las garantías sobre el derecho a la reincorporación en el periodo que sigue al primer año, pues en este caso la plaza *se asegura*, pero no respecto del puesto de trabajo conservado: el de grupo profesional o categoría equivalente, que, por tanto, continúa siendo el mismo sobre el que se ostentaba un derecho preferente al reingreso con anterioridad a la reforma (es decir, cuando se le atribuía carácter voluntario). En consecuencia, continuará siendo aplicable en este punto la jurisprudencia anterior e incluso la que resuelve supuestos de excedencia voluntaria, dada la similitud de los elementos que definen el puesto de trabajo al que el trabajador va a reincorporarse, ya sea de manera forzosa o bien cuando exista vacante (en este caso hablaremos de excedencia voluntaria), pues de “grupo profesional o categoría equivalente” habla el art. 46.3 y de “igual o similar categoría” el 46.5, teniendo en cuenta que el legislador ha partido del concepto de “categoría equivalente” construido por la doctrina científica y jurisprudencial, que lo entendía como pertenencia al mismo grupo profesional. La STSJ de Extremadura, de 21 de marzo de 1.994⁷¹, interpreta la “categoría similar” como la que pertenece al mismo grupo profesional, “entendido éste atendiendo tanto al aspecto subjetivo de la prestación para el desempeño inherente a la titulación académica o profesional exigible, como al objeto del contenido unitario de las diversas prestaciones englobadas en el grupo”⁷².

2. Derecho al cómputo de la *antigüedad*, consistente en la no interrupción de éste durante el transcurso de la excedencia, de tal modo que, una vez finalizada ésta, el

⁷⁰ Su rechazo constituiría un supuesto de dimisión: STSJ de Madrid, de 28 de junio de 1.991 (A.S. 1.991, 4114), sobre un supuesto de excedencia voluntaria.

⁷¹ A.S. 1.994, 1028.

⁷² En el mismo sentido, la sentencia del mismo tribunal de 23 de mayo de 1.994. A.S. 1.994, 1.947.

trabajador podrá sumar tres años (o menos, si opta por disfrutar de un periodo más breve) más a su antigüedad originaria⁷³, y con ello todos aquellos derechos anudados a la misma, que puedan haberse generado durante el periodo suspensivo o a su finalización. Se llama la atención sobre este efecto, pese a ser común a todas las suspensiones, salvo la excedencia voluntaria, por que el art. 46.3 hace mención expresa del mismo, para despejar posibles incertidumbres, asumida la experiencia de la regulación de la excedencia en el ET.

3. Derecho a ser convocado por el empresario para asistir a *cursos de formación profesional* durante la permanencia en la situación de excedencia. Este especial beneficio se dirige a garantizar la consecución de dos objetivos:
 - a) Evitar la posible extinción contractual a instancia empresarial sobre la base del art. 52 b) ET: falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo. Asimismo, realizada la adaptación necesaria a la nueva tecnología inherente al puesto anterior o al nuevo puesto de trabajo, se hace innecesaria esa nueva suspensión del contrato que dispone el mismo precepto con el objeto de proporcionar al trabajador durante un periodo máximo de tres meses la formación precisa que le capacite para la adaptación requerida.
 - b) Procurar la formación que resulta necesaria para la reincorporación al puesto de trabajo en óptimas condiciones, habida cuenta de la duración prolongada que pueda tener la excedencia⁷⁴. La razonabilidad de esta medida exigiría su adopción también en los otros supuestos de excedencia, teniendo en cuenta, además, la posibilidad de conectar excedencias de diversa índole y, en consecuencia, de prolongar la ausencia del lugar de trabajo durante largos periodos de tiempo, en los que la definición del puesto de trabajo ha podido cambiar enormemente por la incorporación de nuevas tecnologías al proceso productivo. Piénsese, por ejemplo, en el puesto de trabajado de un auxiliar administrativo en una empresa que todavía no ha automatizado la contabilidad y gestión en general (gestión informatizada de nóminas, de la contabilidad en general, del control de stocks, de las compras, de la comunicación con terceros, con inclusión de la Seguridad social -transmisión vía módem de los boletines de cotización-...), en fin, el trabajador puede no estar preparado para desarrollar casi ninguna de las funciones que antes desempeñaba. La informatización de

⁷³ La STSJ de Madrid, de 27 de septiembre de 1.990 (RTSJ 1.990, 2203) define el derecho como "cómputo de antigüedad durante el transcurso del tiempo de su vigencia, lo que significa, indudablemente, el del periodo anterior".

⁷⁴ En palabras de ESCUDERO RODRÍGUEZ y MERCADER UGUINA, la finalidad de esta norma es "evitar la progresiva descualificación del trabajador excedente y la paulatina pérdida de sus competencias profesionales (...) En otras palabras, se quiere impedir la obsolescencia profesional del trabajador excedente, poniendo los medios para conjurar los eventuales riesgos de una extinción del contrato de trabajo a corto, medio o largo plazo" (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.: "Nueva regulación de la excedencia por razón de cuidado de hijo", R.L.; núm. 11, 1995, p. 104).

todas esas funciones que previamente se realizaban manualmente exigiría un curso de capacitación profesional para adecuar el perfil profesional del trabajador excedente al “nuevo” puesto de trabajo. Y ello resultaría imprescindible cualquiera que hubiera sido el motivo de la excedencia.

Se está hablando, por supuesto, y así debe ser interpretada la norma, de cursos de capacitación cuyo contenido esté directamente relacionado con las funciones inherentes al puesto de trabajo ocupado por el excedente o, en su caso, es decir, transcurrido el primer año de reserva, con las que son propias de otro del mismo grupo profesional o categoría equivalente, con lo que se amplía el abanico de posibilidades formativas del trabajador y, por consiguiente, los deberes empresariales en cuanto a la convocatoria de aquél para su participación en los mismos, sean organizados por el empresario o por cualquiera de las entidades concertadas en el Acuerdo Nacional de Formación Continua o la Fundación para la Formación Continua (FORCEM).

CAPÍTULO III:

DERECHO POSITIVO.

I. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR NACIMIENTO DE HIJOS EN EL DERECHO COMUNITARIO.

En el seno del Derecho social comunitario, la suspensión del contrato de trabajo por razón de maternidad se concibe como un periodo amplio, en el que se suceden dos tipos de permisos o licencias, uno de carácter obligatorio -el correspondiente al periodo subsiguiente o previo al parto, sobre el que incide la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, *sobre medidas destinadas a promover la mejora de la salud y la seguridad de las trabajadoras grávidas, puérperas y lactantes*- y otra licencia meramente facultativa -un periodo posterior al del descanso puerperal, destinado a la educación del hijo en sus primeros años de vida-. Así se regula en la Directiva 96/34/CEE, adoptada por el Consejo el 3 de junio de 1996, *relativa al permiso parental*, por la que se da aplicación al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por UNICE, CEEP y CES¹, en virtud del art. 4.2 del Tratado de Maastricht sobre Política Social.

La nomenclatura acogida por el Consejo de la Unión es la de "permiso parental". Con ella se da cabida tanto al permiso que pueda disfrutar la madre como el que sea reconocido al padre, y, además, se abarcan el descanso por maternidad propiamente dicho y las llamadas *licencias parentales* en el Derecho comparado y en el español "excedencia por cuidado de hijos", siendo en todo caso figuras asimilables entre sí en lo que respecta a su incidencia sobre el contrato de trabajo, ya que en el ámbito de la Seguridad Social la trascendencia de tales permisos o licencias dista mucho de corresponderse con la realidad que regula el Derecho español (en el que la tutela económica de las situaciones es ciertamente pobre en términos comparativos).

La finalidad de la figura del "permiso parental" es la de tutelar el derecho del trabajador de atender directa y personalmente al cuidado de sus hijos, sin perder por ello su puesto de trabajo. Por tanto, la pretensión del legislador europeo es garantizar

¹ DO N° L 145/4, de 19 de junio de 1996. Se trata de un "fenómeno de legislación negociada o concertada", que busca "encontrar a sus destinatarios naturales: los interlocutores sociales de los Estados miembros" (CASAS BAAMONDE, M. E.: "Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental". *Relaciones Laborales*, núm. 24, 1996, ps. 4 y 7).

dos derechos: el de la estabilidad en el empleo y el de la atención a la familia. Para ello se reconoce el derecho a suspender temporalmente la ejecución del contrato de trabajo a partir de un momento determinado -el nacimiento o adopción de un hijo- durante un periodo limitado mínimo y máximo, que los Estados miembros (sin perjuicio de la intervención de los interlocutores sociales en la aplicación del Acuerdo, según proclama el apartado 13 de las *Consideraciones Generales* del mismo) han de concretar, en el marco del art. 189 del Tratado CE, siempre y cuando respeten el contenido de la Directiva, que funciona como Derecho necesario relativo. Dicho periodo, fijado en la Cláusula Segunda, va desde un mínimo de tres meses hasta un máximo de ocho años, con la particularidad de que, además de ser distribuable entre ambos progenitores, es susceptible de disfrute por los dos simultáneamente. El resto de condiciones de acceso y disfrute del derecho se remiten a las legislaciones internas: cláusula 2.3:

“Las condiciones de acceso y las modalidades del permiso parental se definirán por ley y/o convenios colectivos en los Estados miembros de conformidad con las disposiciones mínimas del presente Acuerdo.”

Estas condiciones, que habrán de preverse antes del 3 de junio de 1998, fecha de entrada en vigor de la Directiva (aunque cabe la prórroga durante un año más) y por tanto de ejecución de la misma, se concretan, en lo que al ordenamiento español se refiere, en la Ley 4/1995, de 23 de marzo, y hoy en el art. 46.3 del Texto Refundido del ET y 29.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, *de Medidas para la Reforma de la Función Pública*.

En lo que respecta a la naturaleza del permiso regulado por la citada Directiva, debe partirse del carácter de la norma de referencia, ya que sus preceptos programáticos -que, por otra parte, remiten a la legislación interna- impiden efectuar consideraciones sobre aquélla, pues en su cláusula 2.1 no se contienen mayores previsiones que las relativas al periodo de duración del permiso, de entre un “mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años”, coincidentes con la edad del menor.

Se parte, pues, de la concepción del proceso de maternidad -natural o adoptiva- y posterior cuidado y educación de los hijos como un periodo global, en el que es posible distinguir una estructura dual, compuesta por un primer periodo de descanso puerperal, reconocido en todos los ordenamientos occidentales, y por un segundo periodo, en el que la función de la suspensión contractual es atender a la educación de los hijos, caracterizado por su amplia duración en el tiempo.

Sin embargo, no se contempla más que el periodo subsiguiente al descanso puerperal, remitiendo la regulación de éste a lo dispuesto en la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, *sobre medidas destinadas a promover la mejora de la salud y la seguridad de las trabajadoras grávidas, puérperas y lactantes*, en la que se contienen dos medidas de orden laboral: 1º el derecho a un descanso mínimo de catorce semanas ininterrumpidas (superando, por tanto, el mínimo previsto en el Convenio OIT número 103), de las cuales dos serán obligatorias (pudiendo ser

distribuidas antes y/o después del parto), con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales², 2º la garantía de conservación del puesto de trabajo durante el periodo de embarazo (como medida de protección de la salud física y psíquica de la trabajadora), para lo cual se recomienda a los Estados miembros establecer la prohibición de despido en tal situación.

Ninguna otra previsión relativa a la suspensión del contrato de trabajo y sus efectos aparece en el Derecho social comunitario, salvando la posible incidencia de la Recomendación 92/241/CEE, del Consejo, de 31 de marzo de 1992, *sobre cuidado de los niños*³. Quiere ello decir que, desde el ámbito europeo, se considera suficiente la regulación mínima citada y se entiende que la atención prestada por los Estados miembros a la suspensión del contrato de trabajo por parto o adopción no precisa de acotación alguna en orden a su armonización y garantía de mínimos⁴.

El legislador europeo entiende que la función educativa puede verse cumplida en un lapso temporal de ocho años, contados desde el nacimiento del hijo. Se trata, por consiguiente, de una generosa regulación, cuyo alcance viene limitado por su carácter de norma mínima y máxima, dejando margen a los legisladores internos para determinar la amplitud real del derecho. Ello motivará, sin duda, la desarmonía legislativa de los Estados miembros, sobre una misma base armónica (la desarmonía dentro de la armonía legislativa, que encaja con la amplitud de facultades concedidas a los interlocutores en orden a su ejecución, no en vano la Directiva es una mera transposición de un acuerdo que tiene naturaleza de convenio colectivo internacional de ámbito europeo), lo cual es perfectamente compatible con el instrumento legislativo utilizado por la Unión: la Directiva. El mínimo armonizador que implanta dicha norma supera los límites que hasta el momento regían en ciertos Derechos internos (v.gr., Bélgica, Irlanda y Luxemburgo) y queda bajo los previstos en la mayor parte de los Estados miembros, más generosos.

También la definición del carácter o naturaleza de este “permiso” y sus efectos se remite a la regulación interna, en la que, según prevén los diversos números de la cláusula segunda, se determinará tanto su duración como su carácter retribuido o subsidiado o, por el contrario, su ausencia de rentas ligadas a su disfrute prolongado en el tiempo (lo cual aproxima la licencia parental a la excedencia regulada en el Derecho español). La Directiva se limita a aclarar en el Preámbulo (1.9) que el permiso regulado es “distinto del permiso por maternidad”. Este inciso nos permite concluir que lo que está regulando es “algo semejante” a la *excedencia por cuidado de hijos*, llámese

² Reconocido como derecho social fundamental del trabajador en la *Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*, de 1989.

³ OJ L 128/16. En ella se recomienda a los Estados miembros el establecimiento de ciertas medidas de flexibilidad en el trabajo que permitan conciliarlo con las responsabilidades familiares, entre otras, la regulación de permisos.

⁴ Sobre la tutela dispensada en los Estados miembros de la Unión a la maternidad, vid. infra, “Derecho comparado...”

permiso o excedencia. Es decir, se dirige a cubrir un periodo distinto del regulado en los Estados miembros como “permiso por maternidad” y que tiene lugar en un momento temporal preciso: tras el parto (pudiendo iniciarse el descanso con anterioridad a este momento, que se prevé inminente). Por tanto, este permiso -el parental- está destinado a garantizar el cuidado del hijo en un momento posterior, siendo, en consecuencia, acumulables ambos permisos. Es más, uno funciona como “prórroga” del otro.

Se trata de un permiso ya existente en algunos -pocos- Estados miembros de la Unión⁵: es el caso de España y de Francia, si bien la diferencia entre ambos es sustancial, estribando en la existencia de cobertura social por parte del sistema público de prestaciones en el caso de Francia, frente a la escasa atención hacia el derecho por parte del sistema público español, en lo que a prestaciones se refiere. En efecto, mientras el Derecho francés prevé desde 1985 una excedencia por cuidado de hijos, situación cubierta por un *subsidio parental de educación* (APE), aunque sometido a ciertas condiciones, como son la existencia de varios hijos -al menos tres- a cargo, que hagan necesaria una mayor dedicación por parte de los padres, y la edad de aquéllos -uno de ellos ha de ser menor de tres años-, sin olvidar los requisitos propios de toda prestación de la Seguridad Social (afiliación, alta, cotización...)⁶, el sistema español tan sólo concede una prestación no económica como garantía del ejercicio del derecho, es decir, con la finalidad de que su ejercicio no lleve aparejadas consecuencias negativas en el ámbito de la Seguridad Social: la consideración del primer año de tal periodo como tiempo cotizado al sistema, así como la asimilación de todo el periodo de excedencia a la situación de alta para acceder a las prestaciones del mismo.

Del análisis comparado de la Directiva 96/34 y la legislación española se desprenden las siguientes diferencias, que pueden servir para sintetizar la regulación comunitaria:

- La Directiva crea un estatus laboral especial para el trabajador que haga uso de la suspensión contractual para hacerse cargo del cuidado de sus hijos, consistente en la adhesión de ciertas especiales garantías de conservación del puesto de trabajo,

⁵ No se conoce figura similar en ningún otro país miembro, lo cual no significa que no existan instituciones dominadas por la misma filosofía: así sucede, por ejemplo, con el “family credit” británico, que, siendo en principio semejante a una figura del Derecho español -la prestación contributiva por hijo a cargo-, por tratarse de una aportación económica concedida a aquellas familias que no alcancen un cierto nivel de ingresos, se sitúa no entre las prestaciones de protección a la familia *strictu sensu*, sino entre las medidas propias de la política de empleo, por cuanto se configura como garantía del *acceso al empleo* de los trabajadores con bajos salarios y *cargas familiares* (o, lo que es lo mismo, “garantizar que las familias no se encuentren en una situación material menos favorable si trabajan que si no lo hacen” -STJCCEE, Sala 4ª, de 13 de junio de 1995, caso *Meyers*, DOCCEE núm. C-268/3, de 14 de octubre de 1995-).

⁶ Se exige un periodo de cotización de dos años dentro de los diez inmediatamente anteriores al nacimiento del hijo.

es decir, de protección contra el despido, con el consiguiente "blindaje" del contrato durante el periodo de suspensión (cláusula 2.4 del Anexo).

- La duración prevista oscila desde un mínimo de tres meses a un máximo de ocho años (cláusula 2.1).
- El puesto de trabajo reservado, durante todo el periodo de suspensión, es el mismo que ocupaba el trabajador antes de iniciarse la suspensión (cláusula 2.4), salvo imposibilidad, en cuyo caso la reserva se entenderá referida a un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato o a su situación laboral (cláusula 2.5).
- Permite someter a condiciones especiales el acceso al permiso, tales como la antigüedad en la empresa, no pudiendo en tal caso exigirse más de un año de servicios (cláusula 2.3 b), definición en la que podrán participar los interlocutores sociales.
- En el ámbito de la Seguridad social, el periodo de suspensión permite mantener el derecho a prestaciones (cláusula 2.8).

II. DERECHO COMPARADO: SU REGULACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEOS.

Durante los años ochenta y noventa⁷, todos los países del entorno europeo han procedido a la adaptación de sus legislaciones en materia de maternidad a las nuevas exigencias del mercado laboral (incorporación de la mujer al trabajo) y de las corrientes demográficas y natalistas (descenso de la tasa de natalidad), mejorando la tutela dispensada desde el ordenamiento laboral al nacimiento o a la adopción de hijos.

En algunos de ellos, se han ampliado sensiblemente los mínimos previstos en su día por el Convenio OIT nº 103 y más tarde, y dentro del contexto europeo, por la Directiva 92/85/CEE, norma que sin duda ha forzado la reforma legislativa en algún caso (v.gr., Portugal)..

El caso más llamativo en cuanto a duración del permiso es el de Dinamarca, donde se reconocen hasta 28 semanas⁸ de descanso, Italia, que utiliza el parámetro mensual, fijando la duración en cinco meses (por tanto, aproximadamente veinte semanas), o el Reino Unido, cuyo Derecho establece un descanso de dieciocho semanas. Varios son los Estados que se igualan, con dieciséis semanas, al español:

⁷ Francia en 1980, Dinamarca en 1981 y 1984, Portugal primero en 1984 y posteriormente en 1995 y los Países Bajos en 1.990.

⁸ Debe advertirse que ello se lleva a cabo en detrimento del contenido de la prestación económica a través de la que se protege la contingencia de maternidad, pues la cuantía de ésta es inversamente proporcional a su duración, siendo la más baja de la Unión Europea (equivalente a un 73% de las rentas de activo).

Francia, Luxemburgo y Portugal. El resto se ajusta estrictamente al mandato europeo o lo amplía en una semana: son Alemania e Irlanda por un lado y Bélgica y Grecia por el otro, con quince semanas. El único que hasta 1995 quedaba por debajo del límite europeo es Portugal, con un permiso de trece semanas o 90 días, que fueron ampliados a 98 por la ley 17/95, de 9 de junio⁹. También son varios los que prevén la modulación de la duración del descanso según el número de hijos nacidos en el parto o simplemente la ampliación del periodo ordinario de suspensión por parto múltiple. Son: Alemania (hasta cuatro semanas más), donde dicho incremento funciona también en caso de parto prematuro, o Francia (dos semanas más, acumulables a las que se pueden disfrutar por aumento del número de hijos habidos, circunstancia que permite prolongar la duración de la suspensión hasta 10 semanas más a las 16 ordinarias).

En cuanto a la distribución del periodo total, en todos ellos se prevé el disfrute anterior y posterior al parto. En Alemania, se distingue entre un periodo anterior de seis semanas y otro puerperal de ocho. En Dinamarca, de las veinticuatro semanas totales, cuatro son anteriores al parto. Francia sigue el modelo alemán, reconociendo un descanso prenatal de seis semanas y otro puerperal de diez (que será de ocho y dieciocho respectivamente, en caso de que los hijos habidos y nacidos sean tres o más). El Derecho griego prevé una duración *simétrica*: cincuenta y dos días antes y cincuenta y tres días después. Italia divide el descanso en dos tramos de dos y tres meses respectivamente. En los Países Bajos, la duración de ambos descansos también es proporcional: seis semanas antes y seis semanas después del parto. Por último, el portugués es un caso especialmente “curioso” o llamativo, por cuanto prevé un descanso prenatal notablemente superior al puerperal, siendo el primero de sesenta días y el segundo sólo de treinta.

La observación de los sistemas legales que a continuación van a ser examinados con más detalle permite extraer las siguientes conclusiones comunes:

- Se tutelan dos situaciones: la maternidad biológica y la adoptiva, con inclusión, en algunos casos, del acogimiento preadoptivo. Ningún otro sistema de atención de menores, por el que no se constituya una relación de filiación, da lugar al reconocimiento del derecho.
- Se establecen dos tipos de descansos: previo (generalmente facultativo, salvo algún supuesto excepcional, como el italiano) y posterior al parto (obligatorio), al que se añade en muchos casos un segundo periodo de permiso, de carácter voluntario, y hasta el primer o, en la mayor parte de los casos, tercer aniversario del hijo, frecuentemente por motivos de salud de éste, pero en otras legislaciones nacionales

⁹ El caso de Portugal es el inverso al de Dinamarca: siendo su duración la más breve, la cuantía de la prestación económica por maternidad es la más alta (equivalente al 124% del salario neto que se deja de percibir).

-en las que se amplía la edad máxima del hijo- se configura como una licencia para la crianza o educación del menor.

- Reconocimiento del derecho al padre sólo en caso de imposibilidad de la madre, por enfermedad o fallecimiento, en caso de parto, e indistintamente en los supuestos de adopción o en la licencia posterior para el cuidado del hijo.
- Exigencia de certificado médico para hacer uso del derecho al descanso.
- Prohibición del despido o establecimiento de especiales garantías contra el mismo¹⁰.
- Posibilidad de prorrogar los descansos por causa de enfermedad de la trabajadora púérpera. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que generalmente el estado patológico de la madre no se conecta con una nueva situación, de incapacidad temporal, sino que se trata, por el contrario, del mismo proceso de maternidad, lo cual da lugar al mantenimiento de los derechos conectados con el proceso de maternidad (incluidos los de Seguridad Social). No puede deducirse lo mismo en el Derecho español, en el que se distingue claramente entre dos situaciones perfectamente diferenciadas.

El sistema de permisos y licencias por maternidad en cada uno de los países anteriores es el siguiente:

- **Alemania:**

La Ley de protección de la maternidad (*Mutterschutzgesetz*)¹¹ regula un permiso de maternidad prenatal de seis semanas y otro puerperal de ocho semanas (o doce, si el parto es prematuro o múltiple), aunque la protección contra el despido se extiende hasta los cuatro meses de vida del hijo. En cuanto a la comunicaciones, la protección ligada a la suspensión exige la notificación del estado de embarazo desde su conocimiento por la trabajadora (art. 5 Ley 1952).

Se prevé la existencia de una segunda licencia, de hasta 36 meses a contar desde el nacimiento del hijo: el *permiso para el cuidado de hijos*, reconocido en la *Ley sobre el permiso y el subsidio para el cuidado de hijos*, de 1985 (*Bundeserziehungsgeldgesetz*)¹², que puede ser disfrutado desde su inicio por cualquiera de los progenitores, beneficiándose ambos de todos los beneficios ligados a la suspensión, incluida la protección contra el despido.

¹⁰ Sobre este tema, vid. supra, Título I, capítulo 3.

¹¹ La ley de 24 de enero de 1952, en su redacción originaria, preveía un descanso de seis semanas anteriores al parto y seis posteriores.

¹² El *permiso por maternidad*, introducido en 1979, fue sustituido en 1985, en la misma línea del Derecho sueco, por el más amplio *permiso parental*, susceptible de disfrute tanto por el padre como por la madre .

- **Bélgica:**

La ley sobre el trabajo (*loi sur le travail*)¹³, de 16 de marzo de 1971, regula en sus artículos 39 a 44 (de los cuales fueron modificados los arts. 41 a 43 bis, por la Ley de 3 de abril de 1995) la protección de la maternidad. En ella se reconoce a la trabajadora embarazada el derecho a un reposo o dispensa de trabajo de 15 semanas ("congé maternité"), que se desglosa en un *congé prénatal* de siete semanas -cuya concesión depende de la previa prestación de servicios durante un cierto periodo de tiempo y para cuyo disfrute la trabajadora deberá haber presentado con una antelación mínima de ocho semanas a la fecha prevista para el parto certificado médico-, periodo que resulta reducido en caso de parto prematuro, y un "congé postnatal" obligatorio de ocho semanas (art. 39)¹⁴.

Dentro del descanso prenatal, existe un periodo facultativo de seis semanas que pueden ser acumuladas, a opción de la trabajadora, con el periodo postnatal, y un periodo obligatorio de una semana de duración, que se disfrutará una semana antes de la fecha prevista para el parto (durante la cual rige, en realidad, una prohibición de trabajar). La suspensión del contrato por maternidad, ligada a la justificación que proporciona la "ficha del examen médico"¹⁵, produce respecto de la extinción del contrato los mismos efectos que el embarazo: la prohibición de despido¹⁶. Si tras el nacimiento el neonato debe permanecer en establecimiento hospitalario durante ocho semanas desde el parto, podrá prolongarse la interrupción de trabajo hasta el regreso, para lo cual la trabajadora debe remitir certificado médico de la hospitalización y de la salida del hospital.

El padre sólo puede ser beneficiario del derecho en caso de fallecimiento u hospitalización de la madre. A pesar de este inconveniente, el sistema belga es en lo demás más garantista de la igualdad de los progenitores en este terreno, al reconocerles a ambos el mismo derecho, con el mismo contenido, duración y garantías: es así que cuando el padre disfrute del permiso, ambos conservarán el derecho a la suspensión por el mismo tiempo y con la misma protección contra el despido (regulada en el art. 40 y consistente en la prohibición de aquél, salvo por causas ajenas al estado

¹³ En cuanto a la ley de contrato de trabajo, puede encontrarse comentada en: MAINGAIN, B.: "Employeurs et salariés en droit belge", en VV.AA. (dir. Jacques GHESTIN y Marcel FONTAINE): *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*. LGDJ. Université Catholique de Louvain-la-neuve. 1.996.

¹⁴ La ley de 1971 no mejora en demasía el régimen previsto en la vieja Ley de 1900, cuyo art. 28 bis fijaba el *repos de grossesse et d'accouchement* en catorce semanas (seis antes y ocho después del parto).

¹⁵ Se regula en el art. 146 bis. 1 del Reglamento general para la protección del trabajo, aprobado por Decreto de 11 de febrero de 1946 y de 27 de septiembre de 1947.

¹⁶ En materia de efectos de la suspensión, el art. 39 establece que "le Roi peut assimiler à des périodes de travail, certaines périodes de suspension de l'exécution du contrat de travail et certaines absences lorsqu'il s'agit des personnes qui, autrement qu'en vertu d'un contrat de louage de travail, fournissent des prestations de travail sous l'autorité d'une autre personne".

físico resultante del embarazo o del parto, desde el momento en el que sea informado el empresario hasta la expiración del plazo de un mes desde el fin del permiso postnatal).

El Derecho belga prevé otra suspensión del contrato por razón de prevención de riesgos laborales, determinando que, cuando por tales motivos se prescriba un cambio de puesto de trabajo que no sea posible ni técnica ni objetivamente o no pueda exigirse por motivos justificados, deberá adoptarse como última medida la suspensión del contrato (art. 42).

En cuanto a la maternidad adoptiva, hasta el 1 de enero de 1993 quedaba sin protección. La Ley de 30 de diciembre de 1992, art.2, reformando la Ley del Contrato (en el que introduce el art. 73 bis), asimiló las condiciones exigidas para los hijos adoptados, menores de un año, con la de los hijos naturales.

- **Dinamarca:**

La duración del descanso en este caso es de cuatro semanas prenatales (periodo que se configura como máximo, siendo acordado por el médico que atiende a la trabajadora, pero que puede superarse en casos especiales) y de 24 semanas con posterioridad al parto¹⁷. En caso de maternidad adoptiva, la licencia tendrá una duración de 24 semanas, computadas desde la fecha de llegada al hogar del menor, siempre que las autoridades competentes en materia de adopción decidan sobre la conveniencia de que uno de los adoptantes permanezca en el hogar familiar haciéndose cargo del niño durante cierto tiempo. Se prevé, a título experimental, la posibilidad de reanudar el trabajo durante las diez semanas últimas de las 24 concedidas.

Tales derechos son reconocidos en favor de ambos progenitores, si bien sólo la madre puede ejercerlos durante las primeras catorce semanas de puerperio, siendo susceptibles de reparto, según decidan aquéllos, las diez restantes. No obstante, con independencia de los mismos, el padre está facultado para disfrutar hasta de dos semanas tras el nacimiento o llegada del hijo al hogar (pudiendo, por tanto, acumularse los derechos de la madre y del padre de forma simultánea). En cualquier caso, será el padre quien disfrute del derecho en caso de imposibilidad de la madre para hacerse cargo del hijo por causa de enfermedad o muerte.

Durante tales periodos es posible participar en actividades sindicales o de formación (lo cual dará lugar a la suspensión de la prestación de la Seguridad Social), restringiéndose la posibilidad en caso de maternidad natural al periodo conformado por las últimas catorce semanas del permiso.

¹⁷ En el supuesto extraordinario de que el recién nacido fuera hospitalizado, la ausencia podrá prolongarse hasta tres meses.

El Derecho danés regula un segundo periodo de suspensión: la *licencia parental*, que, además de cumplir una función familiar, facilitando la asunción de responsabilidades familiares, está diseñada como instrumento de política de empleo, dirigido a incrementar la movilidad del mercado de trabajo.

El derecho se reconoce a los padres de hijos con edades comprendidas entre los cero y los ocho años (obsérvese que los límites temporales son los mismos que prevé la Directiva 96/34 sobre el permiso parental), siendo la duración de la licencia de entre 13 y 52 semanas. La licencia podrá prolongarse durante trece semanas, y durante 26 si el hijo es menor de un año¹⁸.

- **Italia:**

La legislación italiana contempla dos tipos de descansos: obligatorio y facultativo, por parto, adopción y acogimiento preadoptivo. En dicho ordenamiento jurídico el carácter unitario de la estructura de las licencias por nacimiento de hijos es tan notoria que se concibe la figura de la suspensión contractual como una unidad, dentro de la cual pueden distinguirse dos tipos de periodos: uno obligatorio y el otro facultativo.

Destaca en el terreno de las situaciones protegidas el amparo a la maternidad adoptiva (o *affidamento preadottivo*, ex art. 314/20 C.c.), ya que éste es uno de los escasos supuestos en los que se amplía la edad del menor adoptado más allá de los tres años, situándose en los seis, si bien dicha edad se vuelve a reducir hasta los tres en lo que respecta al acceso al descanso facultativo.

La *abstención obligatoria* del trabajo (o periodo obligatorio) tendrá una duración equivalente a dos meses con antelación a la fecha presunta del parto y tres meses tras éste o el ingreso del adoptado en la nueva familia. Se contrapone a la suspensión, que queda prohibida (“divieto di sospensione dal lavoro”) durante el periodo de prohibición del despido (es decir, durante el embarazo y hasta el año siguiente al parto), ex art. 1 y 2 de la Ley 1204/1971.

La interrupción del embarazo es considerada a todos los efectos como parto, si ocurre a partir del 180º día de la gestación, y como enfermedad, si es anterior a tal fecha.

El derecho al descanso obligatorio postnatal podrá ser disfrutado por el padre en casos excepcionales (v.gr., grave enfermedad o muerte de la madre). Sin embargo, dicho derecho no fue reconocido hasta que así se estableció en la sentencia de la Corte Costituzionale n.1 de 19 de febrero de 1987, sobre la base de la ley sobre la igualdad

¹⁸ Si éste tuviera una edad inferior a tres años, no deberá estar inserto en un programa de guarderías públicas durante el periodo de licencia (se trata de un sistema de establecimientos públicos dedicados al cuidado diario del niño (guarderías públicas), dependientes de las autoridades locales, cuya función es garantizar a las madres la oportunidad de participar en el mercado laboral).

(ley 903 de 1977), posteriormente incorporado a la ley n. 341 de 1991. En virtud de las mismas consideraciones, se ha extendido el derecho al descanso facultativo al padre, en igualdad de condiciones con la madre.

Respecto de los efectos de la suspensión por tal motivo, la ausencia será considerada como periodo trabajado o antigüedad, a todos los efectos (pagas extraordinarias, gratificación por nacimiento y vacaciones).

En cuanto a la suspensión o *astensione facoltativa* (que viene a ser una licencia parental con derecho a prestación de la Seguridad Social)¹⁹ podrá prolongarse durante los seis meses sucesivos al periodo de descanso obligatorio, prorrogables hasta el tercer año de vida del hijo cuando éste sea minusválido (art. 33 ley n. 104 de 1992). Su disfrute no tiene por qué ser consecutivo, sino que puede solicitarse durante todo el primer año de vida del bebé.

Se reconoce asimismo el derecho a un tercer tipo de licencia o suspensión del contrato de trabajo, por causa de enfermedad del hijo -natural o adoptado- menor de tres años (certificada médicamente) también prevista para el padre. Tal periodo será computado a los solos efectos de la antigüedad en la empresa, pero no a efectos de vacaciones ni de pagas extraordinarias (*tredicesima mensilità*). Por lo demás, tanto éste como el descanso obligatorio tendrán eficacia en materia de pensiones.

- **Luxemburgo:**

Según la *Loi concernant la protection de la maternité de la femme au travail*, de 3 de julio de 1975, art. 3, el descanso prenatal es de ocho semanas, siempre que así sea prescrito por certificado médico. Sin embargo, se establece que "la mujer encinta no puede ser ocupada, a menos que ella haya declarado expresamente ser apta para el trabajo", declaración que es revocable en todo momento y que debe ser constatada por certificado médico. Dicha prohibición será prorrogada si el parto tuviese lugar en una fecha posterior a la prevista por el médico. En cuanto al descanso posparto, tendrá una duración simétrica, también de ocho semanas, que pueden prolongarse hasta doce en caso de parto prematuro o múltiple, así como para las madres lactantes. Nada se prevé en materia de adopción.

Agotado el permiso de maternidad, la mujer puede abstenerse de retornar al trabajo (sin necesidad de preaviso ni obligación indemnizatoria), con objeto de criar a su hijo (art. 5.4), pudiendo volver al mismo en el año siguiente a tal fecha. Se trata de un derecho preferente de reingreso en un empleo adecuado a su cualificación profesional²⁰. Tal reingreso supondrá la recuperación de los beneficios o ventajas ya adquiridos antes de su partida.

¹⁹ Dicho derecho puede sustituirse, a opción de la interesada, por dos horas de permiso diario retribuido.

²⁰ Dicha solicitud y el rechazo de la misma deberán realizarse por carta con acuse de recibo, de igual modo que en el Derecho francés.

- **Países Bajos:**

El periodo de descanso es, como en el caso español, de dieciséis semanas, durante las cuales no se suspende el salario, pues, según dispone el Código civil, el empresario deberá seguir abonando el 100% del sueldo durante el descanso maternal²¹ (de igual modo que en el Derecho español el empresario es obligado a costear el primer periodo de suspensión por enfermedad común).

- **Reino Unido:**

El Derecho británico regula dos tipos de descansos: el ordinario (*maternity leave*) y otro adicional (*maternity absence*). El primero de ellos es de catorce semanas (que pueden prolongarse durante cuatro semanas más si existe una enfermedad incapacitante para el trabajo), distribuibles a opción de la interesada, siempre que el descanso prenatal no sea superior a once semanas, lo cual implica que el descanso postnatal puede resultar inferior a los límites previstos en la normativa internacional (sin embargo, se garantiza un periodo de cuatro semanas de descanso postnatal cuando la trabajadora preste servicios en una fábrica, si ya se habían utilizado catorce semanas) y que, además, su disfrute es voluntario (por consiguiente, tiene carácter renunciante). Durante tal periodo, se mantendrán todos los derechos derivados del contrato de trabajo²², salvo la obligación salarial (ello significa que las vacaciones también transcurrirán normalmente, aunque no exista la posibilidad de disfrutarlas efectivamente), a pesar de lo cual se mantienen otras remuneraciones en especie o beneficios contractuales de carácter económico²³. Dicho periodo será, asimismo, computable a efectos de antigüedad.

La trabajadora deberá comunicar su estado de gravidez con una antelación mínima de 21 días al parto, haciendo constar la fecha prevista para el parto y la fecha en la que piensa iniciar su descanso, así como su intención de ejercer el derecho a retornar al trabajo tras el periodo adicional de ausencia por maternidad.

Existe una norma especial en materia de extinción contractual, en virtud de la cual se garantiza el reingreso preferente en la empresa²⁴ cuando, durante la situación

²¹ En caso de enfermedad, y hasta el 1 de marzo de 1996, el empresario debía abonar al trabajador, durante todo el primer año de enfermedad, al menos el 70% del salario, no pasando a la Seguridad social hasta el periodo subsiguiente (Ley de prestaciones por discapacidad, WAO).

²² El incumplimiento empresarial al respecto podrá ser objeto de acción civil en demanda de indemnización por daños y perjuicios por ruptura de contrato, además de la acción por despido injusto ante un Tribunal Industrial.

²³ Sí se mantiene la obligación de cotizar, pero sólo parcialmente, en la cuota relativa a pensiones.

²⁴ Dicha previsión se explica por KAHN-FREUND ("Suspension of the contract of employment in English Law", *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato de Lavoro*, nº 2, julio-diciembre, 1970, ps. 3 y ss) como una dicotomía entre dos posibles sentidos del término "suspensión" en el Derecho británico, en el que parece concebirse la suspensión en ambos sentidos: con el significado que se le da en el Derecho continental y con el de extinción de un contrato que posteriormente es "renovado", en un contexto en el que la celebración del nuevo contrato ya estaba prevista por las

de suspensión, se haya producido una regulación de empleo (*redundancy*) o un despido ordinario²⁵.

La concesión de una licencia especial ("maternity absence") requiere una antigüedad en la empresa de dos años, que han de haberse completado con antelación al comienzo de la undécima semana anterior a la prevista para el parto. El inicio de dicho periodo se conecta a la finalización de la licencia maternal, prolongándose hasta el final de la 28ª semana posterior al nacimiento del hijo, aunque es posible que se posponga en supuestos excepcionales, tales como la existencia de una enfermedad incapacitante (que prorroga la ausencia hasta cuatro semanas más), la voluntad justificada del empresario o la interrupción del trabajo por causas técnicas²⁶, y siempre que en todos los casos sea objeto de comunicación.

En cuanto a sus efectos, no da lugar al mantenimiento de ninguna de las condiciones o ventajas ligadas al contrato de trabajo, salvo pacto de mejora, ni tampoco al cómputo de antigüedad (sin perjuicio de mantener la anterior y reiniciar su cómputo en el momento del reingreso, a efectos de mantener el concepto de "continuidad en el empleo", del que depende la detentación de ciertos derechos). En cualquier caso, el regreso al trabajo motiva la recuperación automática de las condiciones de trabajo disfrutadas con anterioridad, salvo que se haya dado un proceso de *redundancy* o exista alguna razón que haga inviable la reincorporación en el mismo puesto de trabajo, en cuyo caso el reingreso se producirá en un puesto equivalente, así como la adquisición de los aumentos salariales que para su categoría profesional se hayan producido durante la suspensión del contrato. Lo que no cabe es la introducción de alteraciones en el contrato de forma unilateral, siendo tal medida, cuando provenga del empresario, objeto de la acción por despido injusto.

Cuando esté próxima la fecha del retorno (a partir del 21º día anterior al agotamiento de la licencia ordinaria), el empresario deberá requerir a la trabajadora - por escrito- para que confirme su voluntad de volver a ocupar su puesto de trabajo, pudiendo fijar un plazo para la respuesta (no superior a catorce días), que funcionará como plazo de prescripción del derecho al reingreso.

partes. Debe tenerse en cuenta que en el Derecho británico sólo caben tres tipos de suspensión: la unilateral, por causa de un conflicto colectivo (huelga) o por suspensión disciplinaria, la bilateral o pactada entre las partes, y la debida a *redundancy* (situación en la cual, por causas técnicas o económicas el empresario no puede ofrecer trabajo a sus asalariados). No se prevé, sin embargo, que la interrupción de la ejecución del contrato se deba a imposibilidad de prestar el trabajo por razones relacionadas con la propia persona del trabajador, porque tales supuestos se cobijan bajo otra figura: los permisos o licencias (*leave: sick leave, maternity leave...*).

²⁵ Un derecho similar prevé el Derecho italiano -Ley 1204/1971-, respecto de las trabajadoras temporeras despedidas por cesación de la actividad de la empresa.

²⁶ Son acumulables dos prórrogas debidas a distinto motivo, es decir, la conexión de una interrupción del trabajo con una enfermedad y viceversa.

En cualquiera de los dos casos, la intención de la trabajadora debe ser comunicada con suficiente antelación al empresario (por lo menos 21 días antes del inicio del permiso por maternidad), adjuntando certificado médico, con mención en su caso de que se hará uso de la licencia especial y, por supuesto, de la fecha de inicio. Se trata de un requisito *sine qua non* para el disfrute del derecho. En cambio, no es preciso comunicar la intención de retornar al trabajo, a menos que el reingreso sea anticipado (en tal caso, habrá de respetar un preaviso de siete días, o de 21²⁷, para el *maternity absence*).

Las relaciones entre la maternidad y la incapacidad temporal son similares a las del Derecho español. De ser necesaria una ausencia anterior por razones relacionadas con el embarazo, el permiso por maternidad comenzará automáticamente el primer día de ausencia siguiente al comienzo de la sexta semana anterior a la fecha presunta del parto, debiendo notificarse el motivo de la ausencia. Por el contrario, si la enfermedad que motiva la incapacidad no es debida o relacionada con el embarazo, se iniciará un proceso de incapacidad temporal (*sick leave*), que durará hasta el comienzo de la licencia por maternidad.

Existe un tercer tipo de suspensión, con derecho a remuneración, relacionada con la salud y seguridad laboral de la trabajadora, que será obligatoria si no existe puesto de trabajo adecuado a su estado²⁸.

- **Suiza**²⁹:

En el sistema suizo debe hablarse de dos cuerpos legales en lo que se refiere a la regulación del trabajo por cuenta ajena: la *Loi sur le travail* (LT), de 13 de marzo de 1964, que prohíbe el trabajo de la mujer púrpura y regula la protección de la embarazada o púrpura (es por tanto, Derecho imperativo) y el *Code des obligations* (CO), en el que se da regulación a la conservación del salario durante la suspensión del contrato, a la protección contra el despido y a la reducción de la duración de las vacaciones en caso de embarazo y parto.

El art. 35.2 LT establece que durante las ocho semanas siguientes al parto el trabajo de la mujer púrpura queda prohibido, pudiéndose reducir este periodo, a petición de la interesada, a seis semanas si un certificado médico demuestra el pleno restablecimiento de la salud de la trabajadora, o ampliar a voluntad de ésta. Durante

²⁷ De no respetar este preaviso, no tendrá derecho a la remuneración que corresponda al tiempo de anticipación en el retorno.

²⁸ El derecho está previsto en la Directiva 92/85/CEE.

²⁹ Con carácter previo debe indicarse que la *loi sur le travail* (LT), Título X ("le contrat de travail"), no se aplica en las administraciones públicas, en los transportes públicos, en la agricultura y en las relaciones privadas, así como a ciertas categorías de trabajadores, como los que ejercen una actividad científica, artística (y por cuenta propia) o de alta dirección, así como a los trabajadores a domicilio. En cuanto al *Code des obligations* (CO), sí es de aplicación a todo tipo de trabajadores del sector privado.

tal periodo (como en caso de imposibilidad para el trabajo por enfermedad o accidente) el empresario está obligado a abonar el salario durante un tiempo limitado, que dependerá de la antigüedad en los servicios (art. 324.1 y 3 CO)³⁰.

El art. 329 b.3º CO prohíbe al empresario reducir la duración de las vacaciones anuales en razón de la suspensión por embarazo o parto.

La protección de la maternidad se completa con la prohibición de despido de la trabajadora durante todo el embarazo y las dieciséis semanas que siguen al parto (con anterioridad a la reforma operada por la ley de 16 de diciembre de 1988, eran las ocho semanas que preceden al parto y las ocho posteriores), art. 336 e CO.

Los sistemas francés y portugués son ciertamente prolijos en materia de regulación de la tutela de la maternidad, especialmente el portugués, que le dedica una ley: la *ley de protección de la maternidad y de la paternidad*. La amplitud y lo exhaustivo de tal regulación, en la que ningún aspecto -tanto en materia de titularidad como de ejercicio del derecho- escapa a la atención del legislador, la hace merecedora de una especial atención (que no es, ni mucho menos, la que en realidad debería brindársele, pero el marco de exposición elegido exige una cierta dosis de síntesis en el comentario), y por ello la dedicación que a los mismos se va a dispensar a continuación sobrepasa los límites de la brevedad que ha caracterizado al estudio de cualquiera de las legislaciones recorridas en el presente apartado. Las anteriores razones sitúan a ambas legislaciones como fuente de posibles y futuras reformas legislativas de la figura, que permitan su clarificación, pudiendo funcionar, asimismo, como criterio para colmar ciertas lagunas detectadas en el art. 46.3 ET en cuanto a ejercicio del derecho.

- **Francia:**

La maternidad se regula en el Derecho francés en los artículos L 122-28-1 a L-122-32 del Code du Travail³¹, en los que se contienen dos derechos: el *congé maternité*, o permiso por maternidad o *congé d'adoption* (de adopción),, y el *congé parental d'éducation*, o licencia parental.

³⁰ Este régimen es mejorado en lo que respecta a la Administración pública: en la Administración federal se amplía a cuatro meses y en las administraciones de catorce cantones a dieciséis semanas.

³¹ Dichos preceptos son declarados Derecho necesario relativo en el art. L. 122-29, en el que se declara nula de pleno derecho toda convención contraria a las disposiciones de los referidos preceptos. El contenido de dichos preceptos proviene de la Ley Engerand, de 27 de noviembre de 1909, por la que se garantiza por vez primera el derecho de la trabajadora de suspender su trabajo por un periodo de ocho semanas con ocasión del parto. Esta ley es reproducida íntegramente con posterioridad en el art. 29 del Libro I del Code du travail (*all'estero*. Istituto Italiano di Igiene, Previdenza ed Assistenza Sociale. Bologna, Nicola Zanichelli, 1923, p. 42).

En cuanto al primero de los permisos, el de maternidad, se regula con mayor detalle que en el Derecho español. Su análisis puede sistematizarse de la siguiente manera:

1. Su *duración* se prolongará durante 16 semanas de descanso, de las cuales seis serán anteriores a la fecha presunta del parto y diez posteriores, siendo obligatorio el disfrute de ocho semanas³². A dichos periodos se adicionará un descanso suplementario de dos semanas con anticipación al parto en caso de embarazo patológico. El parto múltiple puede prolongar el descanso, hasta doce semanas de descanso prenatal en caso de gemelos y 24 semanas cuando los hijos sean más de dos; en cuanto al periodo postnatal, será de 22 semanas para el nacimiento de más de dos hijos. También la existencia de hijos anteriores tiene virtualidad para prolongar el descanso, cuando el número de aquéllos resulte incrementado con el neonato hasta tres, siendo en tal caso de 26 semanas, de las cuales ocho serán prenatales y 18 postnatales.
2. El derecho será *ejercido* por el *padre* cuando acontezca la muerte de la madre (art. L. 122-26-1, modificado por la ley 94-629, de 25 de julio de 1994), siendo la duración del descanso en este supuesto de diez semanas, computables desde el nacimiento del hijo, pudiéndose prolongar hasta 18 ó 22 por las circunstancias anteriormente descritas. El contrato en suspenso recibirá el mismo tratamiento contra el despido (previsto en el art. L. 122-25-2) que si el derecho lo hubiera ejercido la madre.
3. En caso de adopción de menores o acogimiento con vistas a su adopción (nacionales o extranjeros cuya entrada en territorio francés haya sido autorizada), también se atribuye titularidad del derecho a la madre en exclusiva, si bien se permite con posterioridad el reparto del periodo de reposo, siempre y cuando una de las dos partes (no se permite la distribución en más de dos fracciones, por lo tanto, el disfrute interrumpido) sea por lo menos de cuatro semanas. La duración de la suspensión del contrato será de diez semanas desde la llegada del infante al hogar (obsérvese que los periodos de suspensión no se cuentan desde el acto formal de constitución de la adopción o acogimiento, sino desde la efectividad de éste, es decir, desde que el adoptado llega al hogar³³), y de 22 semanas en caso de adopción múltiple. La adopción recibe el mismo trato legal que el parto, lo cual se hace extensible a las normas paccionadas: el art. L. 122-26-3, reformado por la ley 95-116 de 4 de febrero de 1995, establece expresamente que toda disposición aparecida en un convenio o acuerdo colectivo de trabajo, que comporte en favor de

³² También la ley de 30 de diciembre de 1966 establecía un reposo obligatorio de ocho semanas, que podían prolongarse, a voluntad de la trabajadora, hasta un periodo de catorce semanas. La redacción originaria del precepto, introducida por la Ley de 17 de junio de 1913, establecía un descanso puerperal obligatorio de cuatro semanas.

³³ Con ello se evitan problemas de cómputo en caso de adopción internacional.

los trabajadores en suspensión por maternidad un beneficio ligado al nacimiento es aplicable de pleno derecho a los trabajadores en suspensión por adopción.

Además de este permiso, el art. L. 122-28-10 regula una segunda licencia sin derecho a remuneración con ocasión de la constitución de una adopción internacional, regulada por los arts. 63 o 100-3 del código de familia, para realizar el desplazamiento necesario a territorios de ultramar o al extranjero con vistas a la referida adopción, por un plazo máximo de seis semanas. Para su inicio, el trabajador deberá respetar un preaviso de dos semanas, comunicando, en carta con acuse de recibo, el tiempo previsto de la ausencia y el lugar de destino, sin perjuicio de poder hacer efectivo el reingreso con anterioridad si la actividad inicial queda interrumpida antes.

4. La ausencia por los motivos anteriores deberá ser comunicada al empresario, haciéndole saber la fecha de su inicio y de la reincorporación al trabajo (aspecto sobre el cual guarda silencio el ET), lo que demuestra que los periodos reconocidos son máximos y, por tanto, facultativos, a lo que se une el hecho de las posibles ampliaciones con motivo de la adquisición de la condición de familia numerosa. A dicha carta (con acuse de recibo) deberá acompañarse un certificado médico³⁴ indicando el estado de embarazo y la fecha presunta del parto o, en su caso, la fecha efectiva cuando éste ya se haya producido, y, de existir un estado patológico, la necesidad de incrementar el periodo de suspensión del contrato.
5. Los efectos de los anteriores periodos son la asimilación a trabajo efectivo, para todos aquellos derechos que puedan derivarse de la antigüedad (art. L. 122-26-2, modificado por la ley 95-116, de 4 de febrero de 1995). En segundo lugar, la suspensión otorga un estatus especial al trabajador o trabajadora, protegiéndoles contra el despido (art. L. 122-25-2), estatus especial que se articula en un doble mecanismo: 1º la prohibición contra el despido por causas no suficientemente justificadas (incumplimientos graves...) y 2º la suspensión de los efectos de la rescisión empresarial con causa justa durante el periodo de reposo, no teniendo efecto, pues, hasta que éste se haya agotado (art. L. 122-27).
6. La trabajadora, por su parte, sí puede hacer uso de su derecho a rescindir el contrato para dedicarse a la crianza de su hijo, siempre que respete un periodo de preaviso mínimo de quince días. El derecho puede hacerse efectivo tanto durante el periodo de descanso como en los dos meses posteriores al nacimiento o a la llegada del bebé al hogar (en este último caso, no será necesario respetar el periodo de preaviso). La peculiaridad de tal extinción motivada es que se trata de una resolución con derecho a retorno (es un derecho de preferencia en el reingreso: *priorité d'embauchage*) durante el año siguiente al nacimiento, que producirá la

³⁴ La legislación anterior (el art. 29 del Libro I del *Code du travail*) no exigía tal certificado, bastando la simple declaración del estado de gravidez.

recuperación de las condiciones o ventajas ya adquiridas en el momento de su cese. La proposición de readmisión que realice el empresario deberá ser comunicada a la trabajadora en carta con acuse de recibo, respetando la misma forma la negativa de aquella (formalidad que servirá para probar la efectiva disposición del empresario al reingreso), arts. R. 122-9 y 10. Dichas formalidades, según dispone la parte reglamentaria del Code (art. R. 122-11), se consideran cumplidas el día del envío de la carta con acuse de recibo.

El *congé parental d'éducation* se concede para el cuidado de hijos naturales o adoptados menores de tres años (el Derecho francés también es coincidente en este aspecto con el español, así como con el portugués). Se regula en el art. L.122-28-1 y ss., según las modificaciones introducidas por la ley 91-1 de 3 de enero de 1991, la ley 94-629 de 25 de julio de 1994 y la ley 96-604 de 5 de julio de 1996. Se trata de una nueva licencia, que se adosa a la de maternidad y que puede hacerse valer por cualquiera de los progenitores una vez ha expirado el descanso postnatal o de adopción. Tiene el efecto de la excedencia por cuidado de hijos del Derecho español, ya que su finalización supone la reincorporación en el mismo puesto de trabajo o en empleo similar con una remuneración al menos equivalente a la anterior (art. L. 122-28-3), en las mismas condiciones disfrutadas con anterioridad, computándose a efectos de antigüedad el tiempo de suspensión. Asimismo, ha lugar al derecho, en caso de que en el ínterin se hayan producido cambios de técnicas o métodos de trabajo, a una acción de formación profesional. Sin embargo, no se reconoce en todos los supuestos, condicionándose a la existencia de un año de antigüedad en los servicios con anterioridad al nacimiento o adopción del hijo³⁵.

Su duración mínima es de un año y la máxima de tres, hasta el tercer aniversario del hijo o los tres años desde la llegada al hogar del hijo adoptado, siendo susceptible de dos prórrogas hasta su agotamiento. En caso de adopción de un mayor de tres años, pero menor de la edad máxima de escolarización obligatoria, la licencia por adopción será de un año (desde su incorporación a la familia de adopción). La enfermedad, accidente o minusvalía del hijo pueden prolongar durante un año más los periodos anteriores.

Las obligaciones formales exigidas para el *congé maternité* se repiten en esta nueva licencia, con ciertas variaciones: así, en cuanto al plazo de preaviso del ejercicio del derecho, será el del mes anterior al término del descanso postnatal; en el resto de los casos, es decir, cuando no se conecten ambos periodos, el plazo será de dos meses. La prórroga de la licencia deberá ser comunicada en los mismos términos, con un mes de antelación, indicando el deseo de transformar la licencia en reducción de jornada o viceversa.

³⁵ La norma en la que se preveía la posibilidad de negarse al ejercicio de tal derecho en empresas de menos de cien trabajadores (art. L. 122-28-4) fue derogada por la ley 94-629 de 25 de julio de 1994.

Se prevén normas especiales para el caso de deceso del hijo en el art. L. 122-28-2, en el que se reconoce el derecho al trabajador de reemprender su actividad laboral, comunicándolo al empresario con un mes de antelación (en todos los casos las comunicaciones se realizarán en carta con acuse de recibo).

En cuanto a incompatibilidades profesionales, se prohíbe la realización de cualquier actividad profesional durante tales periodos (art. L. 122-28-5).

La contravención por parte del empresario de las reglas descritas da lugar, en virtud del art. L. 122-30, a la obligación de resarcir al trabajador de los perjuicios causados, como si se tratase de un despido. Cuando el despido resulte nulo, el empresario deberá abonar los salarios correspondientes al tiempo al que afecte la nulidad. Por contra, la trabajadora embarazada es eximida de la obligación de respetar el preaviso, así como de indemnizar por la ruptura (art. L. 122-32)³⁶.

- **Portugal:**

La ley reguladora de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, *Ley nº 4/1984, de 5 de abril, de protección de la maternidad y de la paternidad*, fue modificada en 1995 (por la Ley nº 17/1.995, de 9 de junio), desarrollada por un Reglamento, del año 1.985 (Decreto-ley nº 136/85, de 3 de mayo), también objeto de la consiguiente reforma a partir de 1995³⁷ (por Decreto-ley nº 332/95, de 23 de diciembre)³⁸, como consecuencia de la adaptación de la legislación portuguesa a la Directiva 92/85/CEE.

La *Ley nº 4/1984* distingue dos tipos de licencias por maternidad: el derecho a dispensa del trabajo con motivo de parto o de adopción (licencia por maternidad en favor de la madre, dispensa del trabajo para cuidar al hijo en favor del padre y

³⁶ Norma que proviene de la Ley Strauss (art. 1), de 17 de junio de 1913, incorporada al art. 29 a) del Libro I del Code.

³⁷ Esta reforma introduce, entre otras, las siguientes modificaciones: la ampliación del periodo de licencia por maternidad de 90 a 98 días (para acomodar la duración del descanso al imperativo europeo de 14 semanas, previstas en la Directiva 92/85/CEE), el reconocimiento del derecho del padre a disfrutar parte del periodo de descanso por decisión conjunta de los padres (así como el nuevo permiso de dos días por nacimiento de hijo, a través del que se recoge una práctica corriente en la negociación colectiva) y el establecimiento de la presunción de despido injusto -o sin justa causa- cuando sea instado contra una trabajadora grávida, puérpera o lactante. Vid. sobre el particular el monográfico de la Revista de Actualidade laboral *Trabalho & Segurança Social*, abril 1996, nº 4.

³⁸ En cuanto a la función pública, la ley reguladora es el Decreto-ley nº 194/96, de 16 de octubre, por el que se modifica el nº 135/85, de 3 de mayo (que desarrolla, en el ámbito de los trabajadores al servicio de la Administración pública, la Ley nº 4/84, de 5 de abril). El régimen jurídico es básicamente el mismo que para los trabajadores del sector privado; sin embargo, se establecen ciertas especialidades que, en materias determinadas, alteran sustancialmente la regulación prevista para los trabajadores por cuenta ajena. Tal es el caso de la norma contenida en el art. 16 de la mencionada ley, cuyo apartado 4º establece que "cuando se trate de trabajadores contratados, el disfrute de la licencia especial no perjudica la caducidad del respectivo contrato en cuanto a su término".

dispensa por adopción en favor de ambos, arts. 9, 10 y 11) y una segunda “licencia especial” para el cuidado de hijos (“licença especial para assistência a filhos”, art. 14), que comenzará a disfrutarse una vez finalice el disfrute de la licencia previa.

La duración de la licencia por maternidad tiene una duración diferente en función de dos factores: el origen de la maternidad y el titular que haga uso del derecho:

- *Maternidad biológica*: cuando se trate de la madre, será de 98 días consecutivos, de los cuales 60 serán obligatoriamente disfrutados tras el parto. El disfrute de parte del descanso con anterioridad al parto está condicionado a la aportación de certificado médico en el que así se prescriba. En cualquier caso es obligatorio un descanso mínimo de 14 días (por tanto, el resto del periodo es voluntario³⁹). El aborto también da lugar en el sistema portugués al derecho al descanso, si bien resulta reducida su duración a un periodo que oscila entre un mínimo de 14 y un máximo de 30 días (según prescripción médica). De la ausencia de previsión expresa sobre el supuesto del niño nacido muerto o fallecido durante el periodo de licencia, situaciones previstas en la legislación anterior, así como de la posición defendida por el Ministro de Empleo y de la Seguridad Social en la presentación a la Asamblea de la República del texto elaborado por el Gobierno, parece desprenderse la conservación del derecho a la totalidad del periodo de 98 días.

El padre también puede ejercitar el derecho, siempre y cuando exista una cesión del mismo por la madre, bien sea tácita -por causa de incapacidad física o psíquica de la madre, aunque ésta no sea trabajadora⁴⁰, y por todo el tiempo en el que ésta perdure-, por causa de muerte, o por decisión conjunta de los padres. Debe observarse que el derecho del padre, que dará lugar a la *licencia por paternidad*, no está condicionado a la decisión unilateral de la madre (conclusión que sí parece extraerse de la legislación española), sino al acuerdo de ambos (siempre que se cumplan las siguientes condiciones: que tal decisión conste en documento escrito, que la madre se reserve una licencia posterior al parto de 14 días al menos, y que el trabajador comunique al empresario su decisión, probando, en su caso, que el empresario de la madre ha sido informado con una antelación mínima de diez días: art. 2 del Decreto-ley 136/85, de 3 de mayo). Sin embargo, la duración del derecho no es idéntica en todas las hipótesis anteriormente citadas, sino que, siendo la regla general el disfrute de un periodo igual al que hubiera utilizado la madre, puede reducirse cuando el ejercicio paterno provenga de la muerte de la madre, en cuyo caso el periodo de licencia será de 14 días (los que corresponden al periodo

³⁹ Así lo entiende la Dirección General de Condiciones de Trabajo (del Ministério para a Qualificação e o Emprego) en "Notas sobre as recentes alterações à legislação portuguesa referente à protecção da maternidade e da paternidade", ejemplar mecanografiado, p. 3.

⁴⁰ Cuando acontezca durante el periodo de los 98 días siguientes al parto. Se trata de un extremo expresamente señalado en la ley (art. 10, modificado por la Ley nº 17/95, de 9 de junio).

obligatorio: la solución es idéntica a la prevista por el art. 48.4 de la ley española), y en todo caso, cuando el derecho sea ejercido por la madre, tendrá derecho a dos días, consecutivos o interpolados, de permiso remunerado por nacimiento del hijo, que será ejercido en los 15 días siguientes al parto (permiso que el Derecho español regula en el art. 37.3 ET).

- *Maternidad o paternidad adoptivas*: las situaciones protegidas son similares a las tuteladas en el Derecho español: la adopción o el acogimiento, iniciando el cómputo la decisión judicial o administrativa correspondiente⁴¹. El adoptando o adoptado ha de ser menor de tres años (obsérvese que en este aspecto el Derecho portugués es más restrictivo que el español), dando lugar a una licencia de 60 días (el periodo es único, no existe acotación mínima ni máxima). El derecho sólo podrá ser ejercido por uno de los cónyuges cuando ambos trabajen, no siendo reconocido si el adoptado es hijo de uno de los cónyuges o existe ya una convivencia previa igual o superior a 60 días. Sin embargo, si el que hiciera uso del descanso falleciese en tal situación, el derecho pasará a ser ejercido por el cónyuge sobreviviente por el tiempo que restare para su finalización, con una ausencia mínima de diez días (art. 3 del Decreto-ley nº 136/85, introducido por el Decreto-ley nº 332/95, de 23 de diciembre).

Los periodos anteriores pueden ampliarse cuando el descanso sea obstaculizado por un internamiento hospitalario de la madre o del adoptante que ejerza el derecho, al interrumpirse el periodo de licencia (a petición del trabajador), hasta 30 días si es anterior al parto. La licencia por maternidad suspende el transcurso de las vacaciones, que serán disfrutadas tras el agotamiento de aquélla, aunque éste se verifique durante el año civil siguiente.

En cuanto a las formalidades exigidas a efectos de iniciar el descanso maternal, dispone el art. 2 del Decreto-ley nº 136/85, de 3 de mayo, que la trabajadora deberá presentar, en el plazo de los quince días siguientes al nacimiento del hijo, "certificado médico que confirme la conveniencia del goce de parte de licencia antes del parto e indique la fecha prevista para éste". Como puede observarse, la regulación portuguesa destaca frente a la española por su mayor afán de integridad, y con ello menor flexibilidad, a la hora de construir el régimen de ejercicio del derecho. Cuando sea el padre quien ejerza el derecho por fallecimiento o incapacidad de la madre, deberá informar al empresario de tal acontecimiento o presentarle certificado de fallecimiento o certificado médico fehaciente en cuanto sea posible. En caso de adopción, la comunicación deberá hacerse efectiva con una antelación de diez días, a través de la presentación de la resolución judicial o administrativa respectivas, pudiendo exigir el empresario comprobante del no ejercicio del derecho por parte del otro cónyuge (art. 3 Decreto-ley 136/85).

⁴¹ Cuando la decisión consista en la confirmación de la permanencia del menor a cargo del adoptante, la licencia se prolongará por el tiempo que reste hasta completar los 60 días (art. 11).

El art. 18 de la ley 4/84, de 5 de abril (reformado por la Ley 17/95, de 9 de junio) establece que la ausencia por los anteriores motivos no determinará la pérdida de ningún derecho, siendo considerada, a todos los efectos, como prestación efectiva de servicios. Además, la licencia por maternidad, paternidad o adopción da lugar a dos especiales efectos: la suspensión del transcurso de las vacaciones, que serán disfrutadas tras el agotamiento de la licencia, el mantenimiento del derecho a realizar cursos de formación ya iniciados y el aplazamiento de la realización de pruebas que fueran organizadas en la empresa para la promoción profesional, que deberán realizarse tras el final de la licencia (arts. 4 y 5 Decreto-ley 136/85, respectivamente).

Agotada la duración de la licencia por maternidad (en este sentido la ley portuguesa es más precisa que la española), paternidad o adopción, puede tener lugar una nueva interrupción del contrato mediante la utilización de una "licença especial para assistência a filhos", que puede hacerse valer durante los primeros tres años de vida del menor (debe señalarse la identidad de las regulaciones portuguesa y española en este aspecto). La duración de esta nueva licencia será como mínimo de seis meses, prorrogables hasta un máximo de dos años, no pudiendo ser objeto de interrupciones. Su reconocimiento está condicionado a la existencia de un presupuesto: que el trabajador no se halle impedido o inhibido totalmente para ejercer la patria potestad o, tratándose del otro progenitor, que realice una actividad profesional (art. 11 del Reglamento). No obstante, en esta hipótesis sí se reconoce el derecho al cónyuge del progenitor natural del adoptado a situarse en "excedencia" o suspensión del contrato para atender al hijo de su cónyuge, derecho que será reconocido aunque no tenga lugar la adopción, sino simplemente la convivencia con la pareja (art. 12.11, modificado por el Reglamento de 1995). En cuanto a su ejercicio, rigen las siguientes reglas (contenidas en el art. 12):

1. Se permite su disfrute sucesivo o alternativo por ambos progenitores (art. 12 del Reglamento).
2. Deberá ser objeto de comunicación con un mes de antelación al inicio de su disfrute, indicando el tiempo de su duración (en caso contrario se presumirá solicitada por el periodo mínimo de seis meses) así como el compromiso de que el derecho no está siendo ejercido por ninguna otra persona (art. 14).
3. Su inicio se producirá inmediatamente después del disfrute de las vacaciones que habían quedado suspendidas por el transcurso del periodo de suspensión por nacimiento o adopción del hijo y que deben ser recuperadas tras la extinción de ésta (art. 11.4 del Reglamento).
4. La duración del periodo de licencia puede reducirse por fallecimiento del hijo, hecho que deberá ser comunicado al empresario. Sólo ésta y la voluntad del trabajador son razones suficientes para acortar el plazo de la licencia, prohibiéndose la intervención empresarial para interrumpir a su conveniencia el disfrute del derecho.

5. Durante el disfrute de la licencia queda prohibida la realización por parte del trabajador de actividad incompatible con el fin para el cual fue concedida aquélla (art. 13). A tales efectos se indica que se presumirá incompatible, sin admisión de prueba en contrario, cualquier forma de prestación de trabajo subordinado o de prestación continuada de servicios fuera de la residencia familiar. Ello supone dar entrada a la posibilidad de combinar la excedencia con la realización de un trabajo a domicilio.
6. El reingreso (regulado en el art. 15) deberá ser comunicado por escrito con una antelación mínima de quince días, salvo agotamiento del plazo máximo. Cuando no exista comunicación, se presumirá prorrogada la licencia especial por un periodo idéntico, hasta el límite máximo de dos años. La reincorporación al trabajo producirá el restablecimiento de todos los derechos y deberes emergentes de la relación de trabajo. Cuando el regreso tenga lugar anticipadamente por fallecimiento del hijo, será obligatorio para la empresa la atribución al trabajador de la primera vacante que se produzca en la empresa en la misma profesión o categoría.

En lo que respecta a efectos de la licencia especial (asimilable a la excedencia por cuidado de hijos), el art. 14 determina que -a diferencia de la licencia ordinaria por maternidad, paternidad o adopción- suspenderá "los derechos, deberes y garantías de las partes de la relación de trabajo, en la medida en que presupongan una efectiva prestación de servicios, especialmente el derecho a cualquier remuneración". Se excluye cualquier efecto ligado a la consideración del tiempo de licencia como tiempo de prestación: así, el tiempo de suspensión carece de efectos en materia de antigüedad, promoción, así como para la constitución de cualesquiera otros derechos cuya adquisición dependa de la efectividad del servicio. Por otra parte, no perjudicará la atribución de los beneficios de asistencia médica y farmacéutica ya adquiridos. Debe señalarse que, además, se establece expresamente que la suspensión durante este periodo no obstaculizará la aplicación del régimen jurídico de extinción del contrato de trabajo (el periodo de embarazo, puerperio y lactancia, por el contrario, está sometido a un especial régimen en lo que a la posibilidad de despido se refiere: art. 30).

La ley portuguesa utiliza en algunos ocasiones el término "cónyuges" y la mayor parte de las veces habla de "padres" o "progenitores", lo cual no significa que se excluya la paternidad extramatrimonial, pues tratándose de un modo de aludir a los progenitores, el término lingüístico carece de valor constitutivo para excluir la filiación extramatrimonial; por el contrario, debe entenderse que en todos los supuestos la tutela prescinde del origen de la filiación.

No puede concluirse el presente recorrido por la legislación comparada sin aludir a otros ordenamientos no europeos⁴². Por tales razones se expondrán, a título de ejemplo, los regímenes de algunos otros países de otros continentes.

- **Australia**

La ley federal sobre relaciones industriales, la *Workplace Relations Act 1996*, reconoce el derecho a un permiso sin sueldo con ocasión del nacimiento o la adopción de un hijo, distribuible entre ambos progenitores, con una duración de 52 semanas en total. Se trata de una norma mínima mejorable por convenio colectivo y, por lo tanto, suplementaria.

Puede decirse que el australiano es uno de los sistemas más estrictos en materia de maternidad, ya que, aunque el régimen de los permisos sea materia diferida a la negociación colectiva, preferentemente de empresa (en la que se mejora ostensiblemente tal régimen jurídico⁴³), el nivel de mínimos previsto en la legislación estatal es muy bajo y rígido, al someter el reconocimiento del derecho -que no da lugar a la conservación del salario, salvo en ciertos organismos del sector público⁴⁴- a un previo requisito de antigüedad. En efecto, el reconocimiento del derecho está condicionado a la existencia de al menos doce meses de continuidad en los servicios con el mismo empresario, que han de haberse completado en la fecha prevista para el parto. Además de esta condición, se exige el cumplimiento de otros varios requisitos: 1º debe comunicarse la fecha presunta del parto con un mínimo de diez semanas de antelación (siempre que sea posible), 2º ha de notificarse al empresario la intención de utilizar el permiso, con una antelación de cuatro semanas, en el caso de la madre, y de diez semanas en el del padre, y 3º deberá firmarse una declaración detallando los términos del descanso ("leave"), en la que se aclarará que se es el principal cuidador

⁴² En cuanto a los europeos, puede consultarse PAOLI, C.: "Las trabajadoras y la maternidad (algunos ejemplos de Países de Europa Occidental)", *Revista Internacional de Trabajo*, 1982, núm. 1).

⁴³ La práctica empresarial oscila entre la concesión de un periodo de cuatro semanas y una licencia de catorce semanas (superadas en determinados convenios, incluso hasta 24 semanas), algunas de las cuales y en ciertos casos con derecho a remuneración. Vid. sobre el particular: "Parental Leave", en *Work and Family*, nº 13, Canberra, abril 1997, editado por el Departamento de Relaciones Industriales de Australia (Work and Family Unit), p. 4 y ss.

⁴⁴ Sin embargo, desde la ley federal de subsidio por maternidad, de 1996 (Federal Government's Maternity Allowance), dichos periodos son compensados económicamente desde el sistema de la Seguridad Social. Según informa Shelley COOPER, Directora de la *Work and Family Unit* del Department of Industrial Relations australiano (informe mecanografiado), "aunque la licencia maternal remunerada no se reconoce en el sector privado, cierto número de empresas están introduciéndola como mecanismo para incrementar el número de trabajadores que retornan al trabajo después de la licencia maternal. Con mayor frecuencia se está observando como un medio efectivo (en términos de coste) de retener al personal cualificado. Generalmente es combinado con otras medidas para ayudar al retorno al trabajo, tales como trabajo a tiempo parcial, licencias para el cuidado de familiares enfermos, así como otros mecanismos para mantener el contacto con los trabajadores que se hallan en el disfrute de una licencia parental, con objeto de que conserven cierta conexión con el lugar de trabajo."

del niño y que durante tal periodo no se realizará ningún otro trabajo incompatible con el contrato por el que está vinculado el titular del derecho.

De dicho periodo total, la primera semana puede ser utilizada por ambos progenitores al tiempo, siendo el resto del tiempo distribuible entre los dos.

Por lo demás, la suspensión significa la posibilidad de retornar al mismo puesto de trabajo y, además, la conservación de la antigüedad que ya se ostentaba con anterioridad. En concreto, los efectos que se anudan a la misma son los siguientes: 1º el derecho a retornar al puesto de trabajo ocupado, o aquel que se ocupaba con anterioridad a la reducción de jornada realizada con motivo del embarazo, 2º el derecho a utilizar otra licencia de forma simultánea a la licencia parental, sin perjuicio de que ello reduzca el tiempo total de licencia parental disponible, de tal modo que la ausencia de ambos padres no supere en total las 52 semanas; y 3º el derecho a prolongar o a acortar la duración de la licencia parental, cuando exista acuerdo con el empresario.

Las anteriores normas pueden, a su vez, ser mejoradas por la legislación estatal correspondiente a cada uno de los miembros de la Federación.

- **Chile**

La normativa reguladora se contiene en el *Código del Trabajo* (D.F.L. n° 1/94), Título I, "De la Protección a la Maternidad" (arts. 194 a 208)⁴⁵, aplicable tanto a las trabajadoras del sector privado como dependientes de la administración pública, servicios semifiscales, de administración autónoma y municipal (art. 194).

El permiso de maternidad, reconocido en el art. 195, tiene una duración de seis semanas antes del parto (o superior, si éste se produce en fecha posterior a la prevista) y doce después del mismo (mayor, por tanto, que en el Derecho español y otros europeos, como el portugués), al que se adiciona un permiso maternal suplementario anterior al descanso prenatal y un descanso posterior al término del descanso postnatal, si su salud lo requiere y así lo certifican los servicios médicos, que deberán fijar su duración. Se establece expresamente la indisponibilidad de ambos periodos por parte de la trabajadora, prohibiéndose el trabajo entretanto.

El derecho pasará a ser ejercido por el tiempo que restare por el padre cuando la madre muriera en el parto o durante el periodo del permiso posterior. Sin embargo, no le es extensible el fuero especial contra el despido previsto en el art. 201 del mismo texto⁴⁶.

⁴⁵ La redacción procede de las leyes 18.620, 19.250 y 19.272.

⁴⁶ Art. 201: "durante el periodo de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, la trabajadora estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174", en el que se concede un fuero especial a ciertos trabajadores, a través del cual se les protege contra el despido.

El ejercicio del derecho está sometido a una exigencia formal, común a todos los regímenes legales examinados: la presentación de certificado médico donde conste la fecha prevista del parto.

La suspensión del contrato supone la conservación del empleo o puesto.

Se reconoce en el art. 199 un segundo permiso por motivo de enfermedad grave del niño menor de un año, por el tiempo que determinen los servicios médicos, que expedirán el correspondiente certificado médico acreditativo. La ley atribuye la titularidad de tal derecho a la madre trabajadora, aunque permite que ésta lo ceda al padre, cuando ambos sean trabajadores, a menos que el padre sea el único tutor del menor, por fallecimiento de la madre o por sentencia judicial.

En caso de maternidad adoptiva -la situación protegida es el otorgamiento de la tuición o cuidado personal del menor como medida de protección- de un menor de seis meses, el art. 200 reconoce el derecho -en favor de cualquiera de los cónyuges- a un permiso de doce semanas. El Derecho chileno es el único en el que se prevé el acogimiento familiar no adoptivo como situación protegida en cuanto al permiso especial para cuidado de menores de un año de edad⁴⁷.

- **Ecuador**

El Código de Trabajo ecuatoriano reconoce el derecho a un descanso de doce semanas⁴⁸, de las cuales dos deben ser antes del parto, siendo las otras diez posteriores al mismo. Todo el periodo de descanso es obligatorio a efectos de Seguridad Social, es decir, para la percepción del subsidio económico (art. 100 del Estatuto del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social), pudiéndose prolongar por causa de una incapacidad temporal durante seis meses, pero en tal caso la causa suspensiva pasará a ser otra.

La situación protegida, como en el caso español, es sólo el parto, excluyéndose el aborto, que se asimila a la incapacidad temporal, a la que también se equipara el parto prematuro (art. 101 del citado Estatuto). No se protege la paternidad adoptiva.

El inicio del descanso se condiciona a la presentación de certificado médico particular o facultativo del Instituto Ecuatoriano de la Seguridad Social.

Durante el periodo de suspensión quedarán interrumpidas las prestaciones laboral y salarial, si bien sólo en el caso de las trabajadoras por cuenta ajena del sector privado, ya que el personal al servicio de instituciones públicas tiene derecho a la conservación del salario íntegro durante el periodo de licencia. Sin embargo, también en el sector privado se impone al empresario la obligación parcial de abonar cierto

⁴⁷ La situación prevista en la ley es la siguiente: "la trabajadora o el trabajador que tenga a cuidado un menor de edad inferior a un año, respecto de quien se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección" (art. 199, párrafo segundo).

⁴⁸ Dicha duración fue fijada en 1992, ya que hasta entonces el descanso tenía una duración de ocho semanas.

porcentaje del salario (el 25%), continuando, además, la obligación de cotizar a la Seguridad Social por todo el tiempo que dure el reposo.

- **Méjico**

El derecho al descanso por maternidad recibe en el Derecho mejicano reconocimiento constitucional⁴⁹, al regularse en el art. 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la relación de trabajo de la mujer (la Ley Federal del Trabajo establece en su art. 1º que son de observancia general en la república las disposiciones contenidas en dicho precepto⁵⁰). En el apartado "A", fracción V, garantiza el derecho a la salud de la mujer gestante (prohibiendo la realización de los trabajos perjudiciales), el derecho al permiso por lactancia, y reconoce el derecho a un descanso forzoso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y "los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo". Dicha norma se recoge en el art. 170, fracción II (en el que no se mejoran los mínimos constitucionales), estableciendo la fracción III la posibilidad de prorrogar tales periodos, "por el tiempo necesario", cuando exista una imposibilidad para el trabajo a causa del embarazo o del parto, es decir, cuando dichas situaciones concurren con una incapacidad temporal (si bien en este caso el salario que se mantiene es el 50%, "por un tiempo no mayor a sesenta días")⁵¹. Los periodos pre y postnatales serán computables como antigüedad efectiva (art. 170, fracción VII).

Se reconoce asimismo un derecho a reingreso al puesto anteriormente desempeñado, en caso de cese en el trabajo por tal causa, "con la condición de que no haya transcurrido más de un año de la fecha del parto" (art. 170, fracción VI).

⁴⁹ Ello parece ser debido a la estructura federal del Estado, funcionando las normas constitucionales como Derecho público a respetar por todos los estados federados. Sin embargo, para ello hubiera bastado una ley federal, lo cual significa que la finalidad no es otra que otorgar rango constitucional a ciertos derechos laborales.

⁵⁰ Regula asimismo los mínimos con los que se cubrirá dicha ausencia desde el sistema de la Seguridad Social: apartado "B" del mismo art. 123, fracción XI, inciso "C": "...gozarán forzosamente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo". Como puede observarse, existe un desfase entre el periodo de descanso garantizado y el periodo subsidiado, inferior al primero.

⁵¹ Debe señalarse que, con independencia de tales obligaciones empresariales (contenidas en el Título 5º de la Ley Federal del Trabajo), la Ley del Seguro Social, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 1995 y en vigor desde el 1 de enero de 1997, reconoce el derecho a las prestaciones de maternidad (capítulo IV), cuyo reconocimiento eximirá al patrono de su obligación de pago del salario íntegro.

- **Uruguay**

La duración del descanso obligatorio (constituye un derecho y un deber) por maternidad, según el art. 12 del Decreto-Ley nº 15.084, de 28 de noviembre de 1980⁵², *sobre asignaciones familiares*, es de doce semanas, de las cuales seis deberán ser anteriores a la fecha presunta del parto ("deberán cesar todo trabajo...") y seis posteriores al mismo (lo cual significa que, si el parto se retrasa, la duración total del periodo será mayor, al señalar el precepto que "no podrán reiniciarlo sino hasta seis semanas después..."); así se establece en el art. 13.

Se concibe como un derecho indisponible por voluntad de la beneficiaria; sin embargo, cabe la distribución a opción de aquélla siempre y cuando medie autorización de la Dirección de las Asignaciones Familiares (art. 12.2).

Tales periodos podrán ampliarse como consecuencia de la aparición de enfermedad que sea consecuencia del embarazo: en tal caso, podrá preverse un descanso prenatal suplementario o licencia extraordinaria. Si, por contra, la enfermedad es consecuencia del parto, la trabajadora tendrá derecho a una prolongación del descanso puerperal, siendo en ambos casos fijada la duración de los descansos por la Dirección de las Asignaciones Familiares y sin que pueda exceder el plazo total de la licencia de los seis meses (dentro de los cuales no será computado el periodo de licencia por maternidad, de lo cual puede resultar un periodo global de nueve meses). Es competencia, pues, de la referida entidad, todas aquellas cuestiones que se relacionen con la duración y distribución de los periodos de licencia.

En cuanto a la maternidad adoptiva, la Resolución nº 440/87, de 18 de febrero de 1987, del Directorio del Banco de Previsión Social, extiende el derecho al descanso postnatal a los supuestos de adopción, reconociendo el derecho a 42 días de licencia sin sueldo.

Durante dichos periodos se suspende la obligación empresarial de cotizar (art. 17 del decreto-ley 15.084).

III. DERECHO POSITIVO ESPAÑOL.

1. Introducción.

La suspensión del contrato de trabajo por maternidad, natural o adoptiva, se regula en los arts. 45 y 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, así como en el art. 46.3 del mismo texto legal, en el que se contiene la figura de la excedencia por cuidado de hijos, por la que se prolonga facultativamente la duración de la suspensión del contrato durante un periodo que puede ser de aproximadamente tres años (tres años

⁵² C.E. 216ª Ses. 25 de noviembre de 1980. Publicada en "Diario Oficial" el 9 de diciembre de 1980.

completos si se le añade el primer periodo de suspensión), con mantenimiento de idénticos efectos laborales y disminución de la cobertura que brinda el sistema de la Seguridad Social en forma de prestación pública, con motivo de la crianza de un hijo durante sus primeros años de vida.

Dicho régimen legal debe completarse con la normativa de carácter paccionado y, por supuesto, por la de origen supranacional, a la que en todo caso debe acomodarse.

El texto del art. 48.4 dice lo siguiente:

"En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto, pudiendo hacer uso de éstas el padre para el cuidado del hijo en caso de fallecimiento de la madre.

No obstante lo anterior, en el caso de que la madre y el padre trabajen, aquélla, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar porque el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas de suspensión, siempre que sean ininterrumpidas y al final del citado período, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga riesgo para su salud.

En el supuesto de adopción, si el hijo adoptado es menor de nueve meses, la suspensión tendrá una duración máxima de dieciséis semanas, contadas a elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Si el hijo adoptado es mayor de nueve meses y menor de cinco años, la suspensión tendrá una duración máxima de seis semanas. En el caso de que el padre y la madre trabajen, sólo uno de ellos podrá ejercitar este derecho."

2. Bien jurídico tutelado

Analizar el bien jurídico tutelado es profundizar en la esencia de la institución suspensiva cuando ésta se funda en la maternidad biológica o adoptiva del trabajador o de la trabajadora. En consecuencia, éste es un tema cuyo examen debe situarse en el capítulo anterior, en el que ya ha sido efectuado y al que se remite el presente apartado.

Sin perjuicio de ello, deben hacerse ciertas matizaciones que servirán asimismo de pauta en la exposición del régimen de titularidad y ejercicio del derecho. Se trata de lo siguiente: la titularidad del derecho está reconocida en favor de la madre del *nasciturus* o de los padres del recién nacido o adoptado (o acogido), pero el beneficiario del mismo es el propio menor, además de la madre púérpera cuando la maternidad sea biológica (que es, por otra parte, el supuesto habitual), siendo en tal caso una doble finalidad la perseguida por la norma: la garantía de la recuperación de la salud de la madre, pero también la atención al menor, en tanto el beneficio otorgado a sus padres le beneficiará indirectamente, al ser él mismo el fundamento del

propio derecho. De ahí que se distinga entre asignatario y beneficiario del derecho, definiéndose como asignatario "la persona que por sus condiciones individuales genera el derecho" (los padres), y como beneficiario al destinatario del derecho (el hijo)⁵³.

Ello no impide que en adelante se haga referencia al titular del derecho como beneficiario del mismo, pues no cabe duda de que también resulta beneficiado, al disponer de un periodo de descanso del trabajo que le permite atender a sus obligaciones familiares.

3. Contenido del derecho

El contenido del derecho es la suspensión del contrato de trabajo⁵⁴ y todas las consecuencias en las que ésta se concreta: es decir, la interrupción de la prestación de trabajo, sin pérdida de los derechos inherentes al contrato de naturaleza no económica (o, como establecía el art. 79 de la LCT de 1.944, la "ausencia de la obrera fundada en el descanso"), y la simultánea interrupción de la prestación recíproca del empresario: la de remunerar, dando lugar a la suspensión del derecho al salario. En definitiva, significa la conservación del puesto de trabajo, al que el trabajador (en el sentido neutro del término) retornará una vez agotado el periodo de descanso previsto por la norma.

El contenido del derecho va más allá de estos efectos, pues da lugar al nacimiento de una prestación económica del sistema de la Seguridad Social destinada a sustituir la remuneración que se deja de obtener como consecuencia de la suspensión de la prestación salarial del empresario. La existencia de tal subsidio y su nueva regulación por la Ley 42/1.994 permite concluir que el derecho que regula el art. 48.4 ET (que debe entenderse completado por lo dispuesto en el Capítulo IV bis del Título II de la Ley General de la Seguridad Social -LGSS-)⁵⁵ es el de *suspender la obligación de trabajar sin pérdida de rentas*, al ser sustituidas éstas al cien por cien por el sistema público de Seguridad Social. Por tanto, separándose de la regla general, que es la de la pura ausencia de rentas salariales, se trata de un *descanso subsidiado*.

Ahora bien, su remuneración vía sistema de la Seguridad Social no constituye elemento esencial del derecho, por cuanto el nacimiento del subsidio está condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos que, si no se acreditan, cierran el paso a su cobertura por el sistema español de previsión social, de modo que

⁵³ CAGGIANI, R. N.: *Las asignaciones familiares*, Montevideo, 1969, p. 284 y PÉREZ DEL CASTILLO, S.: "La nueva ley uruguaya de prestaciones familiares", *Revista de Derecho Laboral*, tomo XXIV núm. 121, p. 218, citados por Eduardo J. AMEGLIO: "Prestaciones Familiares", en AA.VV.: *La Seguridad Social en el Uruguay*, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1991, ps. 295-296.

⁵⁴ Según ALONSO GARCÍA (op.cit., pág. 571), "el abandono del trabajo por esta causa se extiende a un *periodo de descanso*."

⁵⁵ Para su análisis se remite al Título III de este trabajo.

es posible el disfrute del derecho a la suspensión del contrato sin correlativo derecho a prestación económica⁵⁶, dada la independencia de ambas relaciones -la laboral y la de seguridad social- cuya existencia no siempre corre paralela⁵⁷.

Por consiguiente, que sea un descanso subsidiado dependerá del caso concreto, de modo que en la práctica cabe la posibilidad de que existan trabajadores sin derecho a subsidio (por no acreditar los requisitos exigidos en la ley para su concesión), sin que ello suponga vulnerar ni la normativa internacional, de contenidos mínimos, ni la interna, ni tampoco desvirtuar la suspensión del contrato. En este sentido se pronuncia el art. 48 del *Código Europeo de Seguridad Social* de 1.964, recientemente ratificado por España, que marca una “cuota” mínima de personas protegidas que habrán de respetar los Estados miembros, fijada en un 50% de los asalariados o bien un 20% de la población económicamente activa. Por tanto, la norma parte de la potencial *no afectación a toda la población*, aun incluida entre las categorías protegidas (las de trabajadores activos).

Ello no significa que se frustre el ejercicio del derecho, pues, al contrario, el sistema público de previsión lo dota de mayores garantías que a cualquier otro de los que conforman causas suspensivas de las previstas en el art. 45.1 ET, mediante la articulación de las *prestaciones por maternidad*. Lo que ocurre es que se trata de un derecho condicionado⁵⁸. Otra cuestión es que, *de lege ferenda*, la importancia del bien jurídico tutelado debiera obviar cualquier exigencia ligada a una carrera de seguro⁵⁹, como sucede en otros países del entorno comunitario⁶⁰.

⁵⁶ Tan indudable vacío de protección queda colmado en ciertos ordenamientos jurídicos, en los que se establece la obligación empresarial de mantener el pago del salario durante dicho periodo cuando no exista derecho a prestación de la Seguridad Social. Tal es el caso de Méjico, donde el art. 103 de la Ley del Seguro Social exime al empresario de su obligación de pago del salario íntegro durante tales periodos cuando la asegurada tenga derecho al subsidio por maternidad (establecida en el art. 170, fracción V, de la Ley Federal del Trabajo). Según el segundo párrafo de dicho artículo, “cuando la asegurada no cumpla con lo establecido en la fracción I del artículo anterior (*se exige un periodo de carencia*), quedará a cargo del patrón el pago del salario íntegro”.

⁵⁷ V.g., subsistencia del derecho a ciertos subsidios sustitutivos del salario (incapacidad temporal, o la propia prestación por maternidad) tras la extinción del contrato.

⁵⁸ “Para evitar abusos”, según el art. 51 del Convenio Europeo de Seguridad Social.

⁵⁹ Requisito propio del nuestro y de la mayoría de sistemas de Seguridad Social. Con anterioridad, el sistema de seguros condicionaba el derecho también a la carencia de rentas. La *Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad* de 14 de diciembre de 1942, arts. 4 y 5, concebía el subsidio como remedio de situaciones de necesidad reales provocadas por el hecho de la maternidad y no como garantía del derecho al descanso, ya que se restringía el ámbito de los sujetos protegidos a los trabajadores con salarios más bajos (66.000 pts. máx., según la modificación de 17 de enero de 1963), siendo la cuantía del subsidio también escasa (60% de la contribución diaria, art. 42 de la Orden de 4 de junio de 1959).

⁶⁰ V.g., Italia, Luxemburgo o los Países Bajos.

4. Situaciones protegidas

4.1. La reciente evolución legislativa en materia de filiación

El alcance de la protección por maternidad en el ámbito laboral está marcado por la legislación civil en materia de filiación, cuya evolución ha transcurrido paralela a la de su tutela social. De ahí la importancia del análisis del tema, por su estrecha conexión con el ejercicio del derecho que reconoce el art. 45.1 d) ET.

El vigente art. 48.4 ET da cobertura a la filiación de toda índole, tanto natural como adoptiva, pero hasta llegar a este punto, el Derecho español ha habido de recorrer un largo camino, adaptándose a la evolución del Derecho de familia.

En efecto, las primeras normas sociales protectoras de la familia, por las que se regulaba, durante la época franquista de los seguros sociales, el plus familiar o plus de cargas familiares (Orden de 19 de junio de 1945, desarrollada por la de 29 de marzo de 1946), sustituto del subsidio familiar instaurado por la Ley de bases de 18 de septiembre de 1938, distinguía entre diversas categorías de hijos: hijos legítimos, legitimados y adoptivos, a pesar de lo cual les otorga protección a todos (no ocurría lo mismo respecto de cualquier otro familiar, unido al beneficiario directo de la prestación, art. 8 de la OM 1946), pues lo contrario supondría castigar a los hijos por una conducta contraria a la legalidad del momento, haciéndoles asumir la culpa de sus progenitores (no puede permitirse que una conducta, merecedora en cierto contexto histórico de repulsa social e incluso jurídica constituya una tara transmisible a la descendencia y menos todavía que lleve a ésta al desamparo legal)⁶¹.

Una década más tarde y por mediación del Reglamento de la Ley de accidentes de trabajo, aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956, se da acogida al concepto de "asimilados", en el que quedan comprendidos los hijos adoptivos, al darse protección a los hijos o asimilados a efectos de acceder a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo (art. 51), entendiendo por asimilados "a los hijos adoptivos, a los hermanos huérfanos, a los prohijados y a los acogidos por la víctima". Se prescinde, por tanto, del concepto de hijos legítimos y legitimados. Sin embargo, diez años después se retorna a la misma distinción, que parece haberse reservado para las contingencias comunes, en la Orden de 28 de diciembre de 1966, *sobre prestaciones de protección a la familia en el Régimen General de la Seguridad Social*. Dicha Orden amplía el campo de sujetos protegidos para acoger también a los hijos naturales reconocidos, declarando en su art. 4 que "los hijos legítimos, legitimados, adoptivos o naturales reconocidos, de cualquiera de los cónyuges". Sin embargo, el art. 12, al regular las condiciones de acceso al derecho a la asignación por nacimiento de hijos, exige "que se trate del nacimiento de hijos legítimos o naturales reconocidos inscritos como tales en

⁶¹ LECLERQ: *Leçons de droit naturel. III. La famille*. Namur e Lovanio. 1950, p. 443, y CORRADO, R.: *Il contratto di lavoro*, Milán. Dott. A. Giuffrè Editore. 1962, ps. 278-279.

el Registro Civil", si bien en el párrafo siguiente añade que "las mujeres trabajadoras tendrán derecho a esta prestación *cualquiera que sea la condición legal del hijo nacido*". Por otra parte, el subsidio de natalidad se reservaba para los hijos legítimos.

Se percibe, por tanto, una cierta descoordinación entre la legislación estrictamente laboral y la de Seguridad Social, al no acogerse en ambos casos el mismo concepto de "hijo", ya que, mientras el adoptivo había sido considerado siempre como sujeto digno de protección por las normas de previsión social, no quedaba amparado en lo que al descanso por maternidad se refiere. Y la razón es obvia, fundándose en la propia naturaleza del derecho que tradicionalmente ha quedado amparado bajo el concepto de "suspensión del contrato de trabajo por maternidad" o "descanso por maternidad": el momento del parto y los periodos anterior y subsiguiente. El bien protegido era, por tanto, el alumbramiento en sí mismo y la posible afectación fisiológica de la madre y del hijo en los primeros instantes de su vida, que se trataba de preservar a través de un descanso preceptivo de la madre respecto de su trabajo habitual. Naturalmente, la constitución de la adopción no encajaba en la naturaleza del derecho legal y, por tanto, a nadie extrañaba que no pudiera fundar el derecho al descanso durante un periodo "de bienvenida" del adoptado. Ello sin duda es fruto de la evolución del concepto de "maternidad" en el Derecho civil y, por transmisión, en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad social. Admitida en un principio sólo la maternidad natural como institución fuente de efectos jurídicos, en el seno del Derecho de familia, el Ordenamiento jurídico laboral no podía escapar a su influencia, y, en consecuencia, sólo reconocía al *parto* trascendencia suficiente para provocar la suspensión del contrato de trabajo.

El posterior reconocimiento legal de la institución por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, *por la que se modifican determinados artículos en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, ya en vigor el Estatuto de los Trabajadores de 1980, significó la equiparación de la filiación natural con la adoptiva. Ello implicaba también un fundamental cambio en el terreno del Derecho del Trabajo, por cuanto suponía alterar la tradicional configuración jurídica del llamado "descanso por maternidad", ligado hasta entonces en exclusiva al *parto*.

La asimilación de la adopción a la maternidad natural o, lo que es lo mismo, la asimilación de la constitución de la adopción al parto, han permitido extender el ámbito de aplicación de la norma y, en consecuencia, reconocer el derecho también en esta nueva situación asimilada. Ello no se hizo, sin embargo, sin dejar clara constancia de que se trata de situaciones diferentes y, por tanto, merecedoras de trato diferenciado. De ahí que el art. 48.4 ET distinguiera nítidamente entre la maternidad natural y la "no natural", o, lo que es lo mismo, la adoptiva y la que se materializa en la figura del acogimiento, para situar a ambas instituciones en distinto orden de protección legislativa, pese a lo establecido en el segundo párrafo del art. 108 C.c. ("la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos").

El reconocimiento de la figura de la adopción iba más allá de la equiparación de ambos tipos de filiación, ya que suponía dotar al descanso por maternidad de una especial relevancia superior a la mera finalidad “clínica”, o derecho dirigido a procurar la recuperación de la plena integridad física de la madre tras el parto, pues a ésta se añadía un “nuevo” elemento teleológico: el favorecimiento del primer contacto personal entre los padres y el hijo, que, estando presente también en la maternidad natural, justificaba la concesión del derecho al descanso también en caso de adopción. De tal modo se contribuía a garantizar la plena integración del adoptado en su nueva familia, a través de la dedicación que al menos uno de sus nuevos padres le brindaba durante los primeros días de su estancia entre ellos, siendo este periodo especialmente “delicado” cuando de menores de cierta edad se trata. Esta razón justifica por sí sola el reconocimiento del derecho en este caso.

Sin embargo, no puede hablarse de un reconocimiento legal de la figura dentro del ordenamiento jurídico laboral, careciendo, por tanto, de efectos en este ámbito, de forma paralela a su consagración en el Derecho civil⁶², hasta el año 1989, de 3 de marzo, cuya finalidad no era precisamente la adaptación del ET a la reforma del Código civil, sino la ampliación de la duración del descanso, dio por fin respaldo jurídico-laboral a la figura y eliminó a su vez la patente discriminación por razón de filiación que proscribía el art. 14 CE con carácter general y específicamente el art. 39.2.

La flagrante violación del principio constitucional de igualdad por razón de filiación no impidió, sin embargo, su rechazo en sede social por el Tribunal Supremo, que reiteradamente se pronunció en contra de su equiparación a efectos del reconocimiento del derecho al descanso que regulaban los arts. 45 y 48.4 ET, por entender que, tratándose de dos supuestos diferentes y siendo por tanto distinta la finalidad que inspiraba ambas circunstancias, puesto que el legislador había optado por otorgar efectos sólo a uno de ellos, el carácter taxativo de la ley impedía efectuar interpretación distinta.

Era necesario, pues, un acto expreso de *acomodación* del texto del ET a la nueva redacción del art. 108 C.c., que, sin embargo, no se produjo. Su tardío reconocimiento no se hizo sino a costa de discriminar ambos supuestos, en lo que a duración del derecho se refiere, por considerar que lo que en un caso es suficiente no basta para lograr la plena satisfacción del derecho en el otro, y por consiguiente debe ampliarse sólo respecto de éste.

La adaptación del ET al C.c. por la Ley 3/89 de nuevo se quedaba atrás en sus planteamientos: en efecto, el texto del Código civil que parece tener en cuenta el

⁶² Recordemos que la ley de 4 de julio de 1970, por la que se modifica el Código civil en materia de adopción, había reforzado el vínculo entre adoptante y adoptado, reconociendo los derechos sucesorios del adoptado, así como el de llevar los apellidos del adoptante.

legislador de 1989 no es el vigente en ese momento, en el que ya había sido aprobada la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *de modificación del Código civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores*, por la que se reformaba el sistema legal de la filiación "no natural", regulado en el Capítulo V del Título VII del Libro Primero del C.c., incorporando las figuras de la guarda y el acogimiento de menores en los nuevos arts. 172 a 174.

Parece, por el contrario, que el texto de referencia sea el de 1981, es decir, tal y como quedó tras la reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo: por lo tanto, olvidando la figura del acogimiento, al que no se alude en ningún párrafo. Otra vez el legislador se quedaba a medio camino en su labor de acomodación de las normas laborales a los avances legislativos del orden civil. De nuevo la reforma se producía con retraso, a través de la Ley 8/1.992, de 30 de abril, por la que por fin se incluyó la figura del *acogimiento familiar* entre las circunstancias protegidas por el art. 45 y 48.4 ET, si bien se excluyó su actuación en materia de excedencia por cuidado de hijos, sobre la que el art. 46.3 siguió guardando silencio.

Por lo demás, la modificación afecta no sólo a la suspensión "ordinaria" o descanso por maternidad, sino también a la suspensión debida a excedencia por cuidado de hijos, también excluida tradicionalmente de tal beneficio⁶³. En cualquier caso, debe señalarse que el acogimiento sigue hoy día desamparado por el art. 46.3 ET a través de la figura de la excedencia, aun con posterioridad a la Ley Orgánica de Protección del Menor, de 15 de enero de 1996.

El texto del art. 45.1 d) ET no sufrió, sin embargo, alteración alguna en tal sentido, sino que continuó sin recoger expresamente la institución como figura independiente, sino como fase del proceso de adopción, hasta que el Real Decreto Legislativo 1/1.995, por el que se aprobaba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, le dio nueva redacción⁶⁴, ya previamente contenida en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado el año anterior por Real Decreto Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, en cuyo art. 128.1 c) se disponía expresamente que el periodo de descanso que procede en caso de maternidad, de adopción o de acogimiento previo, tendrán la consideración de situación determinante de -la hoy extinguida- incapacidad laboral transitoria.

Finalmente, la Ley 13/1.996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, ha acabado equiparando plenamente ambos tipos de

⁶³ Así, el art. 5.1 del Decreto 2310/1.970, de 20 de agosto, *sobre derechos laborales de la mujer*, o el art. 25.4 de la Ley 16/1.976, *de Relaciones Laborales*, en los que se aludía al "hijo nacido vivo". La Ley 3/1989 es la primera en utilizar la expresión "*tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción*".

⁶⁴ Lo cual ha sido visto por cierta doctrina como exceso refundidor (cfr. HERNÁNDEZ MARTÍN, A.: "Acogimiento de menores, ¿causa de suspensión del contrato de trabajo o exceso refundidor?", *Aranzadi Social*, 1996-IV, ps. 2873 y ss.).

maternidad o paternidad, si bien en materia de duración del descanso por maternidad (y sólo con tal alcance, pues sigue estando excluida la figura del acogimiento de la excedencia por cuidado de hijos), al reconocer un derecho de igual duración tanto para los padres del recién nacido como para los del recién adoptado, comprendiendo que el bien protegido era en ambos casos el mismo, como ya se ha tenido ocasión de exponer⁶⁵.

4.2. Los supuestos comprendidos: el parto, la adopción y el acogimiento

4.2.1. Los supuestos protegidos desde el ámbito del Derecho de familia

La situación protegida puede decirse que hoy día, tras la evolución experimentada por el Derecho de familia, cuyo reflejo sobre el Derecho del Trabajo y específicamente sobre el derecho regulado en el ET como fuente de la suspensión del contrato de trabajo acaba de ser examinado, la constitución de una relación de filiación, bien sea por cauces naturales -la concepción, puramente natural o asistida, y el parto- o por cauces jurídicos -la adopción-. Puede hablarse, por tanto, de una evolución del concepto de situación protegida bajo el derecho que contempla el vigente art. 45.1 d) (así como el 46.3) del ET, desde el alumbramiento -o parto-, hasta el más amplio y reciente concepto de "constitución de la relación jurídica de filiación", en el que queda comprendida también la adopción y la situación previa a la misma: el acogimiento preadoptivo.

Y si ésas son las situaciones que dan lugar al nacimiento del derecho, preciso será, pues, antes de situarnos en la perspectiva puramente laboralista, es decir, con miras a la observación de un derecho esencialmente "laboral", definir cuáles sean las circunstancias que han merecido el otorgamiento del mismo por el Ordenamiento laboral. Tales hechos son el parto -y sus "aledaños"-, la adopción y el acogimiento.

Sobre el concepto de parto no resulta necesario hacer excesivas consideraciones, dado su carácter de hecho natural o biológico, siendo un proceso que tiene por finalidad la generación de un nuevo ser, cuyo inicio precisa de la colaboración de dos personas y cuyo desarrollo y fase final -el parto- sólo requiere de la presencia de una de ellas: la madre. Y siendo el nacimiento de todo derecho inicialmente restrictivo, era lógico que el reconocido con motivo de tal hecho biológico también lo fuera y, por tanto, sólo estuviera previsto para ella, porque sólo su colaboración era imprescindible. La evolución posterior del derecho ha permitido su ampliación al otro sujeto que biológicamente no resulta indispensable pero que también es colaborador necesario en algún momento del mismo, admitiendo que dicha responsabilidad pudiera asumirse cuando el proceso biológico lo permitiera: es decir, a partir de la fase subsiguiente al parto: el puerperio, en el que el hijo ya posee vida propia e

⁶⁵ Capítulo 2 de este mismo Título.

independiente y, en consecuencia, puede ser atendido por cualquiera de los dos progenitores que le dieron vida. En ocasiones, incluso puede decirse que es el padre el que está más capacitado físicamente para hacerse cargo de tal función, habida cuenta del estado fisiológico en el que puede hallarse la madre, si el parto, habitualmente no traumático, se complica como resultado de ciertas dificultades para el nacimiento del feto (cesárea) o por la concurrencia de algún estado patológico ligado a él o independiente del mismo (enfermedad o lesión causada por el parto o que concurre con el puerperio).

Ello excluye que pueda considerarse bajo esta hipótesis el acogimiento de un pariente próximo huérfano, por fallecimiento de sus padres (v.gr., defunción de la madre en el parto en familia monoparental), habiendo de reconducirse a otra situación protegida: la adopción, siempre que el menor acogido sea pariente en tercer grado por consanguinidad o afinidad. En consecuencia, si la acogida no se formaliza legalmente como adopción, no recibirá la tutela legal que brinda el art. 45 ET, forzando la opción en favor de la solución que suministra el art. 37.5 ET: la reducción de la jornada de trabajo.

En cuanto a la adopción, sí precisa de mayores explicaciones por cuanto es una situación que tiene origen jurídico, no biológico, de modo que, aun cuando dé lugar a la constitución de una relación "natural" (la paterno-filial), equiparable a la derivada de un proceso natural (conectado con la gestación), es producto de una decisión puramente jurídica, instada, eso sí, por personas físicas movidas por las mismas inquietudes personales que los padres *naturales*. Merecen destacarse especialmente aquellos aspectos que pueden incidir particularmente en el derecho regulado por el ET.

El acogimiento judicial se realiza por los trámites del art. 1.828 LEC, según el cual, promovida por el Ministerio Fiscal o por la entidad pública competente para dictar la resolución administrativa de acogimiento (cuando ésta baste para su constitución, es decir, cuando no exista oposición de los padres naturales al mismo habiendo comparecido), y oídos los padres que no estuvieran privados de o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, se constituirá por auto en el término de cinco días. Su constitución es revocable por voluntad de los padres de acogida y, por ello, no produce la extinción de los vínculos entre el acogido y su familia natural.

La reforma de la figura del acogimiento por parte de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *sobre protección jurídica del menor*, introduce en el C.c. la distinción nítida y expresa -pues con anterioridad sólo podía deducirse una categorización tácita de la figura⁶⁶- entre varias clases de acogimiento: el acogimiento familiar simple, el

⁶⁶ Según dicha legislación, la figura del acogimiento se desdoblaba en dos específicos tipos de acogimiento: el previo y el temporal. En el mismo sentido, VALLADARES RASCÓN ("Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción", *Poder Judicial*, 1988, núm.9), quien afirmaba que "al igual que existen dos tipos de menores desamparados, existen también dos tipos de acogimiento. El primero de ellos, que se produce en los casos en que la entidad pública asume la tutela del menor

acogimiento familiar permanente y el acogimiento familiar preadoptivo (cuya duración máxima, según establece el art. 176.2 C.c., será de un año).

Ahora bien, sólo aquel acogimiento, administrativo o judicial, que esté dirigido a la posterior adopción -el acogimiento pre-adoptivo- "producirá efectos laborales", si se permite la expresión, con la que se quiere aludir al reconocimiento del derecho a la suspensión "ordinaria" ex art. 45.1 d) ET. Tal conclusión podía extraerse con anterioridad a la LO 1/1996, de los términos empleados por el legislador laboral, que en el art. 48.4 sitúa al acogimiento dentro de la figura de la adopción. De cualquier forma, la redacción del precepto no sufre alteración alguna tras la promulgación de la referida ley, de acuerdo con la cual deberá ser interpretada.

El procedimiento de constitución de la adopción se regula en los arts. 176 y ss. C.c. y 1825 a 1827 y 1829 y ss. LEC, con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (que deben ser completados, cuando la adopción tenga carácter internacional, con las normas dimanantes del *Convenio de protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional*, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993⁶⁷). Establece el art. 176 C.c. que la adopción se constituye por resolución judicial, iniciándose el expediente de adopción por propuesta previa de la Entidad Pública de Protección de Menores, salvo casos excepcionales (enumerados en el segundo párrafo, uno de los cuales, el tercero de los cuatro, es llevar más de un año acogido legalmente por el adoptante).

La adopción puede dar lugar al reconocimiento del derecho en favor de dos "parejas de titulares" diferentes. Se alude a parejas de titulares porque no se está haciendo referencia a que ambos cónyuges puedan disfrutar del derecho en el supuesto de adopción en igualdad de condiciones, sino que es posible el reconocimiento en favor de los padres naturales y en favor de los adoptivos, que será disfrutado de forma íntegra en ambos supuestos, pues la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia natural no tiene lugar hasta la constitución de la adopción (art. 178.1). Ya que nada se dispone sobre el disfrute parcial del derecho cuando la segunda de las finalidades, atender a los primeros cuidados del bebé, no está presente, porque ya se ha iniciado un proceso de adopción (art. 177.2.2º: "el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto"), debe entenderse que no será recortada la duración del descanso, a pesar de que la justicia imponga otra solución.

Constituida la adopción por los trámites señalados, se iniciará el disfrute de un nuevo derecho de dieciséis semanas de duración, ya que el menor en este supuesto

desamparado, y que *puede* conducir a la adopción (...) y el segundo, que se producirá cuando la entidad asuma sólo la guarda, por tratarse de menores temporalmente desamparados".

⁶⁷ Instrumento de ratificación en el BOE de 1 de agosto de 1995.

tiene una edad inferior a los nueve meses. De tratarse de un menor de edad superior, cabrá también el disfrute del derecho que reconoce el art. 46.3 ET, que, en su caso quedará extinguido en el momento en el que se constituya la adopción.

4.2.2. El parto y el puerperio. Aborto y parto prematuro.

El art. 45.1 d) ET protege la *maternidad* de la mujer trabajadora. Parece acogerse así la denominación acuñada por la doctrina anterior al ET⁶⁸, que, corrigiendo la dicción del art. 79. LCT 1944 (“*con motivo del alumbramiento*”), prefería emplear la expresión “maternidad”, por ser ésta comprensiva no sólo del alumbramiento o parto, sino también de los periodos prenatal y puerperal, que formaban parte del derecho aunque no se contemplaran expresamente como tales⁶⁹. El supuesto comprende, pues, tres situaciones: la fase final del embarazo, protegida a través del descanso prenatal (de carácter voluntario), el parto y el puerperio, a las que se da tutela mediante la articulación del descanso puerperal obligatorio y en su caso voluntario.

Y así, lo que el art. 45. 1 d) enuncia como “maternidad” se concreta en el art. 48.4, primer párrafo, como “parto”. Es decir, que la situación protegida es el parto, lo cual tiene lugar a partir de 181º día de la gestación⁷⁰, y sus concomitancias (la situación especialmente gravosa en la que se halla la mujer en los días inmediatamente anteriores al parto, que justifican su liberación del trabajo, y la situación posterior al parto, en la que aquélla, además de poder recuperarse físicamente del mismo, ha de tener el derecho a apartarse temporalmente del trabajo para ofrecer los primeros cuidados al recién nacido). En definitiva, se colige que el parto -ya sea su inminencia,

⁶⁸ Así, VIDA SORIA: *La suspensión del contrato...*, op.cit.

⁶⁹ Lo cual constituía una flagrante incorrección lingüística del legislador, que hablaba únicamente de “alumbramiento”, si bien se aludía al descanso que tuviera lugar *con motivo de* el alumbramiento, salvando así el precepto.

⁷⁰ La redacción del precepto, que alude al parto, excluye el supuesto del aborto. En este sentido, MOLERO MANGLANO (“Suspensión del contrato de trabajo: nota doctrinal y materiales básicos”, op.cit., p.39), que basa sus conclusiones en la dicción literal del art. 48.4 ET, reconduciendo el supuesto a otra causa: la de incapacidad laboral transitoria, hoy incapacidad temporal; y TORTUERO PLAZA (“La incapacidad temporal: contingencias y situaciones protegidas”. *Tribuna Social*, núm. 44, p. 50), sobre la base de la existencia de diferente bien jurídico tutelado. No obstante, nada dice la ley al respecto, razón por la cual algunos autores sostienen que el supuesto comprende también el aborto, voluntario o involuntario. En tal sentido, VIDA SORIA (op.cit.), quien, sin embargo, distingue entre el aborto intencional y el involuntario, negando al primero la naturaleza de maternidad; en cuanto al segundo, entiende que lo que se produciría sería un acortamiento en el plazo suspensorio del descanso prenatal. Más tarde, en los *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (op.cit., p. 53), sostiene su asimilación al aborto espontáneo. También PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA: *Derecho del Trabajo*, Ceura, Madrid, pág. 832, aunque de otro trabajo de uno de los autores (“Incapacidad temporal y maternidad”, *Tribuna Social*, núm. 53) parezca deducirse otra conclusión. En cualquier caso, debiera excluirse el descanso voluntario, por inexistencia de hijo al que atender. Vid. la introducción de este trabajo, en el que se trata con más amplitud el tema, en sede de prestaciones de la Seguridad Social.

su actualidad o su reciente producción, es decir, su *proximidad*, cercana o pasada- es el desencadenante de todas las situaciones que protege la ley:

- El *PRE-PARTO* o *periodo final del embarazo*: el periodo previo al parto, en el que las dificultades de ejecución de ciertos movimientos se hacen más notables e incluso pueden aconsejar el reposo de la gestante. Durante este periodo es probable que se adelante la fecha del parto, situación que también es tenida en cuenta por el Derecho del Trabajo, ya que, con posterioridad al inicio del séptimo mes de embarazo, la ley prevé el comienzo del cómputo de dicho plazo a efectos de descanso, correspondiéndose éste con las últimas diez semanas de embarazo, de disfrute totalmente voluntario por la trabajadora. Ello sin perjuicio de los descansos que resulten preceptivos o las obligadas modificaciones en las condiciones de trabajo que exija el tipo de trabajo desarrollado por la trabajadora grávida, por motivos de salud, al amparo de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que, en todo caso, no constituyen supuestos de descanso por maternidad.
- El *PARTO*: se trata del momento en el que culmina el proceso de gestación, con el nacimiento del producto de la concepción, que suele tener lugar, en las sociedades modernas, en un centro hospitalario. El parto puede ser normal -transcurridos nueve meses desde el momento de la concepción, sea o no viable la criatura nacida, que puede fallecer en el trance del parto-, o prematuro -aquél a través del cual se produce el nacimiento de un niño con vida pero con síntomas de inmadurez, lo cual puede ocurrir a partir del séptimo mes de embarazo y antes de la época prevista⁷¹-.

Del parto puede resultar la muerte del feto, de tal modo que no llegue, como exige el art. 30 del C.c., a entenderse nacido (“sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”). Sin embargo, dicha previsión, como el propio precepto indica, sólo tiene efectos civiles y, por tanto, no trasciende a la esfera de la protección social, ni en el ámbito de la relación laboral ni en el de la Seguridad Social. En consecuencia, sólo merece atención especial el supuesto de parto irregular del cual resulta la muerte del feto, pues, naciendo éste con vida, ninguna diferencia se desprende en lo que atañe al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a efectos de tutela. Es decir, el único caso que podría ofrecer mayores dudas en cuanto a su caracterización es el del parto prematuro del que nace un hijo muerto, por faltar el presupuesto de hecho de la protección, a pesar de haber un parto.

Por otra parte, el momento del parto puede no llegar, de acontecer antes un *aborto*, bajo cuyo concepto se entiende la pérdida del feto durante los primeros seis meses de gravidez, es decir, antes de culminar el día 180°. Según la definición del Diccionario de la RALE (ed. 1.992), se trata de la “interrupción, de forma natural o provocada, del desarrollo del feto durante el embarazo”. La doctrina

⁷¹ VENZMER, G: *La gran enciclopedia de la salud*. Círculo de Lectores, Barcelona, 1975, p. 434.

médica distingue, a su vez, entre la muerte del feto producida con anterioridad a la formación adecuada o suficiente del feto, lo cual sucede si la expulsión del embrión tiene lugar antes del sexto mes de embarazo, y el acaecido una vez que el feto, si bien todavía no está desarrollado íntegramente, sí tiene apariencia de viabilidad, lo cual acontece entre el sexto y el octavo mes de gestación; calificándose de aborto en sentido estricto la primera de las eventualidades y de parto prematuro la segunda de ellas (sea positivo o negativo el resultado del mismo), ya examinada.

El aborto puede tener lugar bien de forma espontánea o *involuntaria*, bien de forma *voluntaria* o intencionada, en un momento anterior a la fecha señalada para el parto:

Siendo *provocado*, habrá de estarse a las prohibiciones legales al respecto, pues la ilegalidad emanada de las normas correspondientes puede trascender al derecho reconocido por el Estatuto. En consecuencia, sólo los supuestos no punibles del art. 417 bis del ya derogado Código penal (Texto Refundido aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, modificado por la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de junio) y 145 del vigente Código penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1.995, de 23 de noviembre, recibirán acogida por el Derecho del Trabajo:

- el *terapéutico* (ejecutado para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la madre);
- el *ético* (si el embarazo es consecuencia de hecho constitutivo de delito de violación y concurren dos condiciones: que se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el hecho haya sido denunciado);
- el *eugenésico* (bajo la presunción de que el feto va a nacer con graves taras físicas o psíquicas y siempre que concurren dos circunstancias: que se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen médico sea emitido por dos especialistas de centro sanitario acreditado⁷²).

Siendo *involuntario* o espontáneo, a su vez se producirá por causas naturales o fisiológicas (ligadas al propio desarrollo del embrión), por causas patológicas (fundadas en anomalías genéticas, uterinas⁷³, hormonales⁷⁴, o por haber adquirido la gestante -y, por tanto, transmitido al feto- enfermedad, patología o dolencia de cierta entidad o gravedad), o por causa accidental, debida a la actuación de

⁷² Obsérvese que es indiferente que el centro sanitario sea privado o público: no es preciso que esté adscrito a la Sanidad pública para darle cobertura proteccional. Por tanto, no es precisa la intervención administrativa sanitaria para que se despliegue la protección, lo cual distingue a esta contingencia de la de incapacidad temporal. Así se desprende del art. 4.3 del Convenio núm. 103 OIT: “la libre elección de médico y la libre elección entre un hospital público o privado deberán ser respetadas.”

⁷³ V.g., inicio de contracciones de parto por la musculatura uterina en cualquier momento del embarazo anterior al desarrollo del feto, o muerte del óvulo fecundado.

⁷⁴ V.g., falta de producción por la placenta de la hormona protectora del embarazo.

agentes externos que provocan (tomando la terminología utilizada por la LGSS - arts. 115 y 116- para definir los conceptos de accidente y enfermedad profesional) de forma súbita y violenta o de manera lenta y progresiva (debido a la exposición a agentes nocivos para su salud o peligrosos durante la gestación, o contracción de enfermedad infecciosa), la muerte del feto. Su carácter conforme a la legalidad no obstaculizará la actuación de la normativa laboral y, en consecuencia, tal situación será objeto de protección a través de la figura de la suspensión del contrato.

- El *PUERPERIO*: se define como aquella etapa subsiguiente al parto ("tiempo que inmediatamente sigue al parto", dice el Diccionario de la RALE) y durante la cual la madre puede estar aquejada de un delicado estado de salud, pero que, en todo caso, permite atender al cuidado del bebé. En cuanto a la duración natural de dicho periodo, debe acudir a fuentes médicas, que lo identifican con el periodo de las cuatro semanas posteriores al parto, transcurrido el cual los ovarios están ya en condiciones de liberar óvulos capaces de ser fecundados; o bien con el periodo que transcurre hasta la aparición de la primera regla después del parto, lo cual acontece pasadas seis semanas.

La ley, basándose en tales datos, históricamente ha aproximado la duración del periodo de descanso puerperal a la aconsejada por los especialistas en medicina obstétrica, desde un primer momento en el que el descanso preceptivo era de tres semanas (art. 9 de la Ley de 1.900)⁷⁵, siendo mejorado hasta un plazo de cuatro semanas (el periodo de nueva ovulación), pasando una ampliación posterior a seis semanas (el de aparición de nueva menstruación) y llegando al reconocimiento de periodos adicionales no estrictamente "puerperales", por la distancia temporal que los separa del parto. El vigente ET considera periodo puerperal, a efectos del derecho reconocido, el que puede transcurrir durante las dieciséis semanas posteriores al parto y que puede acortarse (es objeto de modulaciones opcionales por parte de la interesada) hasta un mínimo de seis semanas (las exigibles médicamente)⁷⁶.

Hechas las pertinentes alusiones a las situaciones que sirven de base a la protección legal, deben abordarse las de carácter jurídico. En tal sentido es necesario hacer dos precisiones:

- *No es preciso que el producto de la concepción nazca vivo*, pues no lo exige el precepto, que hace referencia en exclusiva al "parto"⁷⁷. Sin perjuicio de ello, una

⁷⁵ De éstas, dos semanas pueden corresponderse con un estado patológico consistente en la prolongación de las hemorragias causadas por un parto anormal (por dificultades relacionadas con la placenta),

⁷⁶ Así debe entenderse a partir de la Ley 3/1989 (STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 14 de mayo de 1996, AS 1996, 1527).

⁷⁷ El art. 12 de la Orden de 28 de diciembre de 1966, sobre prestaciones familiares, reconocía el derecho a la prestación económica por maternidad también por "nacimiento de criaturas sin

interpretación teleológica de la norma nos debería conducir a la conclusión contraria, por faltar uno de los elementos que dan lugar al reconocimiento legal del derecho: facilitar la mejor relación de la madre con su hijo⁷⁸, pues, no existiendo hijo, no hay relación alguna que haya de favorecerse.

La existencia del primero de los elementos -la adecuada atención de la salud de la madre- es el que justifica por sí solo la concesión del permiso también en este caso, si bien debiera servir para modular su duración, proporcionándola a la extensión real que por término medio tiene la situación protegida, que suele ser notoriamente inferior a la de dieciséis semanas, y que viene a coincidir con el llamado descanso obligatorio puerperal. Periodo que se prolonga durante seis semanas inmodificables, y se destina precisamente a garantizar el restablecimiento de la salud de la madre. Se entiende en todo caso suficiente este periodo para evitar cualquier riesgo de tipo físico derivado del parto, así como el psíquico que pudiera provocar a la madre la pérdida del feto. Lo que de ello exceda es trasladable al ámbito del número 2 del art. 45: como situación de incapacidad temporal⁷⁹.

- *Se entiende el concepto de “parto” en sentido lato*, comprendiendo también la situación del pre-parto, es decir, la inmediatamente anterior al hecho concreto del parto. De ahí que el art. 45.1 c) aluda, en lugar de al parto, a la maternidad⁸⁰ como concepto más amplio, que abarca el descanso anterior y el posterior a aquél, conocidos, según la terminología del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (Reglamento General de Prestaciones Económicas del Régimen General), como “descanso voluntario” y “descanso obligatorio” respectivamente⁸¹.

Así, pues, tratándose del supuesto de maternidad, la ley ampara y distingue dos periodos diferenciados: el obligatorio y el voluntario, siendo el primero de ellos de carácter indisponible por la trabajadora y el segundo modulable según las necesidades de ésta, a la que se concede la posibilidad incluso de distribuirlo en dos “tramos” diferentes, uno anterior y otro posterior al parto, o de disfrutarlos de forma ininterrumpida.

- En cuanto al *aborto*, su carácter patológico, a pesar de estar inscrito en un proceso de maternidad, interrumpido anticipadamente al sexto mes de embarazo, desplaza,

viabilidad, siempre que hubiera precedido un embarazo de ciento ochenta días”, es decir, en caso de parto prematuro.

⁷⁸ Así se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley 3/89, II.

⁷⁹ En contra, VIDA SORIA (*La suspensión...* op.cit., p. 235, y *Comentarios...* op.cit., p. 53).

⁸⁰ “La expresión ‘maternidad’ del Estatuto es un claro supuesto de convencionalismo lexicológico, que resume la referencia al periodo de embarazo, parto y puerperio...” (VIDA SORIA: *Comentarios al Estatuto...*, op.cit.).

⁸¹ Existe, por tanto, un desfase entre uno y otro precepto, resultado de la falta de modificación paralela al ser transcritos al nuevo texto refundido.

a juicio de la doctrina científica y jurisprudencial⁸², el hecho jurídico hacia otra causa suspensiva y otro régimen jurídico: la incapacidad temporal, con las ventajas e inconvenientes que esta otra circunstancia de suspensión puede implicar para la trabajadora. Por consiguiente, la protección por el ordenamiento laboral de la maternidad cuando ésta se frustre anticipadamente estará condicionada al hecho de que dicha interrupción genere una incapacidad temporal para el trabajo, quedando desamparada en caso contrario, al no existir bien jurídico protegible (no hay hijo nacido).

El Derecho español parece haberse inclinado en esta ocasión por una solución contraria a la adoptada por la mayor parte de sistemas en el Derecho comparado, en los que se da acogida al aborto como situación de maternidad, de igual modo que se tutela el parto frustrado, del que no nace hijo, que, por analogía, debería recibir idéntico tratamiento legal⁸³. Por contra, la solución más coherente es dar el mismo tratamiento al parto prematuro que al aborto, conceptuando los dos supuestos como situaciones de maternidad o, en otro caso, de enfermedad común⁸⁴.

4.2.3. Adopción o acogimiento de menores de cinco años.

El texto hoy vigente del ET prevé la suspensión del contrato de trabajo por tres causas diferenciadas: la maternidad, la adopción y el acogimiento; por consiguiente distingue entre tres instituciones jurídicas. La circunstancia que motiva en los dos últimos casos la suspensión del contrato no es un hecho biológico, sino jurídico: la constitución de la adopción de un menor de cinco años o bien su declaración administrativa de acogimiento, trámite previo a aquélla, que motiva la concesión de una opción en favor de los padres con objeto de que puedan elegir el momento oportuno para disfrutar de su derecho, antes o después de constituirse la adopción, atendiendo al momento real de llegada del menor al hogar familiar.

⁸² ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 1995, pág. 259, MOLERO MANGLANO, C.: "Suspensión del contrato de trabajo: nota doctrinal y materiales básicos", *Revista de Trabajo*, núm. 91, 1988 y GARRIGUES GIMÉNEZ (op.cit.) y ÁLVAREZ DE LA ROSA (*Enciclopedia de Seguridad Social*, CISS, Valencia. Tomo III-1, Parte IX (Maternidad). En contra, VIDA SORIA, que asimila el supuesto a los casos de maternidad y no a los de incapacidad laboral (*Comentarios...*, op.cit., p. 140). Vid. Jurisprudencia citada al respecto en la introducción de este trabajo, sobre protección de la maternidad por el sistema de la Seguridad Social.

⁸³ Vid. sobre el tema infra, Título II.

⁸⁴ Así procede el Derecho portugués, que concede también un periodo de licencia por maternidad en caso de aborto (si bien reduciendo la duración a la que corresponde con el periodo mínimo obligatorio), o el ecuatoriano, que asimila el aborto y el parto prematuro, considerando a ambas situaciones como enfermedad común (art. 101 del Estatuto del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social). En el sistema belga, ambas situaciones son protegidas como maternidad, dando cobijo a una tercera situación, insólita en el Derecho comparado: el falso embarazo que se prolonga por más de 180 días.

La primera de tales situaciones es de origen judicial: la adopción, que se constituye por los trámites de los arts. 1829 y ss. LEC, y la segunda de carácter administrativo: el acogimiento, que tiene lugar por resolución administrativa, según los trámites del art. 173 C.c., o judicial⁸⁵, siguiendo los de los arts. 1826 y 1828 y ss. LEC⁸⁶. Siendo el hecho protegido la adopción o el acogimiento en sí mismos, en cuanto medio de alcanzar la paternidad, es por tanto éste es el hecho que da lugar al nacimiento del derecho, el inicio de cuyo disfrute se liga a la fecha de la respectiva resolución, judicial o administrativa. Y es éste el momento de inicio del cómputo del descanso -, por tanto del periodo de suspensión del contrato- porque a partir de tal hecho jurídico se entienden perfeccionados la adopción o el acogimiento.

En tanto el ET no acota la situación protegida, para cuya regulación se remite íntegramente al Derecho común, se da cobijo a una situación que no debería recibir tutela desde el orden laboral: la adopción de un hijo del consorte del adoptante (art. 176 C.c.), ya que en tal supuesto la finalidad perseguida por la ley -facilitar el contacto entre los nuevos progenitores y el menor adoptado- no se alcanza, habida cuenta de que dicho conocimiento mutuo ya existe (es incuestionable cuando del progenitor natural se trata). Por tal razón, en un ejercicio de coherencia y adaptación

⁸⁵ Debe recordarse que, según establece el art. 173 C.c., el acogimiento tiene lugar por decisión administrativa, salvo oposición de los padres naturales del menor objeto del acogimiento, en cuyo caso éste habrá de resolverse por decisión judicial, según los trámites de los arts. 1826 y 1828 ss. LEC, a los que el C.c. remite.

⁸⁶ Si la adopción o acogimiento se realizan en el extranjero, habrá que estar a la ley del país en cuestión, y en todo caso a los Convenios de reciprocidad con España, así como a los preceptos de la LEC reguladores de la ejecución en el Estado español de resoluciones dictadas en el extranjero. Hay que tener en cuenta la posibilidad de que en Estado extranjero se admita la adopción por parte de parejas del mismo sexo, como se ha admitido recientemente en Holanda, donde, tras la creación de un registro de parejas de hecho y el reconocimiento legal (desde el 1 de enero de 1998) de la figura del "contrato de vida común", recientemente se ha autorizado (la decisión del Gobierno holandés se adoptó el 7 de febrero de 1998) la adopción por homosexuales, que podrán ejercer la patria potestad sobre el adoptado. Tal estado de cosas abre la posibilidad de que una pareja adoptante de origen extranjero lleve a cabo un trabajo remunerado en España y, por tanto, sea titular del derecho a suspender la relación de trabajo por causa de adopción, al no condicionarse el reconocimiento del derecho a la existencia de matrimonio (art. 2 Convenio OIT número 103). En tal caso, habrá que estar a la normativa sobre validez en España de actos jurídicos ejecutados en el extranjero, que puedan hacerse valer frente al empresario (y, en su caso, frente a la entidad gestora de la prestación económica por maternidad). Ello implica acudir al *Convenio de Bruselas de 27 de Septiembre de 1968 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (JOCE N° L 204, 1975. Traducción castellana en DOCE, T.I, vol. 01, págs. 186 y ss. La versión vigente es la del Convenio de San Sebastián de 26 de mayo de 1989), advirtiendo que el caso planteado quedaría sometido a la aplicación de dicho Convenio, por cuanto Holanda es parte firmante del mismo), cuyo art. 26 establece que "las resoluciones dictadas en un Estado contratante serán reconocidas en los demás Estados contratantes, sin que fuere necesario recurrir a procedimiento alguno". Sin embargo, el art. 27.1 añade que "las resoluciones no se reconocerán si el reconocimiento fuere contrario al orden público del Estado requerido" (en igual sentido, art. 600 de la LEC9, trasladando la solución de la cuestión planteada a un juicio de valor en torno a la posible contravención del orden público por la autorización de la adopción a cargo de parejas homosexuales.

de la figura civil al ámbito laboral (del que se ha prescindido en el sistema español), ciertos ordenamientos excluyen tal hipótesis del amparo laboral: cfr. Ley nº 4/84, de protección de la maternidad y de la paternidad, cuyo art.11 niega el derecho cuando se den tales circunstancias.

El cotejo del art. 45.1 d) con el 48.4 plantea una duda: la de si el ET protege la figura del *acogimiento* (según se regula en los arts. 172 a 174 del C.c.) o se limita a reconocer un específico tipo de acogimiento: el previo a la adopción, es decir, el que constituye la fase inicial del proceso que termina con la constitución de la adopción, o "acogimiento preadoptivo", según el nuevo art. 173 bis C.c.

La duda resulta del desfase existente entre ambas normas, por aludir la primera de ellas al "acogimiento" y la segunda, aunque de forma tácita, al "acogimiento previo". De hecho, la regulación que se contiene en el art. 48.4 hace pensar que sólo se contempla y tutela el que acaba o tiene visos de acabar en adopción, es decir, que el art. 48.4 continúa configurando el acogimiento como etapa previa a la adopción o, en otras palabras, que no resulta amparado el acogimiento como figura autónoma. Prueba de ello es que se calcula el inicio del cómputo temporal del descanso sobre la base de un elemento: la opción del trabajador entre uno y otro momento -el de la decisión de acogimiento o el de la resolución de adopción-, presumiendo o partiendo de la existencia de los dos⁸⁷. Es más, la norma sólo se refiere a la adopción como situación protegida, lo cual se deduce del encabezamiento "en el supuesto de adopción", y la alusión al menor es siempre al adoptado, pero no menciona al "acogido"⁸⁸.

Sin embargo, la LGSS sí alude expresamente en su art. 133 bis, introducido por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y de orden social* (por tanto, con anterioridad al Texto Refundido del ET), al "acogimiento previo", de lo cual resulta un desfase entre la legislación laboral y la de Seguridad Social, que únicamente puede servir para la interpretación del precepto contenido en el art. 48.4 ET, habida cuenta de que aquélla se remite, en cuanto a situaciones protegidas y periodos de descanso, al ET.

Un último argumento avala la tesis favorable a la exclusión del acogimiento temporal, y es que la regulación de la excedencia por cuidado de hijos no prevé la

⁸⁷ Como señala HERNÁNDEZ MARTÍN, "lo que parece indicarse es que 'se adapta el permiso de adopción', sin que ello suponga la creación de un nuevo 'permiso por acogimiento'..." (HERNÁNDEZ MARTÍN, A.: "Acogimiento de menores, ¿causa de suspensión del contrato de trabajo o exceso refundidor?", *Aranzadi Social*, 1996-IV, p. 2879).

⁸⁸ La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se reforma el Código civil en materia de adopción, efectúa una referencia a la legislación laboral en lo que se refiere a la figura del acogimiento, si bien sólo alude a la extensión del derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria al menor "durante el tiempo que dure el acogimiento" (D.A. Cuarta), único caso en el que "la asimilación del acogimiento a la familia es total" (VALLADARES RASCÓN: "Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción", *Poder Judicial*, 1988, núm. 9).

figura del acogimiento, pues parte de la presunción según la cual la adopción ya ha dado lugar a un permiso, que se conecta posteriormente con la excedencia: por tanto, no cabe en esta segunda fase que un acogimiento pueda originar de modo directo una excedencia sin pasar por un permiso de adopción previo.

Por consiguiente, significa que el ET no protege ambas situaciones de forma diferenciada, es decir, otorgando el derecho a la suspensión del contrato tanto en caso de acogimiento como en caso de adopción, sino que está pensando en un solo derecho que podrá ejercerse bien en una fase (acogimiento previo) bien en otra (una vez constituida la adopción). Así debe deducirse de la redacción del tercer párrafo del art. 48.4 ET: “la suspensión tendrá una duración máxima de ocho semanas contadas, *a la elección del trabajador*, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.”

Cuáles son las consecuencias de ello:

1. Cuando se haya disfrutado el “permiso” por acogimiento del menor, *no será posible gozar de un segundo derecho una vez constituida la adopción definitiva*. En consecuencia, el trabajador preferirá optar por su disfrute en fase de acogimiento que en fase de adopción, porque es precisamente esta primera fase la que justifica la finalidad del permiso, destinado a la integración del menor en la familia de adopción y al conocimiento mutuo entre aquél y sus nuevos padres. Por tanto, de optarse por su disfrute durante la segunda fase, se desvirtuaría el espíritu del descanso, porque ese conocimiento mutuo e integración personal ya se ha producido con anterioridad (pues el menor ha convivido durante un determinado tiempo con los adoptantes con carácter previo a la constitución de la adopción). Todo ello a salvo de que la adopción se realice de forma directa, sin previo acogimiento, en cuyo caso ni siquiera cabría la opción.
2. No es posible el ejercicio del derecho o, por mejor decir, no existe derecho, cuando el acogimiento no sea “previo” (a una situación definitiva: la adopción), sino meramente temporal en los términos del art. 172.3 C.c. o del nuevo art. 173 bis⁸⁹, no existiendo, pues, el elemento de fijeza que exige el ET para su reconocimiento.

Ello excluye, en consecuencia, la figura del acogimiento familiar *temporal*, facilitado mediante la figura del *acogimiento familiar simple* y, en el ámbito territorial de Cataluña a través de la institución, de reciente creación, conocida por “familia canguro”, así como otras experiencias piloto por las que se pretende atender al cuidado personal y directo por parte de personas y familias dispuestas y capacitadas para ello de menores desamparados.

⁸⁹ La figura del acogimiento familiar es descrita por VALLADARES RASCÓN (op.cit.) como “protección transitoria del menor cuya familia se encuentra en dificultades”, que se regula “como figura previa, pero no imprescindible”.

En todo caso, debe admitirse que la redacción del precepto, si bien no permite considerar como situación protegida aquel acogimiento temporal que no tiene visos de consolidación en situación definitiva, sí consiente la del que se dirige a la adopción, pese a lo cual finalmente no se consolida⁹⁰ (precisamente porque se integra en una unidad: el proceso de adopción). Sin embargo, no cabría la ampliación de la situación protegida hacia la nueva figura del "acogimiento familiar permanente", regulado en el art. 173 bis C.c., en tanto su finalidad no es constituir una adopción.

Por otro lado, el segundo de los preceptos reguladores, el art. 45, no habla de acogimiento *previo*, sino puramente de acogimiento. Debe interpretarse, pues, si el lapsus del "refundidor" a la hora de reformar el 48.4, que quedó intacto en el Texto Refundido, es intencionado o no. La respuesta debe ser negativa, como lo demuestra el hecho de que el art. 45 sí fuera modificado, incorporándole la Ley 8/1.992.

Atendiendo al interés del menor desamparado (cuyo beneficio preside las actuaciones judiciales, art. 1826 LEC), la conclusión debería ser favorable a la admisión de ambas figuras, que, concebidas separadamente, son objeto de tutela, para evitar la desprotección de las actuaciones más "desinteresadas" de quienes están dispuestos a hacerse cargo de menores desamparados de forma temporal, como alternativa a las instituciones públicas de acogida, en tanto aquéllos encuentran familia de destino⁹¹. Sin embargo, el propio texto del Preámbulo de la Ley 8/1.992 invalida tal interpretación, pues concibe la situación dentro de un proceso único, arbitrando una medida que permita adaptar el permiso a las necesidades reales del supuesto regulado por la Ley 21/1987, que justifica de la siguiente manera: "es en el tiempo inicial del acogimiento cuando suelen producirse los problemas de adaptación y necesidad de cuidados más intensos que justifican los permisos concedidos..."

La desprotección en la que queda el menor en estos casos, particularmente necesitados de atención por el especial desamparo padecido por el acogido, que es precisamente el que motiva su acogimiento temporal como medio de "recuperación" personal y social más eficaz y a la vez humana que el centro de acogida público, debería corregirse, en consecuencia, por medio de otras medidas que permitieran una mejor sincronía entre el Derecho del Trabajo y el Derecho civil: quizás una reducción de jornada, cuya compensación económica podría provenir de fuente distinta. En este sentido va dirigida la compensación económica prevista por el Gobierno catalán para la "familia canguro". Existe un factor que nos obliga a reconsiderar los planteamientos anteriores, favorables al reconocimiento de "dos permisos diferenciados" por razón de acogimiento: la habitualidad con la que tales situaciones se presenten en la vida del

⁹⁰ Aquí cabrían los supuestos en los que se frustra la adopción por recuperación de la guarda del menor por parte de sus padres naturales, que ejercen sobre él la patria potestad.

⁹¹ En contra, DESDENTADO BONETE (DESDENTADO y TEJERINA ALONSO: "El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción". *Tribuna Social*, núm. 44, pág. 63), por no producir "una participación en la vida de otra familia".

trabajador. Debe admitirse, de nuevo, que quizás fuera más conveniente su protección a través de otra figura: la *reducción de jornada*, pues el desarrollo de tal labor, indudablemente altruista, podría generar una situación excesivamente onerosa para el empresario, que habría de soportar suspensiones continuadas del contrato de trabajo, y para el sistema financiero de la Seguridad Social, que habría de costearlas. He ahí el acierto del Programa catalán sobre las “familias canguro”, en el que se prevé un sistema de ayudas públicas que permitan compensar al *voluntariado*.

El elemento básico y determinante de la concesión del permiso por adopción o acogimiento es *la edad del menor*, fijada por el ET desde 1989 (Ley 3/89) y 1.992 (Ley 8/1.992), respectivamente, en cinco años. Por tanto, el legislador marca el límite de edad en los cinco años del adoptado, superados los cuales no ha lugar a la concesión del derecho.

Destaca en este terreno la diferencia existente entre la prevista en el art. 37.5 -seis años- y el 48.4 -cinco años-, pues siendo la razón que justifica el corte de edad la escolarización del menor, existe un lapso de un año entre uno y otro derecho. Sin duda debe atribuirse a los diferentes momentos en los que ambos fueron regulados, respondiendo el primero a una época en la que la edad de escolarización era de seis años y el segundo a otra en la que la edad ordinaria era ya la de cinco años. En cualquier caso, tan evidente e injusto desfase entre ambos debería haberse tenido en cuenta y corregido previamente a su aprobación en 1989, tal y como rige hoy.

De tal modo, si se quiere alcanzar el fin perseguido por el art. 48.4 -la adecuada inserción del menor en su nuevo núcleo familiar- respecto de adoptados mayores de cinco años, derecho no contemplado en el precepto referido, debería recurrirse a otro derecho, de contenido más amplio, aunque de protección más débil en términos cuantitativos (pues sus garantías legales son las mismas): el derecho a la reducción de la jornada por guarda de menores que regula el art. 37.5⁹². Lo mismo sucede cuando el menor que motiva la atención del trabajador es un familiar acogido tras el fallecimiento de sus padres, por no someterse el acogimiento a los trámites administrativos o en su caso judiciales previstos para el reconocimiento del derecho.

Un último apunte en materia de edad del menor. Debe entenderse que la edad máxima de cinco años se refiere al preciso momento de la constitución de la adopción, o, para mayor precisión, de la resolución judicial o administrativa por la que se constituye o decide la adopción o el acogimiento. Por tanto, si en los momentos inmediatamente anteriores a tal fecha el menor no ha alcanzado la referida edad, sino más tarde, una vez constituida la adopción o decretado el acogimiento, aunque el permiso *se solicite con posterioridad* (o sea, cumplida ya la edad señalada), debe concederse el permiso, pues *la adopción es de un menor de cinco años*.

⁹² Como puede comprobarse, este derecho resulta en la práctica cajón de sastre para todas aquellas situaciones que no reciben otra protección por el legislador.

5. Trabajadores beneficiarios del derecho.

El derecho que reconoce el Estatuto tiene por titulares a los trabajadores inscritos en una relación laboral como trabajadores por cuenta ajena (no ocurre lo mismo con los beneficiarios de la protección dispensada por el Sistema de la Seguridad Social, de cuya condición participan también los trabajadores que no se integran en una relación de trabajo, al ejecutar una actividad por cuenta propia). Tratándose de cualquier otra actividad remunerada al margen del Estatuto o de su normativa de desarrollo (v.gr., relaciones laborales especiales, reguladas por norma especial, en virtud del art. 2.1 ET), no existirá derecho alguno, salvo lo dispuesto para el ámbito funcional por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (art. 30.3).

Sin perjuicio de ello, las cuestiones que motivan e inspiran el presente apartado son otras. Debe hacerse referencia a las categorías de trabajadores que se entienden titulares del derecho, en la hipótesis de que pudiera existir alguna de ellas que estuviera excluida del mismo, con el objeto de despejar posibles dudas. Seguidamente será tratado (infra, 6.), el tema de la titularidad del derecho por razón de sexo, sobre el que se plantea una mayor controversia.

El derecho a la suspensión del contrato se garantiza a todo trabajador⁹³, con independencia de la naturaleza y duración del contrato⁹⁴. Respecto de esta última cuestión, interesa destacar dos aspectos:

1. *La duración temporal del contrato que se suspende.* La suspensión puede operar sobre cualquier contrato de trabajo con independencia de su duración, pues ejecución y duración del contrato son cuestiones y parcelas totalmente independientes entre sí. Ocurrirá, por tanto, que, a pesar de que el efecto suspensivo produzca la interrupción en la ejecución del contrato, no tiene la virtualidad de prolongar su duración. Así lo disponía expresamente el art. 16 del Real Decreto 2317/1.993, de 29 de diciembre, por el que se desarrollaba la regulación de los contratos en prácticas y de aprendizaje y los contratos a tiempo parcial, según el cual “las causas de suspensión del contrato previstas en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores no comportarán la ampliación de la duración del

⁹³ Entendiéndose referido al trabajador en activo, es decir, siempre que la situación acaezca durante la vigencia del contrato, con independencia del momento de la concepción, pues lo trascendente es el nacimiento del hijo, que es el verdadero acreedor del derecho, ya que éste se dirige a garantizar los primeros cuidados tras su nacimiento. Esta cobertura legal permite que incluso pueda iniciar la relación laboral el mismo día del parto, pues éste acontecerá ya dentro de la jornada laboral.

⁹⁴ Tanto por el precepto hoy regulador de la figura (art. 45.1 d) ET) como en el anterior art. 166 de la derogada LCT, en el que incluso se hacía mención expresa: “cualquiera que sea el contrato suscrito”.

contrato, salvo que se acuerde expresamente lo contrario”⁹⁵. En igual sentido se manifiesta el art. 7 del RD 2546/1.994, de desarrollo del art. 15 ET, pero nada se dice en el posterior Real Decreto-ley 8/1.997, de 16 de mayo, *de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida*, ni en la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, del mismo título. Pero sí se prevé expresamente en la normativa de desarrollo de la citada Ley: el Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo (por el que se desarrolla el art. 11 del ET en materia de contratos formativos), cuyo art. 19.2 determina que “la suspensión de los contratos en virtud de las causas previstas en los artículos 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores no comportará la ampliación de su duración, salvo pacto en contrario”.

De manera que, si la duración del contrato es temporal, la de la suspensión puede prolongarse más allá de ésta y, por tanto, finalizar una vez ha tenido lugar la extinción del contrato (STSJ de la Comunidad Valenciana, de 25 de noviembre de 1997⁹⁶), pues la suspensión “ha de entenderse afecta al aspecto dinámico de la relación, es decir, *a la actividad laboral*”⁹⁷, no yendo la reserva de puesto “más allá de los límites temporales expresamente pactados”⁹⁸.

2. La suspensión *durante el periodo de prueba*. Establece expresamente el art. 14.3.2º ET que la situación de maternidad, adopción o acogimiento “que afecten al

⁹⁵ La regulación anterior de dichos contratos -de prácticas o para la formación-, art. 13 RD 1.992/1984, de 31 de octubre, preveía la solución contraria cuando la causa de suspensión fuera una situación de ILT o el cumplimiento del servicio militar (“interrumpirá el cómputo de la duración del contrato, salvo que se acuerde expresamente lo contrario”). Dicha previsión -coherente si hubiese afectado a cualquier causa de suspensión, pues todas provocan que la formación que proporciona la modalidad de contrato en cuestión deje de obtenerse y, por tanto, se frustre su finalidad- desapareció en el RD 2317/1.993.

⁹⁶AS 1997, 4030.

⁹⁷ STCT de 12 de mayo de 1983 (RTCT 1983, 4214). En el mismo sentido, MOLERO MANGLANO (*Suspensión...*, op.cit., pág. 39), que invoca la STCT de 11 de noviembre de 1982. Vid. también SSTCT de 1 de junio de 1982 y de 12 de mayo y de 1 de diciembre de 1983 (RTCT 1982, 3287 y 1983, 4214 y 10402). Esta última, sobre incapacidad laboral transitoria por maternidad. El tema es objeto de pronunciamiento judicial por la Sentencia del TSJ de Castilla y León/Valladolid, de 17 de junio de 1.991 (A.S. 1.991, 3821), en la que se juzga sobre el carácter interruptivo o no interruptivo de la situación de maternidad respecto del término del contrato temporal, resolviéndose que “al no haberse estipulado lo contrario, interrumpe el cómputo de la duración del trato”. Ello suponía encadenar el contrato en cuestión con otro celebrado posteriormente, lo que permite al Tribunal deducir la existencia de un contrato de duración indefinida por contratación sucesiva en fraude de Ley.

⁹⁸ STCT de 7 de enero de 1.987 (RTCT 1987, 66). En igual sentido, STCT de 27 de enero de 1987 (RTCT 1987, 1500), ambas sobre suspensión debida a servicio militar. También esta última hace especial hincapié en que el término final del contrato no puede alterarse más que por pacto en contrario y en la independencia de la duración de la suspensión respecto de la del propio contrato: “los contratos temporales se extinguen por el transcurso del plazo de vigencia pactado, pues dicha vigencia no consiste en la prestación de determinados días de trabajo, sino en la pervivencia del vínculo mientras no transcurra el plazo, y así, si el trabajador enferma, no por ello se suspende la vigencia, sino simplemente se suspende el deber de prestar servicios, continuando la consumación del plazo pactado aunque el contrato esté suspendido”.

trabajador durante el periodo de prueba interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes". Por tanto, dispone que consumen el periodo de prueba, en el que no interfiere dicha causa de suspensión, a menos que las partes acuerden lo contrario, es decir, la interrupción del cómputo. Éste es el único supuesto en el que se prevé expresamente la ampliación del contrato por actuación de causa suspensiva, lo cual sin duda se conecta a la finalidad del periodo de prueba (la verificación por parte del empresario de la capacidad o idoneidad del trabajador para el puesto para el que ha sido contratado), que exige la efectiva prestación del trabajo pactado y, por tanto, es incompatible con la suspensión del contrato. Si bien es cierto que el pacto que aquí se establece que puede adjuntarse a cualquier contrato, prolongándolo extraordinariamente, haya o no periodo de prueba.

Nada se dice sobre la forma en la que debe producirse dicho acuerdo, a diferencia de su inmediato precedente, la LRL, cuyo art. 17.1 exigía la forma escrita, que, en todo caso puede requerirse por cualquiera de las partes en virtud del art. 8.4 ET. Tampoco se alude al momento propicio sobre su celebración, razón por la que cabe deducir que se admite en todo momento, tanto en el contrato como con posterioridad o incluso en el momento de producirse el hecho suspensivo⁹⁹. Tal acuerdo puede tener carácter individual o colectivo (STCT de 14 de enero de 1.988 y 22 de mayo de 1.989¹⁰⁰).

6. Titular del derecho

En materia de titularidad del derecho, y desde la reforma del régimen de la materia por la Ley 3/1989, es necesario distinguir entre las dos situaciones protegidas por el art. 48.4: la maternidad natural y la de origen legal. En efecto, el derecho se reconoce en uno y otro caso en favor de titulares diferentes, o, siendo más precisos, el régimen de atribución del derecho es diverso, puesto que se reconoce tanto al hombre como a la mujer. Y la razón de ello es la inexistencia en la maternidad o paternidad no natural del hecho biológico del parto, intrínsecamente ligado a la mujer, único partícipe de aquél y, por consiguiente, del derecho a través del que se protege: el descanso. Éste es el elemento sobre el que gira el régimen de titularidad del derecho regulado en el art. 48.4 ET.

A partir de aquí debe distinguirse entre el supuesto de la maternidad por un lado y el de adopción y acogimiento por el otro.

⁹⁹ En tal sentido, STS de 5 de noviembre de 1.986 (R.J. 1986, 6274), que reconoce tanto la procedencia de su celebración "en el momento del contrato o con posterioridad al mismo" como la no exigencia de documentación escrita ("...no exigirse ya la forma escrita para el acuerdo" -en relación con el art. 17.1 LRL, que sí la exigía-).

¹⁰⁰ RTCT. 1988, 886 y 1989, 3542.

6.1. Maternidad

El art. 45. 1 d) reconoce el derecho a un solo titular: la mujer (“maternidad de la mujer trabajadora”¹⁰¹)¹⁰², que luego el art. 48.4 comparte entre ambos sexos. Sin embargo, no es ésta la función que ha de atribuirse al art. 45. 1 d), cuya misión es la de describir la situación protegida, que es la de la maternidad, que sólo puede predicarse de la mujer¹⁰³.

Por su parte, el art. 48.4 ET concibe el derecho en beneficio o para el ejercicio de la trabajadora (así, utiliza la expresión “la interesada”), a la que atribuye un derecho *originario* incondicionado, que le pertenecerá en todo caso, sea cual sea su decisión posterior. La idea básica presente en el ET es la titularidad originaria del derecho por parte de la mujer, sea o no sea trabajadora. Cuando lo sea, regula su derecho, y cuando no lo sea, dicha circunstancia servirá para negárselo -o simplemente para no reconocérselo- al hombre. Ello permite hablar de dos tipos de derechos: uno originario y otro derivado¹⁰⁴.

El derecho del padre es, por tanto, derivado o condicionado. Condicionado primero porque su titularidad depende en primera instancia de que la madre sea trabajadora, de tal modo que, no siéndolo, no nace el derecho del padre, que se ve excluido de la protección del ET, y segundo porque su ejercicio depende de la voluntad de la mujer. Y derivado porque su titular originario es la mujer, y sólo cuando se den determinadas circunstancias podrá serle reconocido al hombre. Tales circunstancias consisten en el fallecimiento de la madre, en cuyo caso resulta indiferente que ésta sea o no trabajadora, de modo que el presupuesto de hecho para el nacimiento del derecho -que la madre sea trabajadora- pierde su virtualidad.

¹⁰¹ En cuanto sujeto de una relación laboral que, por supuesto, ha de estar en vigor. En caso contrario, no podría suspenderse el contrato, salvando las posibles excepciones que en materia de prestaciones de la Seguridad Social puedan derivarse de la figura de la asimilación al alta. Vid. Título II de este trabajo.

¹⁰² Dispone el art. 1 el Convenio OIT 103 que “este Convenio se aplica a las mujeres empleadas en empresas industriales y en trabajos no industriales y agrícolas, comprendidas las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio”, y el art. 2 que “el término ‘mujer’ comprende a toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad, nacionalidad, raza o creencia religiosa, casa o no, y el término ‘hijo’ comprende a todo hijo nacido de matrimonio o fuera de matrimonio.”

¹⁰³ No obstante, de dicha afirmación también cabe deducir consecuencias trascendentes para el régimen de titularidad del derecho, por cuanto no contempla como situación protegida la paternidad, lo cual significa que, de ser el hombre la única persona de la pareja que trabaja, no podrá beneficiarse del derecho, pero sí al contrario: la mujer, en cuanto trabajadora, *siempre será titular del mismo, aunque el padre no trabaje*, ya que el sujeto beneficiario del derecho es *la mujer trabajadora*.

¹⁰⁴ En el mismo sentido, BALLESTER PASTOR: “Discriminación o trato diferenciado normativo por razón de sexo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 12, 1.993). JIMÉNEZ ASENJO (*Apuntes de Seguridad Social*, Barcelona, 1.995) distingue, según quién sea el titular, entre dos clases de descansos: el descanso por maternidad y el descanso por paternidad.

El ejercicio del derecho puede ser compartido¹⁰⁵, siempre que la madre opte por distribuir cierta parte del descanso -el voluntario-, de modo que ambos -hombre y mujer- puedan ejercerlo alternativamente. El ejercicio en tal caso se somete, pues, a un presupuesto: que *así lo disponga la madre*. Y a su vez, el “reparto” está sometido a dos condiciones: que ambos trabajen, es decir, sean *trabajadores* asalariados *en activo*, y que el retorno al trabajo no implique un riesgo para la salud de la madre. La ley sólo dice al respecto que no debe existir riesgo para su salud, pero no prevé qué criterios han de utilizarse para la determinación de tal dato. Ante la ausencia de aquéllos, habrá que estar a la decisión del facultativo y a las normas de prevención que rijan en la empresa¹⁰⁶. Debe añadirse un requisito no previsto en la ley pero que resulta imprescindible en aras de una adecuada armonización del ejercicio del derecho por ambos cónyuges: la comunicación de tales acontecimientos a los respectivos empresarios, cuando los progenitores no presten servicios para el mismo empleador¹⁰⁷.

Que la mujer sea la titular originaria del derecho conlleva que el padre no entre en su disfrute a menos que así lo inste aquélla, ya sea voluntaria o involuntariamente (con su fallecimiento) y sólo una vez se haya iniciado el mismo, ya que sólo es posible la utilización de *una parte* del periodo, bien sea del obligatorio (en caso de fallecimiento de la madre¹⁰⁸) o del voluntario (en caso de “cesión” de parte del periodo por la madre). Se le niega, pues, el derecho al disfrute de la totalidad del periodo cuando la madre haya fallecido¹⁰⁹ y, por consiguiente, no pueda disfrutar ni de uno ni de otro periodo (obligatorio y voluntario), lo cual es sin duda injusto, pues el derecho que se le reconoce no es ya inferior al periodo total de descanso sino, lo que es más, inferior al que con carácter potestativo se atribuye a la madre (periodo voluntario) y, por tanto, doblemente injusto, con mayor razón si cabe considerando que además constituye un agravio comparativo respecto del supuesto de la adopción, en el que la titularidad indistinta del derecho permite al padre beneficiarse de un descanso equivalente al periodo máximo de dieciséis semanas, es decir, en igualdad total con la madre. La lógica y la Justicia imponen, por tanto, un cambio en el tratamiento legal de

¹⁰⁵ Al entender de LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ (“Las recientes reformas de la legislación social sobre la mujer en el trabajo y sobre la prestación de desempleo”, Revista de Treball, núm. 10, 1989), “la cesión del permiso (...) se plantea como una forma de reparto de la carga y no como una extensión del derecho.”

¹⁰⁶ GORELLI HERNÁNDEZ utiliza dos parámetros similares, indicando que el riesgo “debería detectarse bien por la Entidad Gestora, bien por la propia empresa” (GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*. Tirant lo blanch, Valencia, 1.997, p. 53).

¹⁰⁷ Tal previsión sí aparece en la legislación portuguesa, que somete el ejercicio del derecho por el padre a la previa comunicación a los respectivos empresarios, reconociendo al empresario el derecho a exigir, en caso de adopción, comprobante del no ejercicio del derecho al descanso por el otro cónyuge (arts. 2 y 3 del Decreto-ley 136/85, de 3 de mayo, modificado por el Decreto-ley nº 332/95, de 23 de diciembre).

¹⁰⁸ Sólo en este supuesto, “y para el cuidado del hijo” (STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 14 de mayo de 1996 (AS 1996, 1527)).

¹⁰⁹ Vid. Sentencia citada en nota anterior.

tal cuestión, equiparando al progenitor único -posiblemente viudo- con la madre, reconociéndole el derecho a la totalidad del periodo, con independencia de su sexo, por razones de necesidad (la cual resulta acrecentada por la existencia de una sola persona que se haga cargo del cuidado del recién nacido).

No obstante, la ley proporciona al padre un medio para hacer efectivo su derecho, si bien no afecta a las consecuencias económicas (pues no podrá recobrase el salario que como consecuencia de la ausencia dejará de percibirse): el derecho a la excedencia por cuidado de hijos, que, según señala el art. 46.3 ET, puede hacerse efectiva desde el nacimiento del hijo. El mencionado precepto impide que ambos progenitores ejerciten el derecho de manera simultánea, de igual modo que el art. 48.4 lo prohíbe respecto a la suspensión por maternidad o adopción, pero lo que ni uno ni otro impiden es que ambos progenitores hagan uso de cada uno de los derechos por separado, pero de forma simultánea. Y considerando que la duración de tres años de la excedencia tiene carácter máximo, el trabajador podrá hacer uso del tiempo que estime conveniente, incluso por un periodo inferior a un año, pues la norma no fija un plazo mínimo.

Haciendo abstracción de tales consideraciones, las *de lege ferenda* y la posible simultaneidad de dos tipos de derechos, y recapitulando, pues, el padre puede ser titular de:

1. el periodo obligatorio, cuando fallezca la madre;
2. parte del periodo voluntario, cuando la madre así lo decida, en uso de su opción, que necesariamente ha de localizarse al final del descanso y ser ininterrumpido.

La Ley 3/1989 impulsó el reparto de las cargas familiares entre ambos progenitores, pero, y quizás porque se introducía *ex novo* el derecho del padre, fue excesivamente restrictivo en cuanto al derecho concedido al padre, limitando la facultad de opción de la trabajadora, que de esta manera no puede disponer de más de cuatro semanas de un total de diez. Hubiera sido deseable, pues, una mayor flexibilidad en este aspecto¹¹⁰, para facilitar un mayor acercamiento del hombre a la asunción de las responsabilidades familiares personales (el cuidado directo y personal de los hijos).

Debe finalizarse este discurso con una aclaración en torno a la titularidad del padre. El art. 48.4 reconoce el derecho al “padre” del niño, con independencia de su vinculación matrimonial o no con la madre, y sin perjuicio de que exista persona distinta que sí ostente la condición de cónyuge legal. Cuando esta “conurrencia” se produce (es decir, padre natural y cónyuge legal), lo verdaderamente relevante será la paternidad natural. Ahora bien, debe traerse a colación el art. 116 C.c., en virtud del

¹¹⁰ No en la localización del periodo en cuestión ni en el límite que garantiza la salud de la trabajadora (“salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga riesgo para su salud”), pero sí en su *duración*.

cual el derecho corresponderá al cónyuge legal, cuya paternidad se presume. No obstante, en todo caso habrá que estar a la inscripción del nacimiento en el Registro Civil (art. 115 C.c.). Ahora bien, cuando no exista cónyuge legal, por ausencia de vínculo matrimonial, tal concurrencia siempre se resolverá en favor del padre natural. El Registro Civil determinará la titularidad del derecho en todos aquellos casos que pueden entenderse similares a los expuestos (v.gr., que el padre sea el conviviente actual y no el cónyuge legal...) ¹¹¹.

Al hilo de estas consideraciones surge una segunda cuestión conectada con el tema de la paternidad. Se trata de la posibilidad de que la paternidad se atribuya a un individuo ya fallecido cuyo esperma congelado ha sido utilizado en un proceso de inseminación artificial, en cuyo caso, aun existiendo un nuevo cónyuge legal, no le correspondería la paternidad, según las normas del Código civil. La ausencia, sin embargo, del padre natural, debida a fallecimiento, debe motivar la atribución del derecho al cónyuge legal de la trabajadora, ya que ni resulta necesario, en el ámbito del ET (ni tampoco de la LGSS), acreditar la paternidad ni existirá colisión alguna de derechos.

En definitiva, la conclusión es la atribución de titularidad al padre natural siempre que pueda hacer uso de su derecho.

Por último, ha de aludirse a otra hipótesis, que no por infrecuente debe desdeñarse: que la madre esté privada de libertad por sentencia judicial, cumpliendo condena en establecimiento penitenciario en el momento del parto. Cabe la posibilidad de que realice un trabajo de los que la Ley General Penitenciaria (LO 1/1979, de 26 de septiembre, modificada por L.O. 13/95, art. 29.1 ¹¹²) asimila al trabajo por cuenta ajena y considera relación laboral especial, ex art. 1 ET. En tal caso, el régimen del derecho será el ordinario, el que regula el ET.

Ahora bien, cuando dicha situación no exista, porque la madre haya optado por otra de las tareas cuya ausencia de remuneración la excluye de la asimilación (a trabajador por cuenta ajena) que efectúa la LGP, cabe plantearse cómo se distribuirá el derecho. La respuesta a ello surge de la interpretación sistemática del texto legal. Debe inferirse que, puesto que la única situación de ausencia de la madre prevista en la ley es la debida a su muerte, el régimen aplicable a la debida a privación de libertad será el mismo, de tal modo que tampoco en esta situación el padre podría disfrutar de un mayor periodo de ausencia por paternidad, siendo, por el contrario, realmente

¹¹¹ La Resolución de la Dirección General del INSS, de 22 de septiembre de 1989, por la que se establecen instrucciones provisionales para el trámite de la prestación económica para el cuidado de hijos, cuyo contenido puede trasponerse al ámbito de la relación laboral, interpreta en su cláusula 1.3 b) que "la paternidad se acreditará mediante la presentación del Libro de Familia o la correspondiente certificación de la inscripción del hijo en el Registro Civil".

¹¹² Desarrollado por RD 190/1.996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

recomendable, teniendo en cuenta la situación en la que se halla la madre. En cualquier caso, debería resolverse expresamente al respecto.

6.2. Adopción o acogimiento

Son titulares del derecho al permiso por adopción o acogimiento los trabajadores mayores de 25 años, aunque, si se trata de una adopción en pareja, basta con que uno de los dos, sea o no el trabajador, alcance dicha edad (art.175 C.c.).

En el caso de la adopción y el acogimiento el texto de la norma no efectúa atribución de titularidad alguna, limitándose a regular su duración. No alude a este aspecto más que en su inciso final, en el que, sin reconocer el derecho a ninguno de los dos progenitores en concreto -premisa que parece presumir el legislador como dato ya conocido-, resuelve el supuesto de que, existiendo los dos, ambos sean trabajadores. Por tanto está concediendo el derecho a ambos por igual, cuestión que, no obstante, elide para pasar directamente a resolver la concurrencia del ejercicio de ambos derechos cuando los dos trabajen, proveyendo que sólo uno de ellos pueda hacer uso del derecho.

La respuesta que da el legislador supone reconocer que, aunque sólo uno de los dos trabaje, y por lo tanto el otro pueda hacerse cargo del cuidado del hijo -con independencia de que sea la madre o el padre-, podrá ejercer su derecho, de modo que ambos progenitores estarán en condiciones de atender simultáneamente al menor. Ello significa, pues, que la dimensión del derecho es en este caso diferente, más garantista que cuando se trata de maternidad natural. Sin embargo, no permite entender que quepa el disfrute sucesivo del derecho, aunque nada obste a ello (pues la norma no lo prohíbe¹¹³).

7. Duración del descanso

7.1. Evolución histórica

La duración que haya de tener el descanso por maternidad o la suspensión del contrato de trabajo viene fijada por ley laboral, a la que remite la ley de Seguridad Social. Es precisamente el carácter de derecho de la trabajadora lo que motiva su inclusión en tal normativa, de forma inversa a lo que sucede con el supuesto patológico de la incapacidad temporal, cuya duración, por el contrario, se remite a regulación por la normativa de Seguridad Social.

La duración del descanso ha experimentado un notable cambio desde el reconocimiento del derecho en el año 1.900, por la *Ley de mujeres y niños de 13 de*

¹¹³ En tal sentido, GARCÍA NINET, J.I.: "La maternidad", en AA.VV.: *Derecho de la Seguridad Social*. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 379.

marzo de 1.900 (art. 9)¹¹⁴, que lo fijaba en tres semanas obligatorias, periodo puerperal (o cuatro, si el trabajo desempeñado por la trabajadora representaba peligro para su salud), al que podían añadirse otras cuatro con carácter previo al parto. Poco después, el *Real Decreto de 8 de enero de 1.907* lo amplió hasta cuatro semanas (y en su caso cinco o seis en el supuesto de riesgo para la salud)¹¹⁵.

El *Decreto-Ley de 21 de agosto de 1923* estableció la duración que más ha perdurado en el Derecho español, no siendo sustituida hasta la aprobación de la Ley de Relaciones Laborales de 1976. En él se distingue de nuevo entre descanso previo (voluntario) y descanso postnatal obligatorio¹¹⁶, a los que se da idéntica duración: seis semanas, de lo cual resulta un periodo suspensivo total de doce semanas. A ello añade un potestativo permiso adicional de veinte semanas, cuando las complicaciones patológicas derivadas del embarazo o el parto así lo aconsejen, durante las cuales se garantiza la reserva del puesto de trabajo.

El contenido del derecho se mantiene intacto en la *Ley del contrato de trabajo de 1944* (que le dedica los arts. 166 y 167), no ampliándose hasta que el art. 25.4 de la *Ley de Relaciones Laborales de 1976* estableció que la duración del permiso había de ser de catorce semanas, atribuyendo las dos adicionales al periodo puerperal.

La nueva regulación del permiso por el *Estatuto de los Trabajadores de 1.980*, que le dedica el art. 48.4¹¹⁷, mantiene la misma duración, si bien elimina la distinción entre ambos periodos previo y posterior -voluntario y obligatorio-, pese a lo cual se conserva en las normas reguladoras del subsidio por maternidad, con exclusivos efectos en este ámbito.

Ésta es la formulación que rige hasta la reforma del art. 48.4 ET por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía el permiso por maternidad, que altera sustancialmente la estructura y duración del periodo de descanso, configurándolo como hoy lo conocemos. En efecto, en lo que a tales aspectos se refiere, la Ley 3/1989 supone en primer lugar la vuelta a la fórmula tradicional, que es por lo demás la que se desprende de la normativa internacional -*Convenio de Washington* de 1919 y posterior Convenio OIT núm. 103 de 1952, a cuya transposición al Derecho español se refiere expresamente la Exposición de Motivos de la ley-, cuyo incumplimiento había sido señalado reiteradamente por la doctrina¹¹⁸. Se trata de un permiso de estructura dual,

¹¹⁴ Desarrollada por el Reglamento de 13 de noviembre del mismo año.

¹¹⁵ Mientras tanto, en el Derecho comparado se había llegado a regular un periodo de descanso de hasta ocho semanas (cfr., Francia, Ley Engerand, de 27 de noviembre de 1909).

¹¹⁶ El descanso obligatorio podía ser también prenatal cuando así lo decidiera el facultativo de la Seguridad Social por razones médicas. Dicha prescripción tenía la virtualidad de convertir el descanso voluntario previo en obligatorio, eliminando de tal modo el descanso voluntario y dando lugar a un permiso no de duración máxima, sino de duración *única*.

¹¹⁷ En el ámbito de la función pública, el precepto de referencia es el art. 30.3 de la Ley 30/1984.

¹¹⁸ Así, CARRO IGELMO (*Curso de Derecho del Trabajo*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 455), MONTOYA MELGAR (*Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1.997), DIÉGUEZ CUERVO (*Lecciones de Derecho del Trabajo*,

en la que se distingue un periodo voluntario -de libre disposición por la madre- y un periodo obligatorio.

En segundo lugar, produce la ampliación de la duración en dos semanas más, hasta dieciséis (con la novedad de que éstas pueden prorrogarse hasta dieciocho si el parto es múltiple), con el objeto de “garantizar, de acuerdo con las directrices de la *Organización Mundial de la Salud*, la adecuada atención de la salud de la madre y la mejor relación de ésta con su hijo” (Exposición de Motivos, II).

En tercer lugar, la introducción de un segundo supuesto o situación protegida -la adopción de un menor de cinco años- impuso la distinción entre dos diversos permisos: por maternidad y por adopción, y en consecuencia, dos diferentes “duraciones” de la suspensión del contrato, pues el legislador entendió que la diferente entidad y caracteres de uno y otro supuesto justificaban la concesión de permisos de duración diferente. Es por ello que al hablar de duración del permiso deba distinguirse entre ambos supuestos: la maternidad y la adopción o el acogimiento previo (introducido por la Ley 8/1.992, de 30 de abril). Tales situaciones han sido finalmente equiparadas, por la Ley 13/1.996, de 30 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y del orden social*, a la maternidad natural a efectos de duración del descanso, al ampliar la de aquel que se dedica al cuidado de un menor de nueve meses hasta dieciséis semanas, manteniendo las seis ya tradicionales para los supuestos de adopción de mayores de nueve meses.

Resulta imprescindible efectuar en este breve recorrido histórico el examen de una cuestión cuya génesis y evolución en la historia legislativa del permiso resulta determinante para el adecuado entendimiento de su estructura actual, y que permite contestar las cuestiones que ésta suscita en la actualidad.

En efecto, la *terminología* empleada para designar los periodos de suspensión por maternidad -periodo voluntario y periodo obligatorio de descanso- procede de las normas que regulaban la prestación económica por maternidad en el régimen general de la Seguridad Social, con anterioridad a la promulgación del ET, principalmente el D. 3158/1966, por el que se aprobó el Reglamento General de Prestaciones.

Tales normas se ajustaban a lo dispuesto en los arts. 166 y 167 de la LCT de 1944, que distinguían entre *dos clases de descansos*: el obligatorio y el voluntario, dentro del cual quedaban comprendidos a su vez otros dos tipos de periodos, denominados por la doctrina (VIDA SORIA) “normal” y “excepcional”. Siendo el primero de ellos el equivalente al actual descanso voluntario, esto es, un periodo máximo distribuible a opción de la interesada, y el segundo un periodo “accidental” motivado

Civitas. Madrid) o ALONSO GARCÍA (*Curso de Derecho del Trabajo*, 1987, p. 570), quien llamaba la atención sobre la posibilidad de la trabajadora de distribuir la totalidad del periodo, “lo cual resulta, en verdad, extraño, y a que la finalidad de la norma obedecía a la necesidad de proteger, con carácter forzoso, una situación individual de la interesada, y, por otro lado... existe el Convenio de la OIT, ratificado por España...”

por error de diagnóstico médico en cuanto a la fecha del parto, que, ocurrido más tarde de lo previsto, ocasiona la prolongación de la suspensión del contrato.

Al ser el periodo “voluntario” dependiente de la voluntad de la trabajadora, el art. 52 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Enfermedad y posteriormente los arts. 129 del Texto articulado de la Ley de la Seguridad Social (D. 907/1966, de 21 de abril), 128 del Texto Refundido de 1.974 y 7 del D. 3158/1.966, preveían la posibilidad de que parte de él se consumiera como periodo obligatorio “extra”, con ocasión de enfermedad sobrevenida durante el periodo prenatal y cuyo origen fuera el propio embarazo. Tal posibilidad no estaba prevista en la LCT, pero sí en la normativa de Seguridad Social, que de este modo alteraba la regulación de la ley laboral, y así se admitía comúnmente.

Ahora bien, sustituida la LCT por la LRL, el art. 25.4 de ésta prevé un más amplio periodo de suspensión, al extenderlo hasta un máximo de catorce semanas, distinguiendo también entre periodo obligatorio (equivalente a ocho semanas de descanso puerperal) y periodo voluntario (correspondiente a las seis semanas previas al parto) distribuible a opción de la interesada.

La nueva regulación introducida por el ET de 8 de marzo de 1980 elimina tal distinción, mediante una fórmula sencilla, consistente en reconocer el derecho al descanso por un periodo de catorce semanas, distribuidas a opción de la interesada, suprimiendo tácitamente la discriminación entre ambos tipos de periodos y con ello pudiera interpretarse que la obligatoriedad del descanso post-natal¹¹⁹.

Tal interpretación no es, desde luego, acorde con la finalidad del precepto, ni con su interpretación histórica, ni siquiera con su génesis histórica, habida cuenta de su nacimiento como prohibición de emplear a la mujer en tales condiciones y como derecho indisponible por la mujer, que le impedía regresar al trabajo antes de recuperar totalmente su capacidad física, así como de las dificultades que representó para los legisladores de principios de siglo lograr que el descanso fuese respetado por patronos y obreras, a pesar de los estragos que tal ignorancia provocaba (altos índices de mortandad entre las parturientas y entre los lactantes...). Entender que se elimina la obligatoriedad de tal descanso significa despreciar los acontecimientos históricos que le dieron vida y, lo que es más grave, hacer abstracción de la finalidad perseguida por la norma, que debe reconducir la exégesis del precepto precisamente hacia la

¹¹⁹ Así lo afirmaba SÁNCHEZ-CERVERA (*Lecciones de Derecho del Trabajo*, Ed. Instituto de Empresa, Madrid, 1983, pág. 165): “implícitamente ha desaparecido en el ET el carácter obligatorio del descanso postnatal, ello unido a que parece concebirse tal situación como voluntaria para la trabajadora, que, por tanto, tiene opción no sólo para fijar el periodo de descanso, sino incluso para acogerse a la situación de suspensión tan sólo por el periodo que estime oportuno.” En el mismo sentido, VIDA SORIA (*Comentarios al Estatuto...*, pág. 52), para quien el Estatuto no habla de “periodos de descanso voluntario y obligatorio precisamente porque “lo que quiere es eliminarlos, dejando a la mujer la elección de la fecha de su descanso por maternidad”, aunque “jurídicamente es vano el intento, en virtud de lo dispuesto en el Convenio 103...”

interpretación contraria: la indisponibilidad del descanso en su totalidad, o lo que es lo mismo, la obligatoriedad de todo el periodo, y no sólo del periodo voluntario. Sin embargo, una interpretación más ajustada a la esencia teleológica del descanso por maternidad no ha de conducir a resultados tan rígidos: debe continuar distinguiéndose entre el periodo anterior al parto y el posterior a éste, pues, si bien ambos han de ser garantizados, la necesidad de disfrute de cada uno de ellos es diferente, dependiendo del tipo de trabajo desarrollado por la trabajadora grávida (que hará recomendable en mayor o menor medida el descanso anterior al parto)¹²⁰.

En cualquier caso, la supresión de la distinción legal entre ambos periodos - voluntario y obligatorio- por parte de la norma reguladora del descanso por maternidad, el ET, significaba la correlativa derogación de la regulación que en tal sentido se contenía en la normativa de la Seguridad Social, que, de cualquier modo, tendría efectos únicamente en materia de prestaciones (prestación por parto múltiple, abonable sólo durante el periodo "obligatorio").

Sin embargo, la modificación de la redacción del art. 48.4 ET por la Ley 3/89 devolvió su vigencia íntegra a la legislación referida, al llevar a cabo el mandato contenido en el Convenio OIT número 103, que impone a los Estados firmantes el establecimiento de un periodo obligatorio de descanso puerperal, de duración equivalente a seis semanas. Así lo introdujo la Ley 3/89 en el ET.

En la actualidad corresponde al ET la función de definir tales periodos, por cuanto configuran el supuesto suspensivo, en todos sus aspectos salvo en los "prestacionales". A él se remite el Texto Refundido de la LGSS de 1.994 en cuanto a situaciones protegidas y duración del descanso. Y, como quiera que aquél, desde su reforma por la referida ley 3/89, recoge la distinción entre ambos periodos, aunque omite toda denominación a los mismos, puede concluirse la procedencia de su mantenimiento en nuestro acervo lingüístico, en los términos expresados con anterioridad: es decir, según se deduce del texto del ET y no de las normas sobre Seguridad Social anteriores al T.R. de 1.994 (todas ellas de los años sesenta).

Por lo demás, debe entenderse derogado el art. 7 del D. 3158/1966, de 23 de diciembre (y 13 de la Orden por la que se desarrolla la prestación, de 13 de octubre de 1967), en el que se define el periodo de descanso voluntario como "aquel que, no prescrito como obligatorio por el Médico (...) disfrute la trabajadora por propia decisión durante un periodo de tiempo inmediatamente anterior a la fecha prevista por el Médico para el parto", pues dicho periodo puede ser anterior, pero también posterior al parto.

¹²⁰ En ocasiones el legislador define el carácter disponible o indisponible del derecho: es indisponible, por ejemplo, en el Derecho chileno (art. 195, tercer párrafo, del Código del Trabajo: "los derechos referidos en el inciso primero no podrán renunciarse").

7.2. Maternidad natural

Dispone el párrafo primero del art. 48.4 ET:

“en el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas. El periodo de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto...”

La duración prevista, de dieciséis semanas, supera con creces las previsiones del art. 3.2 del Convenio 103 OIT¹²¹, según el cual “la duración de este descanso será de doce semanas por lo menos”, objetivo ya alcanzado por el Decreto-Ley de 21 de agosto de 1.923 y la Recomendación OIT núm. 95, art. 1, así como el art. 8 de la Directiva del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1.992, en el que la duración mínima es la de catorce semanas ininterrumpidas, ya previstas en el art. 25.4 LRL. Por tanto, en este sentido nuestra legislación se ha adelantado a los mandatos internacionales, que, no debe olvidarse, son mínimos mejorables.

La duración ordinaria del periodo es, pues, de dieciséis semanas, tanto si el parto es “simple” (lo cual sucede cuando se produce el alumbramiento de un solo hijo) como si es “múltiple” (tiene lugar el nacimiento de varios hijos en el mismo parto). Sucede, sin embargo, que este periodo ordinario puede verse ampliado con ocasión de alumbramiento múltiple hasta dos semanas más de forma extraordinaria, dando lugar a una suspensión de dieciocho semanas, cuando la voluntad de la madre así lo decida: por tanto, en caso contrario su duración será la ordinaria de dieciséis semanas.

Por lo demás, debe puntualizarse que la referencia se efectúa al *parto*, por tanto debe entenderse que este periodo adicional motivado por el nacimiento de más de un hijo en un mismo parto ha de disfrutarse con posterioridad a éste. Así cabría desprenderlo también de la normativa de Seguridad Social, a la que históricamente se ha remitido el desarrollo de la regulación del descanso por maternidad. En tal sentido deben aplicarse los arts. 2.2 del D. 3158/1966, de 23 de Diciembre -Reglamento General de Prestaciones Económicas del Régimen General-, y 2.3 OM 1967, que reconocen el derecho a un subsidio *especial* por cada hijo a partir del segundo *durante el periodo de descanso obligatorio*, necesariamente *posterior al parto*, salvo que el facultativo prescriba un descanso obligatorio pre-natal¹²².

La conclusión a la que debe llegarse, sin embargo, ha de ser otra si se tiene en cuenta la posibilidad de conocer anticipadamente la existencia de la fecundación de más de un óvulo, mediante el uso de técnicas de exploración interior basadas en ondas

¹²¹ Adoptado por la Conferencia General el 28 de junio de 1952 y ratificado por España mediante instrumento de 20 de agosto de 1966 (BOE de 31 de agosto de 1966).

¹²² En contra, SÁNCHEZ RODAS: “La maternidad como contingencia específica frente a la incapacidad temporal”, en *La incapacidad temporal*, Tecnos, 1.996.

electromagnéticas -ecografías-. El pre-conocimiento de tal dato permite, pues, hacer uso del periodo de descanso adicional previsto en el art. 48.4 ET con anterioridad al parto, es decir, como descanso voluntario, que, por causa de “embarazo gemelar”, puede prolongarse hasta doce semanas en lugar de diez¹²³.

El art. 48.4 contempla la posibilidad de que el parto sea *múltiple*, para concederle una ampliación extra de la duración del periodo, pero de su lectura debe colegirse que no exige que todas las criaturas nazcan vivas, de igual modo que en caso de parto simple. Por tanto, la muerte en el parto del único hijo nacido en el parto simple o de uno de los nacidos en el parto múltiple, al no ser contemplada la situación expresamente en la ley, no invalidaría el nacimiento del permiso, que en consecuencia se prolongaría durante las dieciséis o dieciocho semanas respectivamente¹²⁴. Así se prevé en la única norma que incide sobre el tema, si bien se contiene en la legislación de Seguridad social. Se trata del art. 12.2 OM de 13 de octubre de 1967, según el cual “la muerte del hijo no relevaría a la madre de la obligación de descansar los días que falten para completar el periodo obligatorio”. De su redacción se deduce que el periodo obligatorio deberá respetarse en todo caso, con independencia de que el hijo nazca muerto o *fallezca durante el disfrute* del descanso obligatorio¹²⁵.

Pero cabe también concluir que la misma circunstancia no debe servir para extinguir o para impedir el nacimiento del permiso, si entendemos que sólo se *prohibe disponer* sobre el descanso obligatorio pero nada se prevé ni en éste ni en otro precepto sobre el descanso voluntario, y, no estableciéndose expresamente una norma de signo restrictivo de derechos, no puede interpretarse que el derecho se extingue.

No obstante, también cabría entender que lo que sucede es que no se da la circunstancia que motiva la concesión del permiso voluntario (el cuidado directo y la relación entre madre e hijo) y por tanto no debe ser concedido, pero, puesto que la ley no distingue entre dos clases de permisos sino entre *dos periodos diferentes* del mismo permiso, y, cabiendo el permiso también en caso de muerte del feto, debe admitirse también que el permiso se disfrute en su integridad. En cualquier caso, la circunstancia debiera funcionar para acortar la duración del permiso (reduciéndose al periodo obligatorio, para garantizar la salud de la madre), si no existe hijo al que atender y por tanto frustra la finalidad del precepto y así debería establecerse expresamente.

¹²³ STSJ de La Rioja, de 11 de mayo de 1.992 (A.S. 1.992, 2485). Ponente: Sr. Luis Loma-Osorio Faurie.

¹²⁴ El Derecho portugués sí prevé dicha circunstancia, estableciéndose que, de fallecer el hijo en el parto o en caso de fallecimiento posterior del hijo que nació vivo, la duración del descanso será de treinta días, lo cual equivale a decir que tal situación carece de trascendencia a efectos de reducir la duración del permiso, pues en todo caso es de treinta días posteriores al parto (que se suman a los sesenta anteriores a él para configurar un descanso de noventa días de duración).

¹²⁵ En el mismo sentido, JIMÉNEZ -ASENJO GÓMEZ: *Apuntes...*, p. 119, y GARCÍA NINET, J.I.: “La maternidad” , en AA.VV.: *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo blanch, 1997, p. 378.

Entrando en la estructura del permiso, el art. 48.4 ET distingue entre un periodo *obligatorio* y otro *voluntario*, siendo el primero de obligado cumplimiento para ambas partes del contrato: empresario y trabajadora que haya dado luz, con el fin de evitar riesgos para su salud, y el segundo sólo para una de ellas, el empresario, y de libre disposición para la beneficiaria. Ahora bien, tal libertad no es ilimitada, sino restringida, por razones estrictamente médicas, que funcionan en beneficio de la mujer, como garantía de su derecho, cuyo carácter indisponible evita la renuncia de derechos que pudieran perjudicar su salud y la de su hijo lactante. Y en virtud de ello se establece la indisponibilidad sobre una parte del periodo, el inmediatamente posterior al parto, que deberá disfrutarse en su integridad y cuya duración se fija en seis semanas (al que denominaremos “periodo obligatorio”, que actúa como periodo mínimo).

Cuando se alude a dos periodos netamente diferenciados, que basan su denominación en su carácter disponible o indisponible por voluntad de la trabajadora, nos resulta la siguiente estructura “secuencial” del permiso por maternidad, predicable sólo de éste y ausente en el descanso por adopción o por acogimiento:

- 1°. *Descanso voluntario pre-parto*: el que se disfruta con carácter previo al parto, a opción de la interesada, que puede intervenir también en la fijación de su duración.
- 2°. *Descanso obligatorio puerperal*: el que se disfruta de modo inmediatamente posterior al parto, y cuya duración figura estrictamente marcada por la ley, no pudiendo las partes -ni la madre ni el empresario- alterar sus elementos identificadores -su disfrute posterior y su duración-.
- 3°. *Descanso voluntario post-parto*: el que se disfruta con posterioridad al agotamiento del descanso obligatorio, dependiendo de la voluntad de la madre, que tiene la facultad de decidir tanto sobre su disfrute como sobre su duración, dentro de los límites legales.

Ésta es la estructura que propone la OIT en el Convenio 103 (art. 3), que remite a la legislación interna la fijación de la duración de cada uno de los periodos¹²⁶, pese a lo cual establece una duración mínima -la de seis semanas¹²⁷-, que es precisamente la que impone nuestro legislador, y la que se desprende del art. 8 de la Directiva 92/85/CEE, que prevé, en contra del Convenio OIT 103, un descanso obligatorio sensiblemente inferior a seis semanas (“el permiso de maternidad (...) debería incluir un permiso de

¹²⁶ Dispone el art. 3.2 que “una parte de este descanso será tomada obligatoriamente después del parto” y el 3.3 que “el resto del periodo total de descanso podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda.” Es justamente esta estructura la que reproduce el vigente art. 48.4 ET, no tan explícito a la hora de formular el derecho, limitándose a decir que el periodo será distribuido a opción de la interesada.

¹²⁷ “En ningún caso será inferior a seis semanas”, art. 3.3.

maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas”) y sorprendentemente contempla la posibilidad de que sea distribuible “antes y/o después del parto”.

Es decir, que prevé la posibilidad de que no exista descanso alguno tras el parto con carácter obligatorio, de optar los Estados miembros porque dicho periodo sea previo a este momento, reduciéndose, por tanto, las garantías del permiso postnatal y con ello de la salud de la trabajadora, a la que precisamente se orienta el precepto, pues no olvidemos que éste se incluye en la Directiva *relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia*.

El periodo obligatorio tiene duración *fija e invariable* (seis semanas), mientras que el voluntario es *variable*, puesto que su magnitud temporal depende de la voluntad de la madre, que podrá distribuir las diez semanas en las que consiste (o, en su caso, las semanas a las que ella decida reducirlo) en dos periodos -uno anterior al parto y otro posterior al descanso obligatorio- o disfrutarlas de forma ininterrumpida tanto con carácter previo al parto -pues ha desaparecido la limitación que regía en cuanto a su imposible disfrute con anterioridad a las seis semanas previas al parto (art. 1 OM de 13 de octubre de 1967)- como posterior al descanso obligatorio¹²⁸.

Ahora bien, el art. 12.1 OM 1967 nos obliga a cuestionarnos si la duración del descanso obligatorio no es también variable, ya que prevé una ampliación extraordinaria del mismo, por razones *patológicas*¹²⁹, hasta un máximo de seis semanas, si bien su disfrute se emplaza en el periodo previo al parto. No obstante, tratándose de una norma reglamentaria *anterior* a la promulgación del ET¹³⁰, y por supuesto a la Ley 3/89, se entiende derogada por estos textos, *de rango superior*, que prevén un solo periodo obligatorio, de seis semanas de duración: el posterior al parto. Así lo ratifica la STSJ de Madrid, de 25 de septiembre de 1.991: “dado el inferior rango jerárquico de las mentadas disposiciones al de la ley 3/89, habrán de entenderse dichos preceptos derogados en cuanto se opongan a lo establecido a las normas contenidas a la referida ley”¹³¹.

¹²⁸ STSJ de Madrid, de 16 de mayo de 1.990 (RTSJ 1.990, 1762).

¹²⁹ En él se establece que “se entenderá por descanso obligatorio la cesación absoluta por parte de la beneficiaria de todo trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, *así como el que, en su caso, prescribe el Médico que le preste asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y que podrá alcanzar como máximo hasta seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto.*”

¹³⁰ No obstante, una Circular del INSS posterior a éste, la 13/81, de 20 de febrero, confirmaba su aplicabilidad, disponiendo que dicho periodo habrá de atribuirse a incapacidad temporal, no a maternidad, al igual que lo hiciera posteriormente la Resolución de 1.991.

¹³¹ En contra, STSJ de Baleares, de 7 de mayo de 1.992 (A.S. 1.992, 2323) y las que allí se citan: “no cabe duda de que es obligatorio el descanso de tales seis semanas posteriores al parto y que también puede estimarse como tal el prescrito por el médico (...) que como máximo podrá alcanzar hasta diez semanas anteriores al parto, mientras se considera como voluntario el que la trabajadora disfrute por decisión propia”.

En consecuencia, el periodo de incapacidad temporal pre-natal no debe deducirse de la duración del descanso, que será disfrutado en su integridad (STSJ de Baleares, de 24 de abril de 1.990¹³²). Por el contrario, es posible la extensión del periodo puerperal con carácter forzoso, por interconexión de enfermedad sobrevenida de la beneficiaria, pero en este caso no hablamos ya de “descanso”, sino de incapacidad temporal¹³³, cuya conexión con la situación anterior -la de maternidad-, contemplada en el art. 12.3 de la Orden reguladora de la prestación por maternidad, produce una ampliación extraordinaria de la duración de la suspensión contractual. Sin embargo, no se trata de una ampliación, sino de una conexión de dos situaciones en el tiempo.

La LCT de 1944 -art. 167- la concebía, por el contrario, como parte integrante de un mismo proceso, el de gestación, aun cuando exigiera que fuera incapacitante para el trabajo, y le atribuía un periodo excepcional de veinte semanas de duración, que distinguía nítidamente del periodo ordinario, y que podía darse tanto antes del descanso prenatal -que se reservaba para su disfrute en las cuatro semanas previas al parto- como tras el descanso puerperal. Funcionaba, pues, en la práctica como establece la Resolución de 2 de septiembre de 1.991, de la Dirección General de Ordenación Jurídica de Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, con una diferencia sustancial: todo el periodo era de maternidad, y por tanto dominado por principios y filosofía distintos (entre ellos, la irrelevancia de la incapacidad para el trabajo, que puede existir o no, pues el elemento básico es la propia maternidad como alumbramiento de hijos, digna, por tanto, de protección especial). Ocurría, sin embargo, que se dejaba ese periodo sin cobertura protectora de la Seguridad Social. Por tanto, en la práctica el supuesto se convertía en incapacidad temporal, ante la inoperancia del precepto¹³⁴.

Debe precisarse que el art. 12.3 habla de “finalizado el descanso obligatorio”. Dada la nueva configuración del descanso en el ET, ha de sustituirse tal referencia por la de “finalizado el descanso puerperal”, con lo cual quedará comprendido todo el periodo y no sólo el obligatorio, que era el *único* en la fecha en la que se redactó el precepto. Así lo entiende parte de la doctrina¹³⁵ y lo establece la citada Resolución de

¹³² A.S. 1.990, 2578: “queda absolutamente claro que el periodo de descanso obligatorio o de parto no tiene por sí mismo valor ni para modificar o extinguir las causas de la situación anterior ni la posterior, sino que es una situación sui generis que se superpone a aquéllas y produce un efecto propio dentro del periodo en cuestión, y que una vez transcurrido dicho periodo recobran aquéllas su vigencia o producen efecto las que hayan surgido en el citado periodo.”

¹³³ Periodo que “ni se confunde ni se compensa con los permisos específicos” por maternidad (VIDA SORIA: “La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo”, *Tribuna Social*, núm. 44-45).

¹³⁴ Vid. al respecto la introducciónl, epígrafe 9.1, sobre conexión de ambas situaciones.

¹³⁵ ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA: *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, 1.991, quienes sostienen su derogación tanto en lo que se refiere a la limitación del derecho por prescripción facultativa como al límite de la duración del descanso voluntario, hoy de diez semanas. A favor de

1.991, cuya instrucción primera, regla primera, establece que “los procesos de incapacidad laboral transitoria iniciados antes del parto y sin que la interesada hubiera optado por el descanso maternal, se mantendrán en sus propios términos hasta el momento del parto, *dejando siempre a salvo la posibilidad de opción de la interesada por dicho descanso.*” La norma, como puede verse, no deja lugar a dudas: debe reservarse en todo caso el derecho de opción de la trabajadora¹³⁶.

En todo caso, el carácter patológico de la circunstancia que motiva la prescripción de la baja médica por el facultativo de la Seguridad Social debe hacernos reconducir el supuesto a causa suspensiva diferente: la incapacidad temporal, contemplada en el art. 45.1 c). En este sentido, STSJ de Madrid, de 16 de mayo de 1.990, Asturias, de 11 de marzo de 1.991, Castilla-La Mancha, de 6 de mayo de 1.992 y La Rioja, de 11 de mayo de 1.992. O la STSJ de Andalucía/Granada, de 12 de julio de 1.993¹³⁷, que pone el acento en la inexistente voluntad de la trabajadora, que impide considerar el periodo como descanso voluntario: no siendo obligatorio, porque no se prevé así en el 48.4, ni voluntario, porque no existe voluntad de la trabajadora, el descanso pre-natal prescrito por el Médico precisamente por razones patológicas (por las que se aconseja cesar en el trabajo) reúne todas las características que definen a la incapacidad temporal y como tal ha de considerarse.

La única limitación a la libertad de la beneficiaria se refiere a la forma de disfrute del periodo total de descanso, que habrá de ser de *modo ininterrumpido* en su totalidad, sin perjuicio de que el periodo voluntario sea distribuible¹³⁸. Lo que no cabe es alternar periodos de descanso con periodos de trabajo: deberá esperarse hasta el agotamiento del periodo, sea éste mayor o menor, para la reincorporación al trabajo. Ello implica además que no pueda combinarse otra circunstancia suspensiva con la contemplada por el art. 45.1 d). Siendo su disfrute ininterrumpido, si sobreviene una eventualidad motivadora de una incapacidad temporal -una enfermedad, producto o no de la maternidad, pero intercurrente con ésta-, se suspenderán sus efectos hasta que se agote el periodo de descanso, entrando en este momento a desplegar toda su eficacia. Así se deduce del art. 12.3 OM 1967 y se aclara en la Resolución de 2 de septiembre de 1.991, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social (“2º. Durante el descanso por maternidad no procederá el reconocimiento de cualquier otra situación de incapacidad laboral

la vigencia de la norma, ALONSO OLEA (*Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 1.995) y BLASCO LAHOZ (*Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 1.995).

¹³⁶ Entre la jurisprudencia, existe alguna resolución aislada en contra, defensora de la vigencia de la norma en cuestión: STSJ de Galicia/La Coruña, de 5 de enero de 1.994, que imputa la totalidad del periodo prenatal prescrito por enfermedad intercurrente a maternidad y por tanto considera agotada la duración del descanso voluntario, negando en consecuencia el derecho a su disfrute tras el parto.

¹³⁷ A.S. 1.990, 1762; 1.991, 2175; 1.992, 2346 y 2485; y 1.993, 3255, respectivamente.

¹³⁸ STSJ de La Rioja, de 11 de mayo de 1.992 (A.S. 1.992, 2485).

transitoria. Agotado dicho periodo (...), se iniciará la nueva situación de incapacidad laboral transitoria que corresponda.”).

Del mandato de disfrute ininterrumpido se derivan otras consecuencias. El periodo voluntario puede alterar su duración cuando *el parto se produce en fecha diferente de la señalada en el parte médico de pronóstico de parto*, es decir, tiene lugar bien antes bien después de dicha fecha.

Ningún problema se plantea respecto del periodo de descanso obligatorio, pero sí puede tener incidencia en el régimen de la suspensión y de la prestación cuando la beneficiaria haya optado por disfrutar del descanso voluntario con anterioridad al parto. De tal modo que, agotado el periodo máximo del descanso pre-natal, el parto no se produzca, no pudiendo tampoco comenzar el cómputo del periodo obligatorio, ya que éste se liga necesariamente al parto: es el momento del parto el punto de inflexión del cómputo de tal periodo (art. 14 OM 1967).

La cuestión se regula expresamente en el art. 14.2 de la OM de 1967, en el que se establece que las seis semanas de descanso obligatorio posterior al parto -y con ello el subsidio- serán disfrutadas *en todo caso* en su totalidad, “aunque el parto sobrevenga después de la fecha prevista por el médico”. En el mismo sentido se pronuncia el art. 3.4 del Convenio de la OIT núm. 103, sobre protección de la maternidad¹³⁹. De tal modo que se entenderá automáticamente prorrogado o prolongada su duración hasta que se produzca efectivamente el parto.

No podría ser de otro modo, aunque no se contemplara expresamente por la Orden referida, si consideramos la obligatoriedad del descanso puerperal, tanto en su disfrute como en su duración, sobre la que no se admite pacto alguno, como la imposibilidad de interrumpir el transcurso del periodo con fases intercaladas de trabajo. Es más, ello, además de no ajustarse a la ley y precisamente por ello, carecería de sentido lógico. Así lo ha entendido la jurisprudencia: SSTSJ de Andalucía, de 17 de mayo de 1.990 y de 12 de julio de 1.993¹⁴⁰.

Ahora bien, cuando la beneficiaria no hubiera hecho uso del descanso voluntario prenatal en su totalidad, sino sólo de parte de él, reservando el resto para su disfrute tras el descanso obligatorio puerperal, ¿cabe la reducción del descanso voluntario puerperal? O, dicho de otro modo, ¿debe el error médico perjudicar el interés de la interesada, que había dispuesto ya de parte del permiso, reservándolo para más tarde, privándole del mismo? Aunque la jurisprudencia sólo se haya pronunciado sobre la

¹³⁹ Según la cual “cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado anteriormente será siempre prolongado hasta la fecha verdadera del parto y la duración del descanso puerperal obligatorio no deberá ser reducida”. Así lo aclara también, en materia de prestaciones, la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social, de 27 de enero de 1968, de acuerdo con la cual el hecho de que el parto se produzca con posterioridad a la fecha prevista por el facultativo no exime del pago de la totalidad del periodo de descanso al INSS.

¹⁴⁰ A.S. 1.990, 2727 y 1.993, 3255.

ampliación del descanso prenatal por error en la fecha del parto, resulta deducible que los pronunciamientos al respecto entienden implícita la conservación de la totalidad del periodo, y por ello reconocen la procedencia de la suspensión anterior por causa ajena a la trabajadora¹⁴¹. Más explícita es la legislación comparada, en la que, en la práctica totalidad de los casos, se prevé expresamente el mantenimiento íntegro del derecho por tal circunstancia, como ya se ha tenido ocasión de comprobar¹⁴².

En cuanto al sujeto que deba disfrutar de tales periodos, es un tema que será analizado en el epígrafe correspondiente a la titularidad del derecho. No obstante, debe tratarse aquí un aspecto que, derivado de la titularidad del derecho, pudiera afectar a la duración del permiso (en sí mismo considerado, no respecto a qué parte del mismo pueda ser disfrutada por cada uno de sus titulares). Se trata del supuesto contemplado por el último inciso del primer párrafo del 48.4: *que el permiso lo disfrute el padre por fallecimiento de la madre*. De aquí surgen varias cuestiones a las que trataremos de dar respuesta:

- El precepto habla simplemente de “fallecimiento de la madre”, pero no de que éste deba haberse producido necesariamente en el parto. Por consiguiente, es posible que se produzca en dos momentos diferentes: tanto en el momento del parto como en un momento posterior, ya *en el disfrute* del derecho¹⁴³. En uno y otro caso, el padre *debería sustituir* a la madre en el disfrute del derecho por el tiempo completo -en caso de que la muerte acontezca en el parto- o el tiempo restante en caso contrario. No es ésta, sin embargo, la solución que brinda la ley.
- El reconocimiento del derecho del padre como sustituto de la madre fallecida se efectúa inmediatamente después de haber establecido la obligatoriedad de las seis semanas posteriores al parto, a las que se refiere el derecho del padre, ya que se dice “pudiendo hacer uso de *ésta*s el padre...” (las seis semanas), en lugar de “pudiendo hacer uso de *aquél*...” (el periodo de suspensión). Parece, pues, que el

¹⁴¹ Tampoco la doctrina se ha pronunciado al respecto. Tan sólo hemos detectado una opinión: la de GORELLI HERNÁNDEZ (“El contenido de las prestaciones por maternidad”, *La Incapacidad Temporal*, Tecnos, 1.996), quien apuesta por el disfrute íntegro del descanso en los términos previamente fijados por la trabajadora. En todo caso, puede acudirse a la interpretación histórica, tomando como referencia el art. 167.2 LCT 1944, en el que se establecía que “dicha obligación del patrono (de reserva de puesto) persistirá hasta un plazo máximo de veinte semanas, en el caso de que la mujer abandone su trabajo o permanezca ausente de él durante períodos más largos que los señalados en el artículo precedente, con motivo de una enfermedad que, según certificado médico, sea consecuencia del embarazo o del parto y la incapacite para trabajar...”

¹⁴² Vid. sobre el tema supra, Derecho comparado.

¹⁴³ En contra, GORELLI HERNÁNDEZ (op.cit.), que apuesta por la concesión del permiso en caso de que la muerte se produzca durante las seis semanas de descanso obligatorio. En el Derecho comparado puede hallarse en la mayor parte de los casos una redacción más cuidadosa del precepto, aludiendo al fallecimiento tanto en el parto como en momento posterior: cfr., Código del Trabajo chileno, art. 195: “si la madre muriera en el parto o durante el periodo del permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo, corresponderá al padre...”

ET restringe la duración del derecho cuando sea el padre el que lo disfrute en su totalidad¹⁴⁴. Con lo cual parece estar considerándose que la debida atención primera y primer contacto con el bebé recién nacido puede prestarse en ese periodo, cuando al mismo se le destina el periodo voluntario, *de mayor duración*, reservándose el obligatorio también para la adecuada recuperación de la salud de la madre. Y cuando, además, no existen tantas restricciones si del derecho de la madre se trata, permitiéndosele disfrutar de un amplio descanso voluntario, en el que no hay indicio alguno de incapacidad para el trabajo. En resumidas cuentas, quiere decirse que las circunstancias son las mismas para los dos (si se exceptúa la posible lactancia natural que lleva a cabo la madre, para cuya realización existe derecho específico: el que regula el art. 37.4) y, sin embargo, el derecho de uno es injustamente menor que el del otro.

- En cuanto al momento oportuno para realizar dicha opción en favor del padre, será el mismo momento en el que se inicie el descanso, es decir, el instante en el que se comunica el uso del derecho por parte de la madre, ésta deberá comunicar asimismo que no disfrutará de todo el periodo, porque va a ceder parte del mismo al padre, sin perjuicio de que, en el ámbito de la Seguridad Social, el régimen sea otro¹⁴⁵.

En cuanto a la comunicación del padre, objeto de la cesión, a su respectivo empresario, debe inferirse, puesto que la fecha determinante es la del parto, que éste será el tiempo idóneo para la comunicación del próximo descanso, lo cual no impide instar la suspensión del contrato inmediatamente antes de su inicio, a través de la presentación del parte del parto o, en su caso, de la certificación del Registro civil.

El descanso obligatorio por fallecimiento de la madre se rige por las mismas reglas que la propia suspensión del contrato de ésta, habida cuenta de que el descanso ya se habrá iniciado, pues el parto se ha producido: en este momento será comunicado, a través de los correspondientes parte médico de parto y certificación de defunción, el inicio del descanso obligatorio de seis semanas por el padre.

- No se prevé, aunque sería lo más adecuado, la ampliación del -único- periodo de descanso en el supuesto de parto múltiple hasta dos semanas más, para facilitar la apropiada atención de los recién nacidos por la única persona que puede hacerlo, habida cuenta del fallecimiento de la otra. Dicha circunstancia cualificada (la no

¹⁴⁴ Al respecto señala GARCÍA NINET que "la norma es clara en el sentido de sólo permitir el disfrute de las seis semanas en caso del fallecimiento de la madre y supervivencia del hijo, y ello aun cuando la madre no hubiera disfrutado de las otras 10 semanas" (García Ninet, J.I.: "La maternidad", en *Derecho de la Seguridad Social...*, op.cit., p. 379).

¹⁴⁵ Según GARCÍA NINET, "debe hacerse antes del inicio del descanso, o sea que cuando solicite la prestación de maternidad ya deberá formalizar por escrito esa opción en favor del padre" (GARCÍA NINET, J.I.: *Derecho de la Seguridad Social...*, op.cit., p. 379).

existencia de dos personas que puedan turnarse para atender al menor, supuesto más habitual¹⁴⁶) debería fundar, *de lege ferenda*, un nuevo supuesto de ampliación de la duración del descanso, tanto en el parto simple como en el múltiple, aunque con mayores motivos en este último caso¹⁴⁷, en la misma línea del sistema italiano, que prevé la posibilidad de que el padre disfrute de un periodo adicional de seis meses cuando éste sea el único responsable del hijo.

7.3. Adopción y acogimiento

La duración del descanso en caso de adopción y de acogimiento de un menor de cinco años se regula en el tercer párrafo del art. 48.4 ET (modificado por la Ley 13/1.996, de 30 de diciembre, MFAOS):

“En el supuesto de adopción, si el hijo adoptado es menor de nueve meses, la suspensión tendrá una duración máxima de dieciséis semanas contadas a la elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Si el hijo adoptado es mayor de nueve meses y menor de cinco años, la suspensión tendrá una duración máxima de seis semanas.”

Lo primero que debe comentarse en el terreno de la duración del descanso es la diferencia entre la configuración del derecho en caso de maternidad natural y en caso de adopción o acogimiento familiar, notoriamente más reducida en el segundo supuesto, dada la ausencia de una de las finalidades perseguidas por la ley: la recuperación de la salud física de la madre¹⁴⁸, a la que se ha de reservar, en virtud del Convenio OIT 103, un periodo mínimo de seis semanas (o, lo que es lo mismo, el periodo obligatorio).

En todo caso, la desigualdad entre ambos supuestos no se justifica, por cuanto el periodo voluntario continúa siendo más amplio que el dedicado a la adopción o el acogimiento. De ahí que la *Ley de Medidas fiscales, administrativas y del orden social* para 1997 (Ley 13/1.996) en su art. 72 haya previsto la equiparación de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad en los casos de adopción a los de filiación

¹⁴⁶ Dicho “olvido” alcanza también a otra situación: la de la existencia de un solo progenitor *ab initio*, es decir, el caso de la madre soltera.

¹⁴⁷ Llama la atención el hecho de que la reforma de 1989, que dice dirigirse a la división de las responsabilidades familiares entre ambos progenitores, olvidara dicha circunstancia para ampliar el ámbito temporal del derecho cuando no sea posible compartir tales tareas.

¹⁴⁸ Dicho dato es el que también permite eliminar la posible concurrencia de la situación suspensiva con la incapacidad temporal derivada o concurrente con el embarazo, que no existe en este caso. Deja subsistente, por otro lado, la posible concurrencia entre ambas situaciones, por existir una incapacidad temporal común simultáneamente al disfrute del permiso, así como cualquier otra causa suspensiva.

biológica¹⁴⁹, ampliando la duración del descanso desde ocho hasta dieciséis semanas cuando el menor adoptado es un lactante (su edad es inferior a nueve meses).

El inicio del cómputo del descanso se liga a la constitución de la adopción o a la declaración de acogimiento. El ET no parece tener en cuenta la posibilidad de adoptar a un menor extranjero, en la que resulta de aplicación la ley del país de origen del mismo y, en la que la declaración de adopción se realiza por el organismo competente en dicho país, que no tendrá efectos en España hasta ser registrada en el Registro Civil del Consulado correspondiente o, en todo caso, en el Registro Civil Central al llegar a territorio español. La constitución de la adopción no se tendrá por realizada hasta dicha fecha y, por tanto, es a partir de este momento cuando debe comenzarse el disfrute del derecho al descanso.

El legislador hace depender la duración del descanso de la edad del menor adoptado o acogido, fijando la frontera de separación en la de nueve meses:

- Si el menor tiene una edad comprendida entre un día y nueve meses (todavía no cumplidos), la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas.
- Si el menor tiene una edad superior a los nueve meses (cumplidos), pero inferior a los cinco años máximos para la concesión del derecho, su duración será de seis semanas, por tanto coincidente con el descanso obligatorio, y menor que en el caso anterior, porque en este supuesto se entiende superada la fase de lactancia, y, por tanto, “descontable” del periodo necesario para atender a los primeros cuidados del recién nacido. No siendo ya recién nacido, el bebé no necesita tantos cuidados y, en consecuencia, puede reducirse la duración de la suspensión.

Por lo demás, deben reiterarse aquí las consideraciones realizadas en torno al momento en el que debe entenderse alcanzada la edad: el tiempo en el que se constituye la adopción o el acogimiento, es decir, la fecha en la que se dicte la resolución judicial o administrativa correspondiente. El disfrute será en todo caso, y por lógica, posterior y nunca anterior a la adopción o al acogimiento.

En caso de adopción o acogimiento, no se distingue entre periodo voluntario y obligatorio (no existe riesgo para la salud de la madre); se habla por el contrario de un *único periodo máximo*, susceptible de disfrute por cualquiera de los adoptantes cuando éstos sean pareja.

Como tampoco se establece que su disfrute debe ser ininterrumpido, como se prevé para la maternidad, lo cual no debe hacernos concluir que quepa su disfrute “interrumpido”. A menos que traslademos la cuestión al terreno del ejercicio del derecho, en cuyo caso la redacción del precepto abriría la puerta al disfrute

¹⁴⁹ La misma reforma experimenta el art. 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

compartido del derecho, es decir, al reparto del tiempo total entre los adoptantes¹⁵⁰, que de tal modo podrían hacer uso de su derecho de manera alterna en el tiempo, pues la norma prohíbe su disfrute simultáneo, es decir, la acumulación de ambos derechos y por consiguiente de dos prestaciones¹⁵¹. Por último, tampoco se dispone que la duración del periodo sea fija, sino *máxima* (“la suspensión tendrá una duración máxima...”): a partir del tope máximo (seis u ocho semanas) los titulares podrán configurarlo a su voluntad, reduciéndolo o utilizándolo en su totalidad.

La duración no experimenta en ninguno de los dos casos ampliación ni reducción alguna por circunstancias “extraordinarias”, como la minusvalía física o psíquica del niño, o la adopción múltiple¹⁵².

De tal modo que una circunstancia que ocasiona la ampliación del descanso en caso de maternidad natural -el parto múltiple- no tiene virtualidad alguna para alterar su duración en caso de adopción o acogimiento. Es así que, siendo uno o varios los menores adoptados o acogidos, y siendo en consecuencia mayor la dedicación que haya de prestarse no sólo diariamente sino a lo largo del tiempo a los menores adoptados, la duración del permiso será *la misma*, si la adopción múltiple se ha producido de forma simultánea, en virtud del cómputo de la suspensión, que se inicia con la resolución judicial o administrativa, y de la indisponibilidad que sobre el mismo tiene el beneficiario.

Por el contrario, si las ulteriores adopciones tienen lugar con posterioridad, se iniciará de nuevo el cómputo, pues cada adopción o acogimiento da lugar a nuevo permiso. Si la misma tiene lugar durante el disfrute del anterior descanso (posibilidad muy improbable), y de ser el mismo trabajador el que haga uso de su derecho (pues cabe que el primero continúe en el disfrute del suyo hasta agotarlo, pasando a suspender su contrato el otro por la segunda adopción), uno y otro periodo se solaparían. De tal modo, que el segundo absorbería al primero, que se entendería extinguido por el inicio del segundo.

En todo caso resultará en la práctica una ampliación del descanso, pero no tan extensa como si se hubieran producido en dos momentos alejados en el tiempo. De ahí

¹⁵⁰ En contra, SAGARDOY BENGOCHEA et al.: *Prontuario de Derecho del Trabajo*, 1.995. El Code du travail francés sí prevé expresamente dicha posibilidad, estableciendo que no podrá distribuirse en más de dos partes, lo cual significa que el disfrute de cada una de las partes deberá ser ininterrumpido (art. L. 122-26).

¹⁵¹ La única situación en la que es posible la acumulación del derecho en dos personas diferentes es el disfrute del derecho por el progenitor natural y con posterioridad por el adoptante del mismo niño.

¹⁵² Pueden observarse soluciones más coherentes en el Derecho comparado: tal es el caso del Derecho francés, cuyo art. L. 122-26 del *code du travail* amplía el periodo de descanso si la adopción es múltiple (desde las diez semanas ordinarias hasta veintidós). Se tiene en cuenta, asimismo, la existencia de más hijos en el hogar familiar (tres o más con el adoptado), para incrementar el periodo ordinario de diez semanas hasta dieciocho.

que lo más ventajoso para los adoptantes -si es que se trata de una adopción en pareja- es hacer uso ambos de su derecho de forma simultánea, pues la prohibición que establece el tercer párrafo del art. 48.4 ET de disfrute simultáneo (“en el caso de que el padre y la madre trabajen...”) se refiere a la posibilidad de hacer uso del *mismo* derecho, el que nace de la adopción de un mismo hijo, que da lugar al nacimiento de un solo derecho de titularidad compartida (entre cada uno de los dos adoptantes de la pareja) y de ejercicio único por uno de los titulares (ya que el art. 48.4 declara su incompatibilidad). Por el contrario, en este caso se trata de *dos diferentes derechos*, porque de dos menores se trata también, que coinciden en el tiempo. De todos modos, el supuesto es, a todas luces, poco probable en la práctica.

El inicio del cómputo de la duración del permiso, según el tercer párrafo del art. 48.4, será coincidente con la decisión administrativa o judicial de acogimiento o con la resolución judicial de constitución de la adopción, correspondiendo al beneficiario la facultad de decidir cuál de ambas fechas iniciará el cómputo¹⁵³.

7.4. Duración y renuncia del derecho.

La estructura del permiso en dos periodos, obligatorio el uno y voluntario el otro, suscita la duda sobre si dicha voluntariedad alcanza sólo a su distribución temporal a efectos de disfrute o si, eliminada -en virtud de la Ley 3/1989- del texto del precepto la palabra "máxima", con la que se acotaba la duración del descanso, se puede seguir entendiendo que la voluntariedad alcanza también a la duración de aquél, pudiendo acortarse a un periodo inferior a dieciséis semanas pero superior a las seis semanas de descanso voluntario, a elección de la trabajadora¹⁵⁴.

La cuestión debatida es, por tanto, si cabe mantener la distinción entre periodo voluntario y periodo obligatorio en materia de duración del descanso y si, en consecuencia, es posible la renuncia a parte del periodo voluntario o, si por el contrario, debe considerarse irrenunciable todo el periodo o, dicho en otras palabras, si el derecho es o no indisponible por el beneficiario.

Para responder a tal pregunta deben separarse ambos tipos de maternidad: la biológica y la adoptiva, pues en un caso la referencia a la duración "máxima" ha quedado suprimida, lo que no puede predicarse de la maternidad adoptiva, en cuyo caso se sigue manteniendo que "la suspensión tendrá una duración máxima de dieciséis

¹⁵³ En opinión de SAGARDOY BENGOCHEA et. al. (op.cit.), “dada la presunta finalidad del permiso (el disfrute a partir de la decisión de acogimiento) debería ser lo más normal.”

¹⁵⁴ La STSJ de Madrid, de 1 de julio de 1997 (AS 1997, 2612) sostiene que todo el periodo de descanso es obligatorio, incluso las dos semanas adicionales por parto múltiple, si bien lo entiende referido a la situación habilitante para beneficiarse del subsidio por parto múltiple, no haciendo más consideraciones al respecto.

semanas...". Por tanto se configura como periodo *máximo*, sin que al tiempo nada se prevea sobre su posible reducción por voluntad del trabajador.

La interpretación sistemática de ambos apartados puede decantar la norma hacia una clara conclusión: si se ha eliminado el adjetivo "máxima" de la regulación del parto, pero se ha mantenido para la adopción, ello quiere decir que la intención es hacer irrenunciable todo el periodo de descanso en caso de maternidad biológica y mantener la renunciabilidad del derecho cuando la maternidad sea adoptiva. Es decir, no existiendo distinción entre periodo obligatorio o voluntario en caso de maternidad adoptiva, puede inferirse que todo el periodo es *voluntario*, y, por tanto, el titular del derecho decidirá si lo ejerce o no¹⁵⁵. Sin embargo, tal distinción crea un agravio comparativo para el hijo adoptado, al permitir que el periodo de descanso no sólo se reduzca en su duración sino que pueda ser objeto de renuncia, al no efectuarse distinción entre periodos voluntario y obligatorio.

El precepto parece apuntar a la indisponibilidad del derecho, según se deduce del carácter taxativo de su redacción (la suspensión *tendrá* una duración...). Sin embargo, la respuesta más coherente es aquella que permite configurar el derecho tanto si la maternidad es biológica como si es adoptiva. Es decir, la obligación del empresario de respetar todo el periodo, frente a la posibilidad del trabajador de hacer uso parcial del derecho, acortando su duración total, en virtud de su facultad de configurar su derecho como estime conveniente. En favor de tal interpretación se manifiestan algunos tribunales de suplicación (v.gr., STSJ de La Rioja, de 11 de mayo de 1.992¹⁵⁶).

Ahora bien, atendiendo a la naturaleza del bien que se protege en ambos casos, ¿debe atribuirse carácter irrenunciable a este derecho para evitar su renuncia por el trabajador en su perjuicio y en el del menor? La debida protección que merecen los intereses de éste debieran forzar una respuesta afirmativa a tal pregunta y, en consecuencia, apartar la aplicación del principio de que *quien puede lo más puede lo menos* para apoyar la tesis sobre el carácter renunciabile del derecho, de la que se infiere que puede también disfrutarse de sólo una parte del periodo, apostando, pues, por su carácter irrenunciable si ello perjudica los intereses del menor¹⁵⁷ (deberá atenderse, por tanto, a las circunstancias del caso).

¹⁵⁵ Lo que no cabe es la intervención de terceros: ni del empresario ni, por supuesto, del facultativo, que en nada interviene en esta situación.

¹⁵⁶ A.S. 1.992, 2485.

¹⁵⁷ En tal sentido, GORELLI HERNÁNDEZ (op.cit., p. 59), que esgrime como argumento en favor de la irrenunciabilidad la mejora de la protección de la maternidad operada, en el ámbito de la Seguridad Social, por la Ley 42/1.994 (incremento de la cuantía de la prestación hasta el cien por cien de la base reguladora), cuya finalidad es, a juicio del autor, compensar la pérdida de renta que se produce de forma involuntaria por parte de la trabajadora, al ser irrenunciable su derecho al descanso de dieciséis semanas.

En cualquier caso, puede utilizarse como elemento de interpretación la alusión que realiza el primer párrafo, in fine, del art. 48.4 al disfrute del descanso puerperal obligatorio de seis semanas por parte del padre en caso de fallecimiento de la madre. Si se entiende que es ésta la duración total del descanso al que tendrá derecho el padre, y no al periodo total de dieciséis semanas, deberá concluirse que el periodo restante, hasta agotar las dieciséis semanas totales, tiene carácter facultativo, porque, en caso contrario, debería ser disfrutado por el padre cuando no exista la madre titular originaria del derecho, habida cuenta de que el bien jurídico protegido es el mismo (el bienestar del menor).

En cuanto a la posible indisponibilidad del derecho al descanso por parte del padre cuando aquél haya sido cedido por la madre, en caso de maternidad biológica, es decir, las cuatro semanas finales del periodo, así como el derecho que se deriva del fallecimiento de la madre al disfrute de las seis semanas de descanso obligatorio, nada dice el precepto sobre su reductibilidad. Atendiendo a la finalidad del descanso, la conclusión debe seguir siempre al derecho de la madre, participando de su naturaleza.

En cualquier caso, lo que no parece ser contradictorio con el espíritu de la ley es la renuncia del derecho por ejercicio de otro derecho, que, habitualmente, se conectará con la suspensión regulada en el art. 48.4, pero no en su sustitución: el ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de hijos. Ahora bien, que no sea habitual no quiere decir que no quepa tal proceder, siempre que el derecho sea ejercido por la madre, al no suponer para ella ningún perjuicio en su salud, cuyo restablecimiento se garantiza de igual manera, con independencia del título jurídico que legitime su derecho al reposo del trabajo. No resultan igualmente tutelados sus derechos desde el ámbito de la Seguridad Social, pues tal renuncia significa que, de tener derecho a la prestación correspondiente, se perderá el derecho a la prestación. En tal supuesto deberá juzgarse, para admitir la tesis propuesta, si el derecho que regula la legislación de Seguridad Social es renunciable. Por consiguiente, se remite su análisis al capítulo correspondiente. Un último obstáculo podría invalidar el argumento esgrimido: el respeto a los derechos del otro progenitor: sin embargo, éstos no resultan eludidos si se tiene en cuenta que la designación del titular que hará uso del derecho a la excedencia es una decisión que corresponde realizar a ambos de común acuerdo.

Todo lo cual plantea una nueva cuestión: ¿es posible ejercer el derecho al permiso maternal con anterioridad al parto y conectar el nacimiento del hijo con un nuevo derecho a excedencia? Puesto que la ley no lo prohíbe, pues lo único que establece es que deberá disfrutarse, obligatoriamente, de un descanso puerperal para garantizar la recuperación de la salud de la madre (permitiendo que el padre, salvo riesgo para la salud de la madre, disfrute de hasta cuatro semanas del periodo) y tal finalidad queda sobradamente cumplida ejerciendo *otro tipo de derecho a la suspensión* del contrato, debe acudir al principio de buena fe para resolver el conflicto jurídico planteado. Podría argumentarse que tal actuación es a todas luces rechazable por ser constitutiva de una maniobra fraudulenta para beneficiarse de la prestación de la Seguridad Social correspondiente a todo el periodo de descanso por

maternidad (a cuya integridad, no debe olvidarse, se tendría derecho en todo caso, aunque no se realizase tal maniobra), y también de un periodo completo de tres años de excedencia, del que no podría deducirse ni un solo día de permiso por maternidad. Ahora bien, y considerando que sólo razones extralegales podrían dar una respuesta adecuada, ¿es ello realmente censurable jurídicamente? La respuesta es negativa, considerando, además, la posibilidad *de lege ferenda* prevista por la mayor parte de la doctrina, de que el inicio del cómputo de los tres años se inicie a partir del agotamiento del permiso por maternidad, a semejanza de ciertos ordenamientos jurídicos europeos.

8. Régimen de ejercicio del derecho

8.1. La patria potestad: su incidencia sobre la titularidad y ejercicio del derecho.

La puesta en relación de los conceptos de “patria potestad” y “responsabilidades familiares” en el ámbito de los derechos laborales obedece a la necesidad de tratar una circunstancia que constituye presupuesto de hecho del reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico-laboral de ciertos derechos, o en su caso de su ejercicio, en favor del trabajador con responsabilidades familiares. En suma, se trata de abordar el análisis de la capacidad para ejercer la patria potestad, exigible a cualquiera de los padres en el momento de asumir responsabilidades familiares, que, en principio, debe imposibilitar el ejercicio de los citados derechos, por ser la finalidad de éstos el ejercicio de las responsabilidades familiares, derivadas de la condición de padre o de madre, a las que va unida la atribución por la ley civil de patria potestad, o capacidad para asumirlas.

Por ello se ha optado por tratar el tema con relación al derecho que inspira el presente trabajo: la suspensión del contrato de trabajo por razón de maternidad: concretamente, a la posibilidad de disfrutar de un permiso de maternidad o de una excedencia por cuidado de hijos por aquellas personas que han sido privadas judicialmente de la patria potestad según las normas del Código civil, en relación con el Código penal.

Al efecto, es preciso abordar separadamente los efectos que sobre la titularidad y ejercicio de la patria potestad pueden derivarse directamente del Código penal, por razón de la punibilidad de la conducta de los progenitores con relación a sus hijos, y, por otro lado, los efectos puramente civiles, o normas que, relacionándose con el ejercicio de la patria potestad, no resultan afectadas por la normativa penal:

1. En cuanto al primero de los temas a tratar -los efectos sobre la patria potestad derivados del *Código penal*-, establece el art. 111 C.c., sobre la *exclusión de la patria potestad*, que no habrá lugar al ejercicio de la misma en el caso de que las relaciones a que obedezca la generación, siendo tipificadas en los arts. 179, 182 y 183 del Código penal como delito de agresión o abuso sexual, hayan dado lugar a condena por sentencia penal firme. Ello significa que, obviamente, no tendrá lugar

el reconocimiento de la titularidad paterna del derecho, al ser delictivo el acto que podría haber causado su nacimiento y cuya eficacia ha quedado paralizada por la existencia de una condena por sentencia penal firme. Cabe preguntarse, no obstante, si la mera denuncia de la víctima sería suficiente para la negación del derecho (es decir, que aquélla tuviera efectos sólo "laborales").

En todo caso, la privación de libertad en espera de sentencia condenatoria es por sí misma causa de suspensión del contrato (art. 45.1 g) ET), que, en este supuesto, podría solaparse, si la privación del derecho depende de sentencia penal firme, con el posible ejercicio del derecho al descanso amparado por el art. 45.1d) o la excedencia regulada en el 46.3 ET. El supuesto, lamentablemente, es perfectamente posible (y no inusual): piénsese en la comisión del delito en el seno de un matrimonio o una convivencia marital (o, incluso, una relación de parentesco familiar).

Una disposición parecida se contiene en los arts. 220, 221 y 229 y ss. del Código penal, a los que no se refiere el art. 111 C.c. Se trata de los delitos de suposición de parto y de alteración de la paternidad (art. 220.2) o del estado o condición del menor (art. 221.1) y de abandono de menores (arts. 229 y ss.)¹⁵⁸. Las consecuencias que desde el ámbito penal se derivan para la continuidad en el ejercicio de la patria potestad por parte de quienes son declarados reos de tales delitos se prevén en los arts. 220.4 y 221 del mismo cuerpo legal.

Concretamente, el art. 220.4 impone la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad (de cuatro a diez años) no sólo sobre el hijo afectado, sino, lo que es más importante (al menos en el ámbito de la relación laboral), sobre *el resto de los hijos*. Debe entenderse que se trata de hijos ya nacidos, y no de *nasciturus*, pero ello no excluye la afectación del derecho regulado por el ET, ya que también se proyectará sobre los neonatos. En consecuencia, el progenitor que haya sido condenado por el delito de alteración de la paternidad o del estado o condición de un menor quedará privado de sus derechos paternos o maternos sobre el resto de los hijos, sobre cuyas personas ningún delito ha sido cometido pero cuyo bienestar se preserva, evitando que sobre ellos se ejerza la guarda y custodia por unos progenitores considerados incapacitados para tales funciones. Ello condicionará el contenido de la patria potestad sobre los otros y, por tanto, tampoco tales personas podrán disfrutar del derecho a la suspensión del contrato de trabajo por tal motivo, *el cuidado de un hijo*. Cómo se articula esto en

¹⁵⁸ Tales delitos son descritos por el Código penal de la siguiente manera: "suposición de parto", (art. 220.1) "ocultación o entrega a terceros de un hijo para alterar o modificar su filiación" (art. 220.2), "sustitución de un niño por otro" (art. 220.3), "entrega a otra persona de un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concurra filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, mediando compensación económica" (art. 221.1), y "abandono de un menor de edad por parte de la persona encargada de su guarda" (art. 229).

la práctica, en el ámbito de una relación laboral: ¿puede el empresario negarse al ejercicio del derecho, teniendo en cuenta que probablemente conozca la existencia de un proceso penal por tales delitos, habida cuenta de que habrán causado previamente la suspensión del contrato, al dar lugar a la detención y privación de libertad provisional del trabajador? En caso contrario, es decir, habiendo sido disfrutado el derecho por desconocimiento de los hechos por parte del empresario (que no ha podido oponerse a su ejercicio), ¿podrá éste reclamar contra el trabajador por ejercicio indebido del derecho, alegando transgresión de la buena fe contractual o, lo que es lo mismo, podrá valerse de dicha circunstancia para instar un despido por incumplimiento del trabajador?

También el art. 221 prevé la inhabilitación legal para el ejercicio de la patria potestad en caso de que el delito en cuestión consista en una adopción ilegal, impidiéndose la constitución de una adopción posterior a la condena. Lo que se trata de destacar en esta referencia al delito de adopción ilegal es la trascendencia que la sentencia condenatoria pueda tener para la patria potestad que se ostenta sobre los hijos naturales. En efecto, una declaración tal supondría también impedir la patria potestad sobre los hijos naturales.

En cuanto al delito de abandono de menores, la referida inhabilitación no será impuesta en todos los casos, sino sólo en aquellos en los que así lo disponga el juez, ya que el art. 226 C.p. establece que "podrá imponerse" motivadamente la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento durante un periodo de cuatro a diez años¹⁵⁹. Sin embargo, ni éste ni en el supuesto anterior la inhabilitación puede referirse a hijo o menor distinto de aquél sobre el cual hubiera sido cometido el delito. Por lo tanto, ambos carecen de relevancia en el presente contexto, ya que en ninguno de ellos quedará afectado al derecho que reconoce el art. 45 ET, al entenderse referido al momento del nacimiento, en el que o bien no existe tiempo material para dar lugar a la comisión del delito o (en el supuesto del art. 226) no habrá sido posible la sustanciación del procedimiento penal y declaración de culpabilidad por sentencia condenatoria.

2. En relación con el segundo de los temas propuestos, la incidencia sobre la relación laboral de ciertas consecuencias puramente *civiles*, haciendo abstracción del motivo que determina la exclusión o suspensión del ejercicio de la patria potestad, debe distinguirse entre la suspensión que se conecta al parto y la que tiene lugar como efecto de la excedencia por cuidado de hijos, cuyo tratamiento se ha preferido unificar con el del descanso por maternidad para evitar dualidades superfluas:

¹⁵⁹ Art. 226: "el Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años."

- En lo que atañe a la *maternidad o paternidad naturales*, se plantean dos órdenes de cuestiones:

La primera de ellas se conecta con la relación entre el ejercicio civil de la patria potestad y el derecho regulado en el Derecho del Trabajo. Imponiendo el juez la inhabilitación especial sobre el derecho de patria potestad, y sin perjuicio de la imposibilidad del ejercicio de los derechos civiles que derivan de aquélla, cabe preguntarse si el ejercicio del derecho estrictamente laboral (el derecho a la suspensión del contrato) queda igualmente afectado o si, por el contrario, puede mantenerse su independencia. Es decir, si la legislación civil debe imponerse en esta materia sobre la laboral o si el derecho al descanso o a la excedencia por cuidado de hijos puede ejercerse a pesar de no existir cobertura legal del supuesto. El debate viene introducido por el contenido del art. 110 C.c., según el cual, a pesar de no ostentarse la patria potestad, los padres "están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos". El concepto "velar" proporciona el cauce a través del cual sería sostenible la respuesta afirmativa, ya que en el mismo queda comprendido el cuidado que se dispensa al neonato en el periodo de descanso o en la excedencia por cuidado de hijos, siendo amparado por el art. 39.3 CE. Ninguna duda se plantea, por otra parte, respecto del descanso debido por razones fisiológicas con ocasión del parto.

En este contexto debe descartarse la posibilidad de la adopción porque en este supuesto sí es claro que no tendrá lugar su constitución, ni siquiera el acogimiento previo, en vista de la inidoneidad para asumir responsabilidades familiares que acompaña a los solicitantes. De cualquier modo, es del todo improbable e ilógico que tal hipótesis se plantee en la práctica, a pesar de que el art. 179.1 haga mención de la posibilidad de que el adoptante hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad ("el Juez, a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, acordará que el adoptante que hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad, quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por Ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias"), parece entenderse referida a los derechos de carácter patrimonial (custodia de los bienes del menor y derechos sucesorios).

La segunda de las cuestiones planteadas se relaciona con la existencia de dos titulares del derecho de patria potestad. Se trata de determinar cómo se resuelve en la práctica la privación de la patria potestad de uno solo de ellos: ¿es posible que sólo uno carezca de dicho derecho por sentencia judicial, y el otro no?. Es decir: ¿puede el otro cónyuge disfrutar del derecho en su integridad porque se le niega al primero? Nada dispone la ley al respecto (que sólo exige que ambos progenitores trabajen), debiendo ser aplicadas las normas relativas a patria potestad anteriormente analizadas. El Derecho portugués sí resuelve la cuestión, estableciendo que el trabajador no tendrá derecho a la licencia

parental en caso de estar impedido o inhibido totalmente para el ejercicio de la patria potestad (Ley 4/84 y Decret-ley 136/85).

- En la *excedencia por cuidado de hijos* a priori no se plantean dudas. La cuestión parece ser clara cuando el hijo que motiva la solicitud de excedencia es el mismo cuya desatención dio lugar a la privación judicial de la patria potestad. Es más, sería contradictorio que cualquier individuo en tales circunstancias solicitara una excedencia con tal motivo¹⁶⁰. Tal actitud debería interpretarse como un fraude de ley, porque es evidente que la excedencia no va a ser utilizada para el fin previsto por la norma (se trataría de una excedencia voluntaria encubierta bajo el régimen más beneficioso de la excedencia por cuidado de hijos). En todo caso, no parece que llegara ni a constituir tal fraude, porque, no existiendo el presupuesto de hecho de la norma -la existencia de un hijo al que cuidar, ya que la responsabilidad sobre el mismo ha sido asumida por tercera persona-, no nacería el derecho, salvo que el empresario, conociendo el nacimiento del niño pero ignorando los hechos posteriores -la privación de la patria potestad- reconozca su procedencia y, por tanto, el trabajador se sitúe en excedencia. En todo caso el supuesto es improbable.

Pero debe plantearse otra hipótesis, más frecuente: que el hijo que motivó la privación de la patria potestad sea otro y, careciendo los padres de la misma, conciban otro hijo, que será el que dé lugar a la solicitud en cuestión. ¿Cabe en este caso negar el derecho al disfrute de la suspensión del contrato porque los padres carecen de patria potestad? La respuesta debe ser negativa, considerando que la patria potestad no se refiere conjuntamente a todos los hijos, sino a cada uno en particular: de tal modo que, careciendo de tal derecho sobre unos, puede gozarse sobre los otros. Y, en este caso, como no es posible que se haya efectuado tal privación por vía judicial, la conclusión clara es que el derecho existe. Lo contrario sería a todas luces injusto y, por supuesto, inconstitucional (art. 39 y CE) e ilegal. La misma respuesta debe darse en lo que respecta a la suspensión del contrato por maternidad con motivo del parto y el puerperio, incluso con mayor razón, pues en tal caso se protege también un derecho fundamental de la persona: el derecho a la salud, que se pretende garantizar a través de un reposo adecuado con motivo del inminente o reciente parto de la mujer.

¹⁶⁰ Es harto improbable que, a fin de remediar la situación que ha provocado su desatención, se solicite una excedencia por cuidado de hijos.

8.2. Ejercicio del derecho

8.2.1. Titularidad y cesión

En punto a determinar el régimen de ejercicio del derecho, debe comenzarse volviendo sobre algo ya tratado: la titularidad del derecho, de la que emana su ejercicio. Recordemos que el derecho al descanso se reconoce tanto a la madre como al padre pero no de forma indistinta mas que en el supuesto de la adopción o el acogimiento de menores de cinco años. Por el contrario, cuando de un caso de maternidad natural se trate, el derecho de la madre prima sobre el del padre, condicionado a la voluntad de ésta, que decidirá, dentro de los límites legales, qué extensión tendrá el descanso, cómo se distribuirá en el tiempo y entre los titulares y quién hará uso de cada una de las hipotéticas partes en las que ha sido dividido.

En consecuencia, el régimen de ejercicio del derecho es el que configuran la ley por una parte y por otra la “interesada”: no hay lugar para la voluntad del padre, cuya única intervención se reduce a aceptar o no la cesión del tiempo de descanso que le hace la madre¹⁶¹.

El art. 48.4 establece el principio de incompatibilidad del ejercicio del derecho por parte de ambos progenitores, que únicamente podrán compartirlo, dentro de las condiciones marcadas en el precepto. Sin embargo, la norma admite indirectamente un supuesto de ejercicio, no compartido, sino íntegro, por el padre y la madre, que procede de la remisión del ET a la legislación civil en cuanto al procedimiento y contenido de la adopción.

Se trata de la posibilidad de adopción por un solo titular (art. 175 C.c.) cuando el adoptado sea hijo del consorte del adoptante (art. 176 C.c.). En tal caso, parece entenderse que el cónyuge adoptante será el único titular del derecho, pues el progenitor natural ya pudo disfrutar en su día del derecho. Ésta es la única hipótesis en la que la ley tolera, indirectamente por la vía de la no prohibición, el ejercicio del derecho por ambos cónyuges (pudiendo llegar a ser íntegro, es decir, de hasta dieciséis semanas en cada caso, si el progenitor natural es la madre y el adoptivo el padre), aunque, en honor a la verdad, debe decirse que en realidad se trata de dos derechos diferentes y no simultáneos: uno dirigido a la protección de una maternidad natural y el otro de una adoptiva.

El ejercicio del derecho en régimen de reparto (por el padre y la madre) se condiciona a la existencia de un presupuesto: “que el padre y la madre trabajen”. En este punto surge la duda sobre lo que debe entenderse por “trabajar”. Puede inferirse

¹⁶¹ Ello demuestra la distancia real entre lo que se manifiesta en la Exposición de Motivos de la Ley 3/89 y lo que se regula en su texto, en lo que a reparto de las responsabilidades familiares se refiere, si ésta se ha de limitar a que el padre disfrute de un pequeño periodo del tiempo que la madre *le cede*.

que el trabajo al que se refiere la norma es precisamente el regulado por el ET y, por tanto, que no cabe opción en favor de trabajador sometido a distinto régimen, sea trabajador por cuenta propia o funcionario.

En principio, parece que debería admitirse el supuesto del funcionario, porque en tal caso sí existe reconocimiento del derecho, si bien por norma distinta al Estatuto (la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública, art.30.3), y que, en consecuencia, debería descartarse el supuesto del trabajador autónomo, puesto que en el marco de dicha actividad no cabe reconocimiento del derecho, porque no existe dependencia. No es ésta, sin embargo, la conclusión a la que llega el TSJ de Aragón en Sentencia de 7 de octubre de 1.992¹⁶², que permite la cesión en favor de funcionario (respecto del cual el derecho se regula en la Ley de la Función Pública) por parte de trabajadora autónoma, ya que, desde la perspectiva de la Seguridad Social, la prestación por maternidad se reconoce a todos los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del sistema, conclusión que resulta extrapolable al caso del trabajador autónomo: “es cierto que (...) la primera impresión de la reforma parece ir dirigida a regular situaciones de empleadas por cuenta ajena a juzgar por los preceptos en que afecta tanto en el caso de excedencia para cuidado de hijos como en el de descanso por maternidad (...), pero *ello no da pie a entender que cuando la madre y el padre trabajen la relación de ambos sea por cuenta ajena...*”

Por consiguiente, es factible tanto que la madre sea funcionaria y ceda su derecho al padre trabajador por cuenta ajena como que sea trabajadora por cuenta ajena y ceda su derecho al funcionario. Otro tanto cabe predicar de la trabajadora por cuenta ajena que hace cesión de su derecho al padre trabajador autónomo.

Sin embargo, el mismo tribunal, en una sentencia posterior, de 30 de enero de 1997¹⁶³, llega a la conclusión contraria respecto de la posibilidad de cesión del derecho por parte de una trabajadora por cuenta propia (de cuya condición nace el derecho a las prestaciones por maternidad de la Seguridad Social pero no al permiso por maternidad, incompatible con el régimen de desarrollo de la actividad ejercida), a su marido, trabajador por cuenta ajena, argumentando que lo que se regula es el derecho a una suspensión contractual. Y “por ello la referencia al caso en que ambos esposos trabajen no puede entenderse sino en el sentido de que puedan situarse en tal posición suspensiva”, sin que la normativa internacional proveniente de la OIT (Convenio 103) ofrezca pauta alguna al respecto.

La conclusión es acertada, pero podría haberse utilizado otro argumento: el otro progenitor puede ostentar la categoría de trabajador por cuenta ajena y, por tanto, podría ser cesionario del derecho en los términos del art. 48.4 ET, pero, para que sea posible tal cesión, es necesario que exista un titular originario, que debe coincidir con

¹⁶² A.S. 1.992, 4989.

¹⁶³ A.S. 1997, 614.

la figura de la madre, de tal modo que, en ausencia de tal titularidad, no será tampoco posible su cesión, porque *no se puede ceder lo que no se tiene*, por no hallarse inscrita en una relación laboral ("el derecho generado por la mujer nace de su condición de empleada por cuenta ajena", dice el F.D. único).

La conclusión será, por tanto, que en tal caso el trabajador carecerá del derecho a suspensión por razón de maternidad cuando ésta sea biológica, quedando sólo la posibilidad de disfrutar del derecho cuando la paternidad sea adoptiva, porque en tal supuesto la titularidad que se reconoce es indistinta, exigiéndose sólo que "ambos trabajen", lo cual acontece en esta hipótesis, como afirma la sentencia citada. De nuevo se pone de manifiesto la desigualdad del trato que se dispensa al padre biológico respecto del adoptivo.

No obstante, no debe olvidarse que la trabajadora puede optar por un menor periodo de descanso voluntario, no disfrutando, por tanto, de esas cuatro últimas semanas. Ergo nada impide que el padre, trabajador autónomo, interrumpa su actividad profesional por cuenta propia para hacerse cargo del cuidado del bebé, pues la legislación laboral ni lo puede evitar ni tampoco resulta necesaria su intervención. Es más, desde el ámbito de la Seguridad social, el trabajador autónomo tiene también derecho a las prestaciones por maternidad, aunque no suspenda su contrato de trabajo (porque no existe). La D.A. undécima bis de la LGSS, por la que se iguala a los trabajadores por cuenta propia con los asalariados, además de introducir una importante quiebra en el régimen de los permisos por maternidad, invalida la argumentación contenida en la sentencia anteriormente referida.

8.2.2. Maternidad biológica

La trabajadora puede configurar el ejercicio del derecho de origen biológico a su libre voluntad, porque así se lo permite el art. 48.4. Sin embargo, debe respetar ciertos límites marcados por el precepto¹⁶⁴:

- El disfrute del periodo total ha de ser *ininterrumpido*.
- El descanso obligatorio puerperal de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto es *indisponible*¹⁶⁵, lo cual significa que ni ha lugar a opción sobre su posible disfrute ni cabe alterar su duración, ni, por supuesto, cederlo al padre. Sin embargo, el art. 48.4 introduce una objeción en el segundo párrafo a lo dispuesto en el primero, en los siguientes términos: el primer párrafo establece que la

¹⁶⁴ Además de los que emanan del principio de buena fe y el de seguridad jurídica: STSJ de La Rioja, de 11 de mayo de 1.992, en la que se declara inadmisibile la postura de la trabajadora que, habiendo estado en situación de ILT por causa común, pretende convertir *a posteriori* dicha situación en descanso por maternidad, por el que no había optado.

¹⁶⁵ STSJ de Madrid, de 16 de mayo de 1.990 (A.S. 1.990, 1762).

duración será de 16 semanas y que se distribuirá a opción de la interesada, siempre que se respeten las seis semanas posteriores al parto, que son obligatorias.

El segundo párrafo comienza diciendo "no obstante lo anterior"... podrá optar porque el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas de suspensión. Todo ello produce una confusión en materia de distribución de periodos, reconducible a dos alternativas: 1ª *no obstante* el disfrute de las 16 semanas por la madre, el padre podrá disfrutar de hasta cuatro; o 2ª *no obstante* ser obligatorio el disfrute de seis semanas con posterioridad al parto, el padre podrá disfrutar de las cuatro últimas.

Los términos en los que está redactado el precepto permiten concluir que lo que se está queriendo decir es que el periodo obligatorio también puede compartirse, lo cual se deduce del último inciso "salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga riesgo para su salud". Habida cuenta de que dicho descanso obligatorio está destinado a colmar tal fin, relacionado con la salud de la madre, es esta misma finalidad la que podría desvanecer la expectativa del derecho del padre. Sin embargo, a otra conclusión debe llevar la interpretación de la norma de acuerdo con los textos internacionales vigentes: Convenio OIT núm. 103, en el que se establece expresamente que deberá respetarse siempre el reposo total obligatorio (y así lo ha entendido la mayor parte de la doctrina)¹⁶⁶. No obstante, el tenor del art. 8.2 de la Directiva 92/85/CEE permite realizar la interpretación contraria, al establecer que el permiso de maternidad "deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto", y dos semanas son las que se garantizan en todo caso a la trabajadora.

De cualquier modo, cuando la trabajadora opte por disfrutar de todo el periodo con posterioridad al parto, no se suscitarán las anteriores dudas, pues las cuatro últimas semanas del periodo serán las que transcurran desde la 12ª hasta la 16ª semana del puerperio.

- La disponibilidad sobre el periodo voluntario *no es total*: según se desprende del segundo párrafo del art. 48.4, la cesión de parte del descanso en favor del padre (realizada en el momento del *inicio* del descanso) en primer lugar está condicionada al hecho de que ambos trabajen, requisito que ha de acreditarse en el momento del

¹⁶⁶ Este párrafo del artículo analizado es "oscuro", según señalan PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA (op.cit.), quienes hablan de las semanas "sobrantes" del periodo voluntario. De "semanas sobrantes" habla también SALA FRANCO et al. (op.cit.). En opinión de SAGARDOY et al. (op.cit., ps. 342 y 343), "la coordinación de lo establecido en el ET con lo estatuido en el convenio 103 de la OIT es dudosa, incluso cuando se piense que el periodo de cuatro semanas a que se refiere la ley será siempre el que exceda de las seis semanas de descanso obligatorio de la madre." En cuanto a la jurisprudencia, la STSJ de Aragón, de 30 de enero de 1997 (A.S. 1997, 614), sitúa el inicio del derecho del padre en el periodo voluntario.

inicio del descanso¹⁶⁷, y en segundo lugar está acotada temporalmente. Primero porque sólo puede ser de cuatro semanas como máximo, y segundo porque ha de transcurrir en el tramo final del periodo de suspensión voluntaria. La norma no establece expresamente que tales semanas hayan de deducirse del periodo voluntario, pues habla de “las últimas semanas de suspensión” (de mantenerse la indisponibilidad de todo el periodo obligatorio, es decir, la tesis de que ha de disfrutarse *necesariamente* en su integridad, las semanas de referencia no podrían situarse en ningún otro momento).

La estructura que de todo ello resulta es la siguiente:

Régimen de ejercicio del derecho de la madre

1. Periodo obligatorio:
 - Duración: 6 semanas inalterables
 - Momento de disfrute: inmediatamente después del parto
 - Forma de disfrute: ininterrumpido
 - Posibilidad de ceder parte del descanso al padre: lo permite el art. 8.2 de la Directiva 92/85/CEE
 - Carácter: irrenunciable
2. Periodo voluntario:
 - Duración: variable. Duración máxima: 10 semanas.
 - Momento y forma de disfrute: opcional:
 - antes del parto
 - después del descanso obligatorioEn ambos casos distribuible o ininterrumpido.
 - Posibilidad de ceder parte del descanso: realizada al inicio del descanso y condicionada en el aspecto temporal.
 - Carácter: renunciable parcialmente

¹⁶⁷ En consecuencia, no altera el régimen del derecho el que el contrato del trabajador al que se cede el derecho *se extinga posteriormente*. Por el contrario, podrá seguir disfrutándolo aunque no sea ya trabajador, como excepción a la regla general (“sólo la madre lo disfruta sin ser trabajadora”).

Régimen de ejercicio del derecho del padre

- | | |
|------------------------|---|
| 1. Periodo obligatorio | La redacción del art. 48.4.2º, en relación con el art. 8.2 Directiva 92/85/CEE, permite al padre hacer uso de cuatro semanas, las últimas del periodo. |
| 2. Periodo voluntario | <p>Dos tipos, en ambos casos derivados del derecho de la madre:</p> <p>1. <i>Conversión del obligatorio en voluntario</i>, por fallecimiento de la madre:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Duración: 6 semanas¹⁶⁸. • Carácter: ¿renunciable? (“pudiendo hacer uso...”) • Momento de disfrute: tras el parto o el fallecimiento de la madre. • Forma de disfrute: ininterrumpida. <p>2. <i>Periodo cedido por la madre</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Duración: variable, máx. 4 semanas. • Momento de disfrute: al final del periodo puerperal voluntario. • Forma de disfrute: ininterrumpida. • Carácter: revocable: <ul style="list-style-type: none"> • por decisión de la madre • por razones médicas (eliminación o simple reducción). |

Cada uno de ellos puede pasar por una serie de vicisitudes:

1. *Posible intervención de terceros sujetos en la decisión de la madre en torno a la distribución de su periodo de descanso.*
 - La *alteración de la distribución del tiempo de descanso efectuada por la trabajadora con motivo de la interurrencia de una enfermedad* que motiva una diferente causa de suspensión: la incapacidad temporal. Partiendo de la derogación del art. 12.3 de la Orden reguladora de la prestación por maternidad, en la que se establece que el facultativo de la Seguridad Social puede dictaminar la obligatoriedad del descanso durante las seis semanas previas al parto (de modo que el descanso obligatorio pase a ser de doce semanas) por razones de salud, debe afirmarse que el origen no voluntario del descanso, prescrito por el médico, por incapacidad de la trabajadora para el trabajo o por razones preventivas, transforma el supuesto en un caso de incapacidad temporal. Así se desprende de la Resolución de 2 de septiembre de 1.991, de la DGOJECSS¹⁶⁹. Por consiguiente,

¹⁶⁸ Límites similares existen en el Derecho europeo, en el que destaca el caso de Dinamarca, donde se reconoce un derecho *adicional* en favor del padre de dos semanas de duración, además de la posibilidad de disfrutar de las diez últimas semanas de las veinticuatro que dura el descanso.

¹⁶⁹ En la Circular 5/1978, del INP, se establecía lo contrario: la absorción del descanso por maternidad por la baja por enfermedad.

no puede hablarse de una excepción a la regla general de voluntariedad de este periodo, sino de circunstancia ajena al mismo¹⁷⁰.

- En segundo lugar, debe aludirse a la posibilidad de que la mujer, haciendo uso de su derecho al descanso voluntario prenatal, cese en su actividad laboral, solicitando la baja médica, ante la *negativa del facultativo de la Seguridad Social*, por considerarla innecesaria (ya que del examen médico no se extrae indicio alguno que haga necesario prescribir el cese preventivo)¹⁷¹. Dada la naturaleza del derecho, que es de libre disposición por la mujer, se impide a terceras personas, incluido el Médico, disponer sobre el mismo. Se configura, por el contrario, como un derecho de la trabajadora a descansar por razón de embarazo, en cuyas manos se deja la determinación sobre su modo de disfrute. Será ella la que decida si cesa en el trabajo con anterioridad al parto, y para el Derecho resultarán indiferentes las motivaciones que inciten tal decisión (ya sea por malestar o incomodidad física para desempeñar adecuadamente su trabajo, ya sea por la propia necesidad de seguridad de la trabajadora, o por cualquier otra razón). Por consiguiente, la negativa médica carece de trascendencia alguna, como sí tendría relevancia si de una incapacidad temporal se tratara.
- En tercer lugar, *la voluntad de la trabajadora puede verse limitada*, por razones de tipo patológico también, en una segunda fase: el descanso puerperal. Se trata de la situación en la que la madre, habiendo cedido parte de su descanso voluntario al padre para que éste se ocupe del cuidado del hijo, no está en condiciones físicas de reanudar su actividad laboral, a juicio del facultativo. La solución adoptada por el Ordenamiento jurídico en este caso no es la configuración de un periodo de incapacidad temporal por existencia de incapacidad para el trabajo¹⁷², mientras el padre continúa en el disfrute del derecho para atender al cuidado del niño (del que la madre, según la gravedad de su estado, pudiera no hacerse cargo)¹⁷³, sino la *revocación legal* del permiso

¹⁷⁰ En el mismo sentido, ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA (*Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, 1.991). En contra, STSJ de Galicia, de 5 de enero de 1.994 (A.S. 1.994, 199), que admite la absorción del descanso voluntario por la incapacidad temporal y, por tanto su indisponibilidad. Entre la doctrina, ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA (*Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 1.995) y BLASCO LAHOZ et al. (*Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 1.995). El tema será analizado con mayor detalle en el T.IV de este trabajo.

¹⁷¹ Se trata de una cuestión sobre la que MOLERO MANGLANO llamaba la atención con anterioridad a la aprobación de la Ley 3/1989 (“Suspensión del contrato de trabajo: nota doctrinal y materiales básicos”, *Revista de Trabajo*, 1988, núm. 91, ps. 35-94), momento en el que, como señalaba el autor, no estaba suficientemente resuelta.

¹⁷² Sin embargo, la ley no lo concibe como un supuesto de incapacidad temporal. En opinión de ESCUDERO RODRÍGUEZ (“La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros”, R. L., 1989, núm. 9), los visos de incapacidad que presenta no permiten conceptualarla como tal.

¹⁷³ En favor de esta tesis, LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ (op.cit.), siempre que la incapacidad sea provocada por enfermedad ajena al proceso de gestación: “si las razones por las que la mujer no

del padre (que produce su extinción). De tal modo, el derecho revierte en la madre, que en tal caso lo recupera y lo destina al restablecimiento de su salud. Es un caso, pues, de revocación legal del reconocimiento del derecho del padre, debido a razones médicas, en el que la voluntad de la madre cede ante el criterio médico.

2. Debe resolverse la cuestión de la *naturaleza del derecho del padre*, cuando éste es producto de la cesión voluntaria de la madre: es decir, si cabe o no su revocación posterior una vez aquél se halla en el disfrute del descanso. La solución¹⁷⁴ podría ser afirmativa si entendemos que la voluntad de la trabajadora ha de primar sobre cualquier otra circunstancia, y que su derecho comprende la facultad de introducir las alteraciones que le convengan, siempre que sean justificadas¹⁷⁵. La solución contraria encuentra también dos fundamentos:

- La garantía del derecho del padre, que se debilita si se deja a merced de tal posibilidad. Además, desvirtúa la finalidad igualadora o de reparto de cargas familiares pretendida por la Ley 3/1989.
- El *disfrute ininterrumpido* del derecho: si una vez comenzado el descanso del padre la madre decide recuperar el ejercicio de su derecho, el resultado será que ésta no habrá disfrutado de un descanso ininterrumpido, tal y como dispone la ley, sino interrumpido.
- El *principio del respeto de los actos propios* (“venire contra factum proprium non valet”), que invoca la STSJ de La Rioja, de 11 de mayo de 1.992, fundamentando su esencia “no sólo en la protección de la buena fe y la seguridad jurídica, obligando a cada uno a mantener una postura acorde con su postura inicial.”

En todo caso, debe concluirse que la solución a esta cuestión ha de partir de las propias necesidades del bebé, que es en definitiva el bien jurídico protegido por la norma, al que se supedita cualquier otro interés. Será tal factor el que determine la procedencia de la revocación del derecho del padre si resulta más conveniente para el menor que sea la madre la que deba hacerse cargo de su atención.

puede reincorporarse son debidas a otra enfermedad, aunque no sea sobrevenida, no sólo no deberían impedir el disfrute del permiso por parte del padre, sino, al contrario, aconsejarlo, pues si la madre está enferma por otra causa, *razón de más de que el padre le ayude entonces a cuidar al niño los primeros meses de vida.*”

¹⁷⁴Desafortunadamente, el tema no ha sido abordado por la jurisprudencia.

¹⁷⁵ A favor de esta interpretación, JIMÉNEZ-ASENJO GÓMEZ (*Apuntes...*, pág. 119), que lo concibe como causa de extinción del “subsidio por paternidad”.

8.2.3. Maternidad y paternidad adoptivas

El régimen de ejercicio del derecho en caso de *adopción y acogimiento* no presenta tanta complejidad. Basta con que se dé la circunstancia prevista -la resolución administrativa o judicial de acogimiento o adopción- para que pueda comenzarse el descanso previsto por cualquiera de los dos adoptantes titulares del derecho. Éstos deberán decidir internamente quién lo va a ejercer, tanto si trabajan ambos como si no, ya que el art. 48.4 permite su ejercicio aun cuando quien opte por él sea el único que trabaje. No está prevista, sin embargo, la posibilidad de que el titular en el ejercicio del derecho fallezca, transmitiendo su derecho al otro titular.

La Ley 8/1.992, que incorporó el supuesto del acogimiento, introdujo el inciso del último párrafo del art. 48.4, en el que se reconoce a los titulares un derecho de opción en cuanto al momento del disfrute del derecho: la posibilidad de elegir entre dos fases diferenciadas de lo que se supone un proceso común -el de adopción-: la fecha en la que se dicta la resolución administrativa o judicial por la que se constituye la adopción. Siendo un único proceso, el trabajador podrá optar entre uno y otro, aunque la finalidad del descanso se entiende alcanzada en la primera fase y no se explique muy bien en la segunda¹⁷⁶. Cuando se trate de situaciones únicas, bien porque la adopción se constituya de forma directa, sin acogimiento previo, bien porque se trate de un acogimiento temporal, no consolidada en adopción definitiva (en caso de admitir que también se proteja esta situación), no habrá posibilidad de opción.

Inmediatamente surge la pregunta de si la doble titularidad del derecho por ambos adoptantes, si son pareja, permite compartir su ejercicio, de modo que cada uno disfrute de una parte, que no tiene por qué ser proporcional.

La dicción del precepto parece impedir que ello sea viable en la práctica, al establecer que sólo uno de ellos puede ejercitar el derecho. Pero si entendemos que lo que se está diciendo es que sólo uno puede disfrutar de las seis u ocho semanas de descanso, para evitar duplicidad de derechos y con ello de prestaciones de la Seguridad Social, nada impide que este derecho se comparta, dividiendo entre dos el periodo total¹⁷⁷.

8.2.4. Requisitos formales de ejercicio del derecho

En materia de *requisitos formales* para el ejercicio del derecho en ambos casos -maternidad biológica y adoptiva-, nada establece la norma. De ello se deduce que, a diferencia de lo establecido en el art. 166 LCT ("...tendrá derecho a abandonar el

¹⁷⁶ Así se afirma incluso en el Preámbulo de la Ley. A juicio de SAGARDOY et al. (op.cit., pág. 343), "lo primero debería ser lo más normal, pese a los problemas que de tal decisión pueda derivarse en la práctica." En el mismo sentido, STSJ de Navarra, de 5 de octubre de 1.993 (A.S. 1.993, 4259).

¹⁷⁷ En contra, SAGARDOY et al. (op.cit., pág. 343).

trabajo, siempre que presente certificación médica en que se haga constar que el alumbramiento se producirá..."), no es preceptivo el certificado médico del facultativo de la Seguridad Social, cuyos efectos se limitarán en su caso al ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social.

Siendo doctrina reiterada que la suspensión no opera automáticamente, sino que es necesario que el interesado comunique a la empresa de forma fehaciente la causa que ha de provocar la suspensión del contrato¹⁷⁸, es preceptiva la *comunicación* al empresario de la situación, por aplicación *a sensu contrario* del art. 54.2 a) ET -faltas de asistencia injustificadas, que legitiman el despido disciplinario-, requisito que, en todo caso, se deriva de las exigencias de la buena fe.

La situación comunicable es la de próxima maternidad (o de maternidad ya efectiva, si no se ha optado por periodo alguno de descanso prenatal) si ésta es natural o de la constitución del acogimiento o la adopción. Ahora bien, si el parto inminente no precisa de comunicación previa, sino posterior, el descanso anterior al parto sí requiere la comunicación formal anterior para que tenga lugar el inicio del descanso voluntario. La regla es, por tanto, la obligatoria comunicación para el disfrute del descanso voluntario y la ausencia de la misma en caso de descanso obligatorio (así funcionaba también en la LCT), que, sin embargo, debe ser notificado al empresario¹⁷⁹, pues lo contrario significaría incurrir en ausencia injustificada. Por consiguiente, será necesaria la aportación *ex post* del certificado médico de parto reciente para la acreditación del supuesto de hecho que permite la suspensión del contrato.

En cuanto a la forma que haya de tener la comunicación, no exigiéndose formalidad alguna, bastará que el empresario tenga conocimiento del hecho que motiva la suspensión para que ésta tenga lugar, no importa el modo en que se haga (forma escrita, verbal...)¹⁸⁰. La ley establece que la suspensión, en caso de maternidad biológica, tendrá lugar desde el momento en el que la trabajadora decida, antes del parto, o a partir de éste en todo caso y, en caso de maternidad y paternidad adoptivas, cuando se constituya la adopción -o se resuelva el acogimiento previo, en su caso-, pero no dispone que para instar el ejercicio del derecho deba aportarse documentación alguna, pese a lo cual la condición de que la comunicación sea "de forma fehaciente" exige aportar aquella que demuestre la paternidad, biológica (certificación del

¹⁷⁸ SSTCT de 23 de noviembre y 22 de diciembre de 1982 (RTCT 1982, 6598 y 7674) y de 21 de junio de 1988 (RTCT 1988, 4444). La STSJ de Galicia, de 25 de agosto de 1.992 (A.S. 1.992, 4114), considera obligatorio para el trabajador comunicar a la empresa la existencia de causa suspensiva del contrato de trabajo, en virtud del art. 1249 C.c. ("...cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado").

¹⁷⁹ Aunque acontezca durante el periodo de vacaciones anuales, STCT de 24 de abril de 1988 (RTCT 1988, 1581).

¹⁸⁰ STS de 8 de octubre de 1987 (R.J. 1987, 6972), sobre un supuesto de incapacidad temporal comunicado vía telegráfica, y STS de 29 de octubre de 1987 (R.J. 1987, 7087), sobre retraso en la obligación de cursar los partes facultativos.

Registro Civil, Libro de Familia...) o adoptiva (resolución judicial de constitución de la adopción, o resolución administrativa de acogimiento familiar).

Distinto es el régimen de la prestación económica o subsidio por maternidad, sometido a requisitos de comunicación diferentes ("informe de maternidad" y "certificado de descanso por maternidad" o "parte de maternidad"¹⁸¹, mera "exigencia formal de carácter burocrático" en el ámbito de la protección de la Seguridad Social, según la STSJ de Castilla-La Mancha, de 16 de abril de 1.996¹⁸²), que históricamente han condicionado el de la suspensión del contrato (hasta el punto de adoptarse por la legislación laboral: véase el art. 166 LCT, que lo exige para el descanso anterior al parto), pero que no han de confundirse con los propios del régimen suspensivo.

Ello significa que no necesariamente deben coincidir los medios de acreditación frente al empresario a efectos de legitimar la ausencia con los que exige la legislación de la Seguridad Social para el reconocimiento del derecho a una prestación. Aquéllos tienen, por el contrario, carácter administrativo, no privado, y se basan en condiciones distintas (la simple pertenencia a una organización empresarial y la acreditación de una cierta carrera de seguro junto a otros requisitos, respectivamente). Y pueden dar lugar al nacimiento de un derecho pero no del otro (no a la inversa), aunque el presupuesto de hecho sea el mismo, la suspensión contractual. Cuestión diferente es que, para unificar procedimientos, resulte preferible utilizar los mismos mecanismos, pero ello no debe condicionar el régimen de la suspensión. Por tanto, bastará el conocimiento del empresario de la circunstancia suspensiva para legitimar la ausencia, con independencia de que, con posterioridad, se dé "forma" a aquélla, adjuntando la documentación acreditativa que corresponda¹⁸³.

El derecho del padre en caso de maternidad natural se somete al requisito de la comunicación de la trabajadora de su opción en favor de aquél, que deberá realizarse *en el inicio del periodo del permiso por maternidad* (STSJ Castilla-La Mancha, de 16 de abril de 1.996¹⁸⁴). Tratándose de un derecho derivado de cesión "mortis causa", si se permite el símil con la clasificación de los actos de disposición (frente a la cesión "inter vivos", que viene representada por la cesión voluntaria de las cuatro últimas semanas

¹⁸¹ Instrucciones del INSS, de 28 de febrero de 1.995, *sobre prestación de incapacidad temporal y maternidad* (Anexo III).

¹⁸² A.S. 1.996, 1377.

¹⁸³ En el mismo sentido, aun en relación con el art. 166 LCT, que sí exigía certificado médico, VIDA SORIA, quien entiende que "los documentos médicos de que se trata no tienen por qué ser necesariamente los exigidos por la mecánica del Seguro de Enfermedad para las prestaciones por maternidad, sino un certificado médico rural" (VIDA SORIA, J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, op.cit., p. 229). En una obra posterior sobre el mismo tema ("Suspensión del contrato de trabajo", en *Comentarios a las leyes laborales*, op.cit., p. 54), el autor afirma su naturaleza de "medios de comunicación cualificados, pero no serán los únicos", pero vuelve a recuperar la obligatoriedad del certificado vía aplicación del Convenio OIT 103, que sí lo exige para las enfermedades que sean consecuencia del parto.

¹⁸⁴ A.S. 1.996, 1377.

por parte de la madre), es decir, del derecho que nace del fallecimiento de la madre en el parto, a la documentación anterior será necesario adjuntar el correspondiente certificación de fallecimiento.

Sin perjuicio de todo ello, debe afirmarse la obligatoriedad de realizar ciertos actos de comunicación previos a los que acaban de tratarse y, en especial, al que se relaciona con el descanso voluntario anterior al parto, ya que supone eliminar precisamente dicha obligación, que sería sustituida por otra previa. Se está haciendo referencia a la comunicación previa del estado de gravidez, que viene impuesta por la normativa relativa a la seguridad e higiene en el trabajo, y que le resulta exigible a la trabajadora para que puedan ponerse en marcha las medidas preventivas necesarias, en virtud de la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, así como para ejercer el derecho regulado por el art. 37.3 f) ET, sobre permiso prenatal para la realización de exámenes prenatales y ejercicios de preparación al parto. Constituyen tales actividades justificación suficiente de la posterior solicitud del descanso por maternidad.

Quiere ello decir que, si se hace uso del permiso que reconoce el art. 37.3 f) ET, la debida comunicación de la situación que le sirve de presupuesto -la gravidez- si bien no hace innecesaria la notificación del inicio del descanso por maternidad ex art. 48.4 ET, sí exime de la aportación en su momento de la documentación relativa al embarazo, *porque ya ha sido aportada* anteriormente. En todo caso, razones de seguridad jurídica exigen la comunicación formal del parto reciente, habida cuenta de que el resultado final del proceso de gestación condiciona el derecho, tanto en el ámbito laboral como en el de la Seguridad Social: piénsese, por ejemplo, en el parto múltiple, que amplía la duración del derecho, o en el solapamiento de las vacaciones y el parto¹⁸⁵.

9. Efectos sobre la relación laboral

9.1. Efectos generales. Remisión.

De la interrupción de las prestaciones principales en que consiste la suspensión del contrato se derivan unos efectos en el plano de la relación laboral, consistentes bien en la subsistencia de ciertas obligaciones y derechos directamente ligados a la

¹⁸⁵ Sobre el particular, aunque con relación a un supuesto de incapacidad temporal (exactamente ILT), conoce el TCT en su sentencia de 24 de abril de 1988 (RTCT 1988, 1581). Se trataba de una enfermedad sobrevenida durante el periodo anual de vacación, no comunicada a la empresa hasta un mes después del vencimiento de las vacaciones, afirmando el tribunal que "deben calificarse como injustificadas las faltas de asistencia al trabajo, aunque estén basadas en la situación de enfermedad del trabajador, *si éste, pudiendo hacerlo, no comunica tal situación a la empresa, ya que si bien aquel estado de salud exime de la obligación de asistencia, siempre es necesario su comunicación a la patronal...*"

propia conservación del vínculo contractual ("la suspensión afecta primordial, y a veces exclusivamente, al deber de realizar la actividad convenida y de remunerar el trabajo, respectivamente para trabajador y empresario, pero quedan subsistentes aquellas otras relaciones y expectativas no paralizadas o destruidas por la suspensión, entre ellas los beneficios que deriven de los sucesivos convenios colectivos", STS de 19 de noviembre de 1986¹⁸⁶), bien en la aparición de nuevos efectos del contrato nacidos precisamente de su suspensión. Efectos que pueden ser compartidos o no por todas las causas de suspensión o ser propios de la debida a parto, adopción o acogimiento preadoptivo.

En el Capítulo I ya se hizo alusión a los efectos generales de la suspensión del contrato de trabajo, que huelga repetir aquí, puesto que son comunes a todo supuesto de suspensión. Baste la siguiente síntesis introductoria¹⁸⁷:

1. *Subsistencia del contrato*: de ella deriva el mantenimiento de los efectos del contrato. Esto es: reserva del puesto de trabajo vacante, cómputo del periodo transcurrido en suspensión a efectos de antigüedad en la empresa, y subsistencia de las obligaciones o prestaciones accesorias a las que se suspenden (las principales: prestar el trabajo y remunerarlo):

Deberes y derechos:

Deberes:

- Deberes impuestos por el principio de buena fe contractual (arts. 1258 C.c. y 20.1 ET):
 - comunes: deber de secreto, discreción o reserva.
 - trabajador:
 - prohibición de concurrencia desleal (ex art. 5 d) , en relación con el 21 ET).
 - empresario:
 1. Prohibición de impedir la efectiva reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo tras el periodo de suspensión (art. 4.2 a) y f) en relación con el 50.1 c) ET).
 2. Prohibición de considerar el motivo de suspensión como incumplimiento del trabajador (como "ausencias reiteradas al trabajo", ex art. 52 d) ET).
 3. Mantenimiento de los derechos generados por la permanencia en la empresa dimanantes del cómputo de la antigüedad correspondiente al periodo de suspensión.
- Otras obligaciones
 - *Empresario*: mantenimiento de la relación jurídica de cotización al sistema de la Seguridad Social.
 - *Trabajador*: pacto de plena dedicación (art. 21.3 ET).

¹⁸⁶ R.J. 1986, 6478.

¹⁸⁷ Vid. STSJ de La Rioja, de 26 de junio de 1997 (A.S. 1997, 2283), Ponente Sr. D. L. Loma-Osorio Faurie, sobre los efectos generales de la suspensión del contrato de trabajo.

Derechos:

- Empresario: Subsiste el poder disciplinario.
- Trabajador:
 - Derechos accesorios: v.g. alojamiento.
 - Otros derechos conectados a la existencia del vínculo contractual (no a su actualización); así, los derivados de la relación jurídica de Seguridad social: prestaciones por hijo a cargo (supuesto especial: la excedencia, se pierde el derecho a la prestación en metálico, se adquiere el consistente en la consideración del periodo de excedencia como de asimilación al alta en el sistema de la Seguridad social y la consideración del primero de los años transcurridos en tal situación como periodo cotizado al mismo).
 - Derechos de representación colectiva:
 - mantenimiento del acceso a cargos representativos del personal de la empresa y de las garantías inherentes a los mismos ex art. 68 ET;
 - régimen de ejercicio de los mismos: el posible defectuoso cumplimiento no debe significar su privación ex lege.

Otras incidencias:

Alteraciones colectivas: posible incidencia de las mismas durante la vigencia de la suspensión sobre la relación que se halla suspendida: mismas alteraciones que puedan afectar a cualquier otro contrato o que le afectarían si su ejecución no se hubiera interrumpido temporalmente (v.g. expediente de regulación de empleo).

2. *Cesación de los deberes u obligaciones* directamente conectados a la prestación que se suspende: deberes del trabajador de obediencia y diligencia en el cumplimiento del trabajo y deberes empresariales en materia de seguridad e higiene o el genérico deber de vigilancia o seguridad sobre el trabajador. Ausencia de devengo de las pagas extraordinarias o de cualquier otro de naturaleza económica durante el periodo de suspensión, pero abono de la parte proporcional no computada en caso de originarse el derecho a subsidio económico de la Seguridad Social.
3. Efectos dimanantes de la situación que origina la suspensión:
 - Obligación del trabajador de comunicar la circunstancia suspensiva.
 - Los que pacten las partes.
 - Nacimiento, excepcional, del derecho a una prestación de la Seguridad Social. En su caso, nacimiento de la obligación de colaboración obligatoria en materia de incapacidad temporal ex art. 131 LGSS (pago delegado y pago a su cargo).

La regla que permite sintetizar los efectos de la suspensión del contrato de trabajo es *la interrupción de las prestaciones básicas y de aquellas obligaciones que estén directamente conectadas a la ejecución de éstas y la subsistencia de aquellas otras que sean inherentes a las posiciones jurídicas de empleador y empleado* (por tanto, para cuya exigencia baste la subsistencia del contrato, porque ésta es la que determina la permanencia de sus cualidades respectivas de empresario y trabajador).

La presente referencia a los efectos de la relación laboral pretende efectuar el tratamiento de aquellos que son propios de la suspensión debida a maternidad o que

adquieren un carácter propio bajo el supuesto enunciado, además de incidir especialmente en algunos otros que, siendo comunes, despiertan un interés especial, por su trascendencia para la relación laboral (v.gr. modificaciones del contrato operadas durante el periodo de suspensión, o cómputo de la antigüedad y derechos derivados de la misma).

Bajo este epígrafe quiere hacerse también un somero análisis de otros posibles efectos que puede causar la suspensión del contrato por maternidad, ya sea de forma directa o bien porque se deriven de situaciones que concurren con aquella, y sobre las que pueden plantearse ciertas cuestiones litigiosas.

De entre tales posibles incidencias, destacan especialmente dos: una por su reciente tratamiento jurisprudencial en instancias comunitarias y otra por la particular litigiosidad que ha despertado. Se trata en primer lugar de la cuestión relativa a las percepciones salariales que se devengan durante la situación de suspensión y en segundo lugar de la ya vieja polémica en torno a las relaciones existentes entre vacaciones y suspensión del contrato por incapacidad temporal o maternidad.

Antes de abordarlas, sin embargo, deben hacerse ciertas precisiones sobre el modo en que actúan los efectos generales de la suspensión cuando la causa de la misma es la maternidad. Concretamente,

- La exoneración de la obligación de trabajar: partiendo de que la suspensión del contrato exonera al trabajador de la obligación de prestar el trabajo pactado por causa legítima, la pregunta que inmediatamente surge es: ¿cabe ejecutar algún otro trabajo que sí sea compatible con el hecho que motiva la suspensión? ¿Por ejemplo, por su inferior jornada diaria, o por su menor dureza física? No se puede dar una respuesta unánime a tal cuestión, ya que la diferente naturaleza de cada causa de suspensión puede fundar conclusiones diferentes (la prestación del servicio militar, por ejemplo, no tiene nada en común, en cuanto a capacidad y posibilidad para el trabajo, con la incapacidad temporal).

En el ámbito de la Seguridad Social el legislador ha mostrado siempre mayor inquietud por definir la incompatibilidad del trabajo con el estado protegido, imponiendo claramente la prohibición de compatibilizar el percibo del subsidio por maternidad con la realización de cualquier trabajo, sea el habitual u otro que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de la Seguridad Social.^{188 189}

¹⁸⁸En tal sentido, el Decreto de 1.923, relativo al subsidio de maternidad, establecía la obligación de "abstenerse de todo trabajo", siendo interpretada tal expresión en el folleto informativo editado por el Instituto Nacional de Previsión de la manera siguiente: la madre en esos días no puede ir a la fábrica, al taller o al tajo donde trabajaba, ni a otro centro de trabajo análogo a hacer su tarea de obrera o de empleada. Quiere decir que no puede dedicarse ni para sí misma a tareas igual o análogamente fatigosas que las de su trabajo habitual; por ejemplo, a cultivar su huerto o a lavar en el río durante horas y horas ("El subsidio de maternidad". Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión. Segunda edición. Madrid, 1923, ps. 8-9).

Cuando la cuestión se traslada a la causa prevista en el apartado d) del art. 45.1 ET, la respuesta inequívoca debe ser la absoluta incompatibilidad del reposo dispuesto por la norma con el desarrollo de otro trabajo. Lo contrario significaría frustrar la finalidad perseguida por la ley, tanto en lo que respecta al descanso obligatorio, en el que se garantizan al tiempo el restablecimiento de la salud física de la madre y el cuidado personal del recién nacido, como en lo concerniente al descanso facultativo. Pues siendo su fin atender debidamente al lactante y proporcionarle el acogimiento familiar que necesita, siendo lactante, para acomodarse a su nueva situación fuera del útero de la madre, y, no siéndolo, para aclimatarse a la nueva familia, la dedicación personal del progenitor que ejerza su derecho al descanso debe ser plena. Si no fuera así, tampoco procedería el reconocimiento del derecho. Cuando dichas consideraciones se refieren a la relación individual de trabajo, la frustración del objetivo legal se convierte en transgresión de la buena fe contractual.

- La permanencia de la obligación de cotizar, que continúa siendo exigible para ambos sujetos de la relación laboral y de Seguridad Social. Este deber no es común a todos los supuestos suspensivos, de ahí que se destaque en esta sección, como efecto propio de la suspensión debida a maternidad, aunque sea un efecto compartido con otros supuestos suspensivos.

La subsistencia de la obligación que une a las partes contractuales con el sistema de la Seguridad social no supone la conservación de todos sus elementos íntegros, sino que se impone, por el contrario, una adaptación de la misma a la nueva situación, por cuanto, al no ser abonado ni el salario ni en su caso la prestación sustitutiva del mismo (subsidio por maternidad) por el empresario (pago directo por la entidad gestora), tampoco efectuará éste la detracción correspondiente a la cuota a abonar por la trabajadora. Además, no prestándose trabajo efectivo, existirán determinados eventos que no serán susceptibles de producirse en el ínterin (accidentes de trabajo) y, por tanto, exigirán una adaptación de su cobertura y financiación a la nueva situación, habida cuenta de que la prestación se reanudará una vez transcurrida la interrupción temporal. Sobre el particular se volverá en Título III, capítulo II.

9. 2. Devengos salariales durante la situación suspensiva

El tema al que quiere aludirse puede plantearse en los siguientes términos: la suspensión del contrato de trabajo supone la de las respectivas prestaciones de trabajar y de remunerar el trabajo (art. 45.2 ET). En consecuencia, durante su transcurso no existe compensación económica alguna porque no ha habido trabajo que

¹⁸⁹ Evidentemente, la cuestión planteada se entiende referida sólo y exclusivamente al contrato de trabajo, haciendo abstracción de la relación jurídica de Seguridad Social.

la haya generado. Es decir, se suspenden las obligaciones empresariales de contenido económico que tengan por finalidad retribuir al trabajador por la realización de un trabajo, *ergo* no se abonará ninguna partida salarial que se relacione con la efectiva prestación de servicios durante el periodo correspondiente a la suspensión.

Se trataría de las partidas retributivas tales como pluses o suplidos de naturaleza indemnizatoria, cuyo carácter no es salarial, sino extrasalarial, al no retribuir trabajo efectivo: su finalidad es, por el contrario, compensar el desembolso económico previo realizado por el trabajador con objeto de garantizar la efectiva ejecución del trabajo. Por ello el art. 26.2 ET les niega la consideración de salario. Su carácter extrasalarial no las excluye de la suspensión de su abono, sino que, al contrario, funda la ausencia de su percepción, por su directa conexión con el trabajo no ejecutado, y no siendo ejecutado efectivamente, tampoco procede su devengo. Lo contrario sería ilógico, porque, no retribuyéndose el trabajo efectivamente prestado, se estarían remunerando actividades directamente conectadas con éste que tampoco han sido ejecutadas. Sería el caso, v.gr., del plus de transporte: no existiendo desplazamiento que origine para el trabajador un gasto, porque no hay traslado habitual al centro de trabajo, no habrá tampoco gasto alguno que compensar y, por tanto, desaparecerá el presupuesto de hecho de la percepción salarial, que quedará sin contenido y devendrá entonces inexigible. En sentido inverso, serán objeto de devengo y, por tanto, deberán ser abonados aquellos conceptos que no se relacionen con la prestación efectiva de servicios. Dicho de otro modo, aquellas percepciones que sólo dependan de que la relación laboral esté en vigor. Lo más frecuente será que éstas sean mejoras de la Seguridad Social y, por tanto, o bien serán independientes del trabajo (v.gr., las consistentes en asignaciones económicas por circunstancias relacionadas con la familia -ayudas para estudios, guarderías...-, subsistiendo, por tanto, el motivo de su atribución en caso de suspensión contractual) o bien tendrán directa conexión con la suspensión de la ejecución del mismo, pues es ésa la finalidad que persiguen: la sustitución de la renta salarial por indemnización económica a cargo del mismo sujeto obligado, aunque bajo concepto diferente (la mejora, y no la obligación salarial).

En consecuencia, no existen percepciones salariales para el trabajador, que ve (o puede ver) sustituido el contenido de su derecho al salario por otro derecho a una *renta de sustitución*, una prestación económica de la Seguridad Social (subsidio por maternidad). Pues bien, ¿qué sucede si durante tal periodo concurre una situación extraordinaria que provoca el nacimiento de una percepción salarial *no regular* u *ordinaria*? ¿Debe concedérsele valor *modificativo* a tal circunstancia? La eventualidad de referencia admite dos posibles interpretaciones, que han de ser objeto de respuestas diversas. Y es que pueden distinguirse dos situaciones perfectamente diferenciadas:

1. *Devengo de una gratificación extraordinaria*, de devengo “ordinario”, por cuanto éste está previsto en ciertas fechas perfectamente delimitadas. En tal caso, la respuesta adecuada ha de ser la misma que la que se dé para su coincidencia con el disfrute de las vacaciones, tema que será tratado más tarde. Sin embargo,

permítase adelantar que, además de por el solapamiento de las situaciones que dan lugar una a la gratificación extraordinaria y la otra al correspondiente subsidio de la Seguridad Social, no procede su abono porque ya han sido prorrateadas (previa totalización anual) en la base reguladora de la prestación (STSJ de Madrid, de 16 de noviembre de 1989¹⁹⁰) y, por tanto, se estaría pagando dos veces por el mismo concepto por parte de dos sujetos diferentes (empresario y Seguridad Social).

La cuestión es la siguiente: si la ausencia de retribución implica la de cualquier tipo de devengo salarial, o si, por el contrario, puede afirmarse su autonomía y, en consecuencia, la posibilidad de que, no naciendo la retribución correspondiente al periodo de suspensión, sí se devenguen aquellos otros conceptos que no están unidos a dicha prestación no realizada, sino a periodos anteriores efectivamente trabajados.

La lógica impone que, puesto que corresponden a periodos suspensivos, debe resultar indiferente a la ley que el devengo y pago de aquéllos se realice en periodo diferente, es decir, no debe importar en qué momento tienen efectividad siempre que resulten procedentes porque existió el hecho que les dio lugar. Luego si llegado el mes en el que se efectúa el abono de la gratificación extraordinaria, aquél coincide con el nacimiento o la adopción de un hijo y el consiguiente descanso o ausencia temporal de la empresa, nada impide que el cobro se realice. Y siendo tales devengos de periodicidad superior a la mensual, o, lo que es lo mismo, de cómputo anual, cada mes se devengará la parte proporcional de cada una de ellas, y así lo entienden las normas relativas a la cotización. Ello significa que también se devengará durante el periodo de suspensión, aunque se detraerá la parte proporcional correspondiente al tiempo en el que no se han prestado servicios, pero con efectos futuros, es decir, de cara al próximo devengo extraordinario, en el que habrán de considerarse los periodos de trabajo efectivo. Y, por tanto, procederá la detracción de la prorrata que corresponda al tiempo de suspensión debida a maternidad o a adopción, cuya duración, a diferencia de la propia de la contingencia de incapacidad temporal, es determinable previamente a su inicio. Lo contrario significará anudar un efecto aleatorio al momento del parto o de la constitución de la adopción, de modo que si éstos coinciden con la fecha en la que tiene lugar el devengo en cuestión, no procederá su abono y, de ocurrir los señalados eventos en otra fecha, sí habría lugar a su reconocimiento: siendo idénticos los hechos, merecen igual tratamiento.

Sin duda, la conclusión a la que se ha llegado resulta coherente con el percibo de una prestación de la Seguridad Social, siendo perfectamente compatibles, en cuanto ambos "retribuyen" conceptos diferentes. La prestación de la Seguridad Social (siempre y cuando proceda su reconocimiento según las normas aplicables) incluirá

¹⁹⁰ RTSJ 1989, 2138.

la parte proporcional de la paga extraordinaria correspondiente a dieciséis semanas (como máximo), mientras el resto de la prorrata será abonada directamente por el empresario, en concepto de salario.

Cuando no exista derecho al subsidio económico de la Seguridad Social, tampoco podrá "recuperarse" la prorrata que corresponde al periodo no trabajado y, en consecuencia, se perderá.

2. *Nacimiento de un aumento salarial durante la situación suspensiva.* Manteniéndose en vigor la relación laboral, continúa produciendo efectos y, por ello, son susceptibles de producirse los mismos cambios o alteraciones que tendrían lugar de no estar interrumpidas las prestaciones principales. No cabe duda de que entre tales "modificaciones" puede contarse con un aumento salarial, que ha podido producirse como consecuencia bien de un cambio de grupo profesional -promoción o ascenso- o como resultado de un incremento en el cómputo de la antigüedad en la empresa, cuyo tránsito tiene lugar en el momento de interrumpirse la ejecución del contrato (la fecha correspondiente al periodo anual vencido coincide con la del inicio o la del disfrute del descanso por maternidad o adopción).

En tal hipótesis la duda que surge es la de determinar si ese incremento salarial es computable a efectos del cálculo del subsidio económico por maternidad. La cuestión fue juzgada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la Sentencia de 13 de febrero de 1.996 (Pleno), Asunto C-342/93, *Gillespie*, prejudicial¹⁹¹, sobre la base del principio de igualdad por razón de sexo. En efecto, el Tribunal considera que las Directivas del Consejo 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1.975, *sobre igualdad de remuneraciones entre sexos* y 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1.992 (que impone a los Estados miembros la obligación de mantener la retribución íntegra durante el permiso por maternidad), garantizan la plena igualdad salarial entre sexos y, por lo tanto, obligan al cómputo de los aumentos salariales producidos *durante el permiso por maternidad*. Asimismo, que los efectos de los aumentos salariales han de incidir incluso en el cálculo de las prestaciones por maternidad de la Seguridad Social:

“el principio de igualdad de retribución (...) no impone la obligación de mantener la retribución íntegra de los trabajadores femeninos durante su permiso de maternidad, ni establece criterios específicos con vistas a determinar el importe de las prestaciones que se les abonan durante dicho periodo, siempre que el referido importe no se fije en una cuantía que ponga en peligro el objetivo del permiso por maternidad. Sin embargo, en la medida en que el cálculo de estas prestaciones se base en el salario percibido por el trabajador femenino antes del comienzo del permiso de maternidad, *su importe deberá incluir, a partir de su entrada en vigor, los aumentos de salario que hayan tenido lugar entre el comienzo del periodo cubierto por los salarios de referencia y el final del permiso de maternidad.*”

¹⁹¹ R.L., núm. 11, 1.996; TJCE-11.

Puesto que el contrato de trabajo continúa en vigor, le serán aplicables los sucesivos convenios colectivos que afecten al resto de los trabajadores de la empresa. Por consiguiente, también tendrá eficacia en materia salarial, aunque no se devengue salario durante el periodo de suspensión, por cuanto puede tener trascendencia a efectos de cálculo de la indemnización que pueda derivarse de la extinción del contrato (STS de 19 de noviembre de 1986¹⁹²).

Cuestión ajena a las anteriores es la que se relaciona con el salario en especie, cuando éste consiste en el derecho a ocupar una vivienda. En tal supuesto estamos ante una percepción salarial (no extrasalarial), de las consideradas por el art. 26.1 ET como tales, por ser retributivas del trabajo prestado;

"se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo".

Habida cuenta de que tal derecho forma parte de la remuneración total, suspendida la totalidad de ésta, la consecuencia será que quedará también suspendida cualquier parte de la misma, por tanto, que tampoco se devengará la prestación en especie. Dicho salario ya fue computado en la base de cotización a la Seguridad Social y, por tanto, será percibido en forma de prestación durante el periodo de suspensión del contrato (siempre y cuando se reúnan los requisitos para acceder a aquélla), razón por la cual su mantenimiento durante el permiso daría lugar a una duplicidad de percepciones.

Ahora bien, si se entiende que el derecho al alojamiento, a pesar de constituir retribución en especie, se incluye en el pacto contractual como *condición anexa directamente al contrato y no a la prestación efectiva de los servicios pactados*, lo realmente determinante para la subsistencia del derecho será la propia vigencia del contrato y la subsistencia de la condición de trabajador que motiva su disfrute, de modo que, mientras aquél permanezca vivo, será exigible el derecho al alojamiento, aunque éste constituya elemento cuantificador de la efectiva retribución salarial. En todo caso, puede entenderse que la parte proporcional del salario que, conservando el derecho a la vivienda, se percibe indebidamente, podrá detrarse de la remuneración de los meses posteriores o, en su caso, de la cuantía íntegra recogida en el recibo de finiquito. El tema, de cualquier modo, ya ha sido tratado en el capítulo I de este Título y, por tanto, a él debe remitirse su tratamiento.

¹⁹² R.J. 1986, 6478.

9.3. Antigüedad

El art. 45.2 ET, en el que se describe la esencia de la suspensión del contrato de trabajo (interrumpir su ejecución), delimitando qué prestaciones quedan afectadas (las prestaciones principales: trabajar y remunerar el trabajo), también llamados "efectos principales de la suspensión", no hace mayor alusión a las posibles repercusiones que deba tener para el desarrollo del contrato, en cuanto a todas las condiciones de trabajo que en él se contienen.

Ello obliga al intérprete a sumergirse en el estudio de la naturaleza de la institución a la hora de resolver todas y cada una de las cuestiones que suscita la interrupción y consiguiente reanudación posterior de la ejecución del contrato. No escapa a tal labor hermenéutica la determinación del cómputo de la antigüedad: si queda o no paralizado por la interrupción de la ejecución de la prestación laboral.

Pero este caso presenta un interés particular que lo aleja y distingue del resto, y que reside en el hecho de que la ley sí efectúa cierta alusión al cómputo del periodo de suspensión como de antigüedad en un supuesto suspensivo, que no es el aquí tratado, sin hacer extensivo tal privilegio al resto de hipótesis de suspensión contractual. Ante lo cual surge la duda que nos lleva a debatirnos entre dos soluciones alternativas: a) la ausencia de previsión expresa significa que para esos otros supuestos no rige tal regla, que, por tanto, constituye norma especial o particular, y b) el hecho de que para un supuesto se haga mención expresa no significa más que en ese caso interesa especialmente al legislador despejar toda duda, pudiendo extenderse el beneficio también, si no a todos, a otros supuestos legales también regulados en el art. 45 ET.

La disposición a la que se hace referencia es el art. 46.1, que lo vincula a la excedencia forzosa por ejercicio de cargo público, más tarde extendida también a la excedencia por cuidado de hijos (art. 46.3). Ello no puede llevar a otra conclusión que, si el legislador cree necesario aclarar tal extremo y lo hace en el momento de dar regulación a la excedencia, que supone un plus de alejamiento del trabajador respecto de la empresa (creándose un cierto estado de desvinculación temporal más fuerte que la derivada del resto de las causas de suspensión reguladas en el art. 45.1), es para indicar que, pese a ello, también en tal situación se va a conservar ese derecho adjunto a la vigencia del contrato. Y, al tiempo, para excluir a la situación de excedencia voluntaria de los beneficios de tal reconocimiento, de modo que en la práctica, una sola alusión legal sirve para atribuir idéntica eficacia a todos los supuestos de suspensión y para negársela a uno solo: la suspensión debida a excedencia voluntaria. En consecuencia, debe concluirse, de la interpretación de la norma, que su intención es establecer que el tiempo que el trabajador permanezca en suspensión

contractual por disfrutar de un permiso por maternidad será considerado tiempo "computable a efectos de antigüedad"¹⁹³.

A los mismos resultados conduce la interpretación sistemática de la norma, pues ninguna otra alusión contenida en el ET a la antigüedad efectúa acotaciones al concepto de la que entiende aplicable a la institución que regula (v.gr., disfrute de excedencia, elecciones sindicales...)¹⁹⁴. Pero es que, además de la interpretación de la norma, es imprescindible acudir a la exégesis de la propia esencia de la figura, sin la cual quedaría incompleto e insuficiente el estudio de aquélla y, por consiguiente, las conclusiones arrojadas por el mismo. Y, desde esta perspectiva, debe atenderse a la propia existencia del vínculo, cuya subsistencia debe fundar el nacimiento de todos aquellos derechos que se deriven directamente de dicha circunstancia, por tanto, del cómputo de la antigüedad, siempre y cuando ésta no se vincule más que a la simple permanencia del contrato y no a la prestación efectiva de servicios¹⁹⁵. ¿Cuál es el criterio idóneo o correcto? Entendida como permanencia en la empresa, no exige que los servicios sean efectivamente prestados, pero, en todo caso, debe objetarse que de este modo se estarían atribuyendo méritos -v.gr., una mayor experiencia en el puesto de trabajo- a una abstracción irreal, pues no existe un trabajo efectivo que merezca el reconocimiento de las "virtudes" adquiridas por el trabajador, no derivadas del mero transcurso del tiempo, sino de la ejecución de un trabajo. Si la antigüedad se liga al mero transcurso del tiempo, ello significa que, en realidad, no se reconocen méritos, sino beneficios o derechos especiales nacidos de dicha situación. Que estemos ante la atribución de unos derechos o ante el reconocimiento de unos méritos reales dependerá del criterio que rijan el cómputo de la antigüedad.

En el terreno de los hechos, la antigüedad se percibe simplemente como tal, como permanencia al servicio de una empresa a lo largo de un periodo más o menos largo de tiempo (STS de 25 de febrero de 1985¹⁹⁶), que, siendo prolongado, dará lugar a

¹⁹³ En el mismo sentido, CARRO IGELMO, A.J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Barcelona, 1959, p. 45, VIDA SORIA: "Suspensión del contrato de trabajo", op.cit., p. 81, y LAVAGNINI, G.: op.cit., p.131)..

¹⁹⁴ Desde el ámbito de la OIT, el Convenio número 132, sobre vacaciones pagadas, también aboca a dicha solución, si bien debe entenderse que lo dispuesto en el mismo alcanza únicamente a la materia objeto del mismo, las vacaciones, no siendo extrapolable a otros aspectos. Establece en su art. 5.4 que "... las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del periodo de servicios".

¹⁹⁵ La antigüedad puede entenderse en dos sentidos: como periodo de pertenencia a la empresa y como continuidad de los servicios. En este último caso, la interrupción de la ejecución del contrato provocará la de la propia continuidad de los servicios, lo cual no dará lugar a la eliminación de la antigüedad anterior, pero sí a la reanudación de su cómputo en el momento en el que se interrumpió: por tanto, haciendo abstracción del periodo intermedio, carente de efectos.

¹⁹⁶ R.J. 1985, 694. Se dice en la misma que "el tiempo transcurrido durante tales situaciones (de suspensión del contrato) ha de estimarse de servicio y por tanto computado a efectos de determinar la antigüedad del trabajador, cuando en incidente de ejecución de sentencia, por

la adquisición de un cierto estatus que destacará al trabajador frente a sus compañeros, cuya vinculación con la empresa -medida en términos temporales- es menor. Pero es que esta solución es la que impone la propia lógica de las cosas¹⁹⁷, pues, de no ser así, carecería de sentido el propio reconocimiento de la antigüedad, puesto que, exigiéndose que los servicios sean efectivos y no siéndolos en el periodo de suspensión, no existe en realidad beneficio alguno: por el contrario, no se estaría más que declarando algo que es obvio: que cada día de trabajo en la empresa incrementa la antigüedad de los servicios totales prestados para la misma. Luego en eso consiste precisamente "el cómputo de la antigüedad" correspondiente a un periodo de suspensión: en un beneficio, aunque suponga equiparar tiempo simple de permanencia con tiempo de trabajo efectivo y, por tanto, *signifique reconocer a un trabajador ausente un mérito que no le corresponde*, frente a otros compañeros que sí han adquirido la experiencia que les da el trabajo continuado en la empresa¹⁹⁸. Y que tiene el carácter de beneficio especial se desprende de la ausencia del reconocimiento del derecho al mismo en caso de excedencia voluntaria¹⁹⁹.

Y si ello es así, debe concluirse que el simple transcurso del tiempo correspondiente al disfrute de un permiso por maternidad o por adopción será considerado como periodo de efectivos servicios para la empresa, para las consecuencias que de esto pudieran derivarse. Lo cual también está en consonancia con las especiales garantías que rodean a esta causa -y a la que regula el art. 46.3 ET- de suspensión.

Ahora bien, ¿es posible modificar este régimen general nacido de la ley a través de pacto, individual o colectivo, atribuyendo diferente eficacia a la antigüedad computable en función de los diferentes ámbitos en los que puedan provocarse

haber incumplido el empresario su obligación de readmitir al trabajador cuyo despido fue declarado improcedente o nulo, se extingue el contrato con abono de la indemnización pertinente, en cuyo cálculo uno de los datos a tener en consideración son los años de servicio". En el mismo sentido, STSJ de Cataluña, de 1 de febrero de 1996 (A.S. 1996, 394) y STSJ de La Rioja, de 26 de junio de 1997 (A.S. 1997, 2283).

¹⁹⁷ CABANELLAS prefiere recurrir a otro argumento, relacionado con las obligaciones que se desprenden de la propia vigencia del contrato: puesto que subsisten obligaciones por parte del trabajador, "se mantienen obligaciones patronales, una de las cuales consisten en conservar la antigüedad del trabajador y computar el tiempo de la suspensión del contrato de la misma manera que si éste hubiese tenido ejecución". Ahora bien, dicha regla no afecta al cómputo de los salarios, cuyo promedio se regula por los efectivamente percibidos, no por los dejados de percibir, a efectos de cálculo de indemnizaciones (CABANELLAS, G.: *Contrato de Trabajo. Parte General*. Vol. III. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1.964, p. 76).

¹⁹⁸ Lo cual no es ni mucho menos un supuesto de tratamiento desigual, pues la atribución del beneficio se liga a una situación, en la que puede llegar a estar en un momento u otro cualquier trabajador de la empresa, si no por tal causa de suspensión, por otra de las enumeradas en el art. 45 ET.

¹⁹⁹ Como declara la STSJ de Madrid, de 1 de febrero de 1990 (A.S. 1991, 691), sobre un caso de indemnizaciones debidas por FOGASA, "la indemnización se ha de calcular teniendo en cuenta tan sólo el tiempo de *servicios efectivos* en la empresa, excluyendo el de duración de la excedencia".

consecuencias? Es decir, ¿puede, v.gr., un convenio colectivo determinar que la antigüedad así computada tendrá sólo efectos en materia de pluses conectados a una cierta duración temporal del contrato y excluir su eficacia en materia de promoción o ascensos, como se permite en otros ordenamientos jurídicos²⁰⁰? La respuesta que a ello se dé está condicionada por la propia naturaleza de la norma que reconoce el derecho al cómputo de antigüedad, de su carácter de norma de Derecho necesario o de Derecho relativo. Por tanto, debe determinarse si los arts. 45 y concordantes, o en su caso, la específica regla del cómputo de la antigüedad, tienen o no carácter de norma de Derecho imperativo.

Para ello es preciso concretar qué requisitos debe reunir o cuál es la finalidad perseguida por una norma de tales características. La respuesta es la garantía de ciertos derechos o de ciertas instituciones que se entienden inviolables, por razones de seguridad del trabajador, porque su contravención supone a su vez incurrir en inconstitucionalidad (violación de principios constitucionales), por afectar a cuestiones de trascendencia pública (lo cual no es el caso) o porque se violan derechos básicos del trabajador. Pero, entonces ¿se está vulnerando algún derecho básico del trabajador en caso de modular los efectos de la antigüedad? La respuesta es negativa, porque no se entiende que de la simple diversificación de los mismos pueda causarse un perjuicio en los derechos laborales fijados en el art. 4 ET.

Por otra parte, si los efectos de aquélla se sitúan en el terreno económico, no cabe otra conclusión que su posible negociación, en los términos del art. 25 ET -que remite en su número 1 la regulación de la promoción económica a lo estipulado en convenio colectivo, sin perjuicio de la consideración de la antigüedad a efectos de los derechos adquiridos o en curso de adquisición, que habrá de respetarse por aquél²⁰¹- y del art. 26 ET -en el que se establece que los complementos salariales serán objeto de negociación colectiva-. En igual sentido debe citarse el art. 24 ET, en el que también se traslada al ámbito de la negociación colectiva la determinación de los criterios de promoción y ascenso profesional, a partir de unas pautas legales en las que se encuentra la "antigüedad del trabajador", debiendo entenderse que los parámetros en los que deba encajar ésta se remiten a norma colectiva.

²⁰⁰ V.gr., la Ley italiana 903/1977, sobre medidas de acción positiva en favor de la mujer, cuyo art. 3.2 declaraba expresamente que el periodo de suspensión por maternidad debía considerarse como de trabajo efectivo, pese a lo cual se permitía la sujeción de la promoción profesional al requisito del servicio *real* vía negociación colectiva.

²⁰¹ Podría interpretarse la norma como norma que impele a los negociadores a no olvidar como criterio determinante en materia de promoción económica la antigüedad del trabajador en la empresa. Sin embargo, no es ése el sentido de la norma, que alude al respeto de los derechos adquiridos (ya efectivamente adquiridos o en curso de adquisición) por el transcurso del tiempo, según las normas aplicables al trabajador en cuestión, que podrán modificarse *in peius*, pero que carecerán de retroactividad.

El legislador portugués prefiere despejar toda duda al respecto, y por ello declara que “las faltas al trabajo... no determinan la pérdida de ningún derecho y serán consideradas, para todos los efectos, salvo en cuanto a remuneración²⁰², como prestación efectiva de trabajo” (art. 18 de la Ley nº 4/1.984 ,de 5 de abril, de protección de la maternidad y de la paternidad, modificada por la Ley nº 17/1.995, de 9 de junio). Sin embargo, la normativa de desarrollo deja claro que no todos los supuestos conducen a las mismas consecuencias, al prever que la licencia especial por cuidado de hijo “suspende los derechos, deberes y garantías de la partes de la relación de trabajo, en la medida en que presupongan la efectiva prestación de trabajo”, de tal modo que “el periodo de licencia no contará a efectos de diuturnidades, antigüedad y promoción, así como para la constitución de otros derechos cuya adquisición depende de la efectividad del servicio” (art. 14 del Decreto-ley nº 136/85, de 3 de mayo, por la que se desarrolla la Ley nº 4/84).

En cuanto a la trascendencia que tiene ese reconocimiento como periodo computable a efectos de antigüedad, debe decirse que va a garantizar el derecho a que de ese periodo también se deriven efectos para todos aquellos beneficios o derechos contractuales que se ligen a una cierta permanencia en la empresa. Y tales beneficios podrán ser y serán, como ya se ha apuntado, fundamentalmente económicos, lo cual no significa que no puedan ser igualmente importantes otros efectos que, en definitiva, también van a producir beneficios económicos: v.gr., en materia de promoción profesional. Un cierto grado de antigüedad puede producir un ascenso en el escalafón profesional, según los criterios de clasificación y promoción y ascenso profesional que rijan en la empresa donde sean prestados los servicios retribuidos, pero a su vez con toda seguridad dicho ascenso va a provocar un aumento en la masa salarial a percibir por el trabajador. Y, en su caso, en la determinación del grupo de cotización a la Seguridad Social, con la consiguiente aplicación de unas nuevas bases mínima y máxima por contingencias comunes, resultando, por tanto, también un aumento de las cuotas a la Seguridad Social y cuotas de recaudación conjunta (desempleo, formación profesional y Fondo de Garantía Salarial). De ahí que se pueda concluir que el efecto último del cómputo de la antigüedad mantendrá siempre alguna relación con el salario o, dicho de otro modo, acabará teniendo efectos o trascendencia económica.

En conclusión, el cómputo del periodo de suspensión, a menos que se disponga otra cosa expresamente (y, no previéndose así en norma legal, habrá de remitirse a norma convencional), funcionará a todos los efectos, normal o fundamentalmente económicos:

- Nacimiento de determinados complementos salariales relacionados con la antigüedad de la permanencia en la empresa o antigüedad de los servicios (plus de

²⁰² Se entiende que se alude a la remuneración que corresponde al periodo no trabajado.

antigüedad). Su concreción dependerá del régimen jurídico previsto en el convenio colectivo aplicable. En cuanto a su devengo, procederá desde el momento de su nacimiento, aun cuando éste se produzca durante el periodo de suspensión.

- Cálculo de la indemnización en caso de extinción: el tiempo de suspensión integrará el periodo total de permanencia al servicio de la empresa a considerar en el momento de proceder al cálculo de la cuantía de la indemnización debida por extinción del contrato de trabajo, cuando así se establezca (en los casos previstos legalmente, bien sea por despido o por llegada del término pactado en ciertos contratos de duración determinada²⁰³)²⁰⁴ y su montante dependa de la duración de los servicios en la empresa, en compensación al tiempo dedicado por el trabajador a la misma. En este terreno pueden plantearse dos situaciones:
 - a) La extinción es posterior a la suspensión. En tal caso, no surge duda alguna sobre la obligatoriedad del cómputo de ese lapso temporal junto al periodo

²⁰³ Tal es el caso de las extinciones por causas objetivas, ciertos despidos y las extinciones de contratos de duración determinada siguientes: A) extinción por causas objetivas (art. 53.1 b ET, si bien en el caso del contrato de fomento de la contratación indefinida, regulado por el Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, si el despido es declarado improcedente por sentencia judicial la indemnización resulta reducida a 33 días de salario por año de servicio). B) despidos: despido improcedente (arts. 56 y 50.2 ET), despido colectivo (art. 51.8 ET). C) contratos temporales: 1º los contratos temporales "conyunturales" celebrados con trabajadores minusválidos al amparo de los arts. 17.3 ET y 44 Ley 42/1994, de 30 de diciembre, en relación con la D.A. 6º de la Ley 13/1996 y D.A. 1ª del Real Decreto-Ley 8/1997 (por los que se prorroga la vigencia del art. 44 Ley 42/94, y por tanto, la posibilidad de celebrar tales contratos, para los años 1996 y 1997, respectivamente); y 2º los contratos de celebrados entre una empresa de trabajo temporal y un trabajador cedido a una empresa usuaria a través de un contrato de puesta a disposición, en virtud del art. 11.1 del RD 4/1995, por la que se desarrolla la ley 4/1994, de empresas de trabajo temporal. También es el caso de determinadas relaciones laborales especiales, cuando el contrato sea de duración determinada: personal al servicio del Hogar familiar (Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto), deportistas profesionales (arts.13 y 15 RD 1006/1985, de 26 de junio) y artistas en espectáculos públicos (RD 1435/1985, de 1 de agosto).

²⁰⁴ Debe tenerse en cuenta el art. 33 ET, sobre responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial en el pago de los salarios pendientes de pago por el empresario a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores, en cuyo apartado 2, párrafo 2º, se limita el alcance de dicha responsabilidad en los casos que se derivan de la aplicación del art. 50 ET (o del 51 o 52 c) en las empresas de menos de 25 trabajadores) hasta una cuantía máxima de veinticinco días por año de servicio. A efectos de determinar la duración de la relación laboral de la que depende la cuantía de la prestación debida por FOGASA, el art. 19.1 del RD 505/1985 se remite a certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social en la que conste el tiempo de alta en la empresa. Por tanto, se entiende como vigencia del contrato la del tiempo en el que se haya permanecido en alta en el sistema, lo cual quiere decir que también la situación de descanso por maternidad o adopción resulta computable como periodo de antigüedad, pues, en virtud del art.106. 4 LGSS, tal circunstancia mantiene la obligación de cotizar al sistema, teniendo la consideración de situación asimilada al alta (art. 124.3 LGSS, sobre condiciones del derecho a las prestaciones). Así lo establece expresamente el art. 5.4 del Convenio OIT número 132. En tal sentido, SALA FRANCO, que cita las SSTSJ de Cataluña, de 5 de abril y de 3 de junio de 1991, A.S. 1991, 3446 y 4155, respectivamente (SALA FRANCO et al.: *Derecho del Trabajo*. Tirant lo blanch, 1997, ps. 498-499).

anteriormente transcurrido para, en cómputo global, determinar sobre el mismo la cuantía de la indemnización.

- b) La extinción tiene lugar durante la suspensión. En esta ocasión la cuestión es igualmente clara, ya que la hipotética oscuridad que pudiera plantearse como "¿computa sólo el periodo transcurrido o todo el tiempo inicialmente previsto, puesto que la duración del permiso está prefijada?" es rápidamente despejada por la lógica de la situación, que exige optar por el cómputo del periodo de suspensión efectivamente transcurrido hasta el momento de la extinción, porque sólo durante éste se mantiene la vigencia del contrato de trabajo, y porque la extinción opera de forma radical sobre la suspensión, poniéndole fin. Si bien la extinción del contrato carece de eficacia alguna para eliminar la situación que sirve de base a la suspensión (el hecho de que exista un niño recién nacido o recién adoptado que precise de los cuidados personales del trabajador), sí tiene efectos absolutos sobre la situación extintiva, determinando la terminación de la situación suspensiva, pues ésta no puede servir, a menos que así se reconozca como beneficio especial a la situación regulada (pero no por la propia naturaleza de la suspensión, que sólo interrumpe la ejecución del contrato), para prolongar la duración del contrato, que será la inicialmente pactada.
- Efectos promocionales, en materia de clasificación profesional. Se trata de computar como servicios efectivos el tiempo transcurrido en suspensión para acceder al derecho a un ascenso profesional vinculado a la permanencia durante un determinado número de años en la empresa, a pesar de que para promocionar en el trabajo pueda resultar exigible, en abstracto y por la naturaleza del trabajo más que una simple vinculación con la empresa. La realización continuada del trabajo proporciona la experiencia profesional necesaria para acceder a un ascenso, valorada por cualquier sistema de clasificación profesional como merecedora de un reconocimiento especial. Éste es medido en una más alta categoría profesional dentro de la empresa y en una recompensa económica traducida en una mejora salarial.
 - Efectos no económicos. El hecho de que la mayor parte de los efectos anudados a la antigüedad en la empresa sea de carácter económico no excluye la existencia de otras consecuencias no patrimoniales. En este terreno debe destacarse la posible influencia en tres ámbitos:
 - I. El acceso al derecho a la excedencia voluntaria, sometido al requisito de la acreditación de una cierta antigüedad en la empresa, en virtud del art. 46. 2 ET, que no exige más que la ostentación de "una antigüedad en la empresa de un año". La norma no impone que dicho periodo haya de ser de servicios efectivos, pudiendo contabilizarse, por tanto, el periodo de dieciséis semanas que se hayan disfrutado con ocasión del nacimiento o de la adopción de un hijo.
 - II. El derecho a vacaciones. A tales efectos establece el Convenio de la OIT número 132, sobre vacaciones pagadas, en su art. 5.4 que

"en las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado, las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del periodo de servicios".

Sin embargo, no es éste uno de los planos en los que puede manifestarse la antigüedad del trabajador, pues una mayor antigüedad no da derecho a un mayor periodo de vacaciones, siendo la duración de éstas exactamente la misma para un trabajador con una amplia vinculación temporal a la empresa que para otro cuyos servicios para la misma no llegan ni siquiera a un año. En todo caso, serán de treinta días, tal como establece el art. 38, que les atribuye carácter anual. En consecuencia, la permanencia en la empresa sólo tendrá incidencia en un caso: en el del contrato de duración inferior a un año, pues en tal hipótesis las vacaciones resultarán reducidas proporcionalmente (en la misma proporción en que la duración del contrato sea inferior a un año natural). No supondrá obstáculo para su disfrute el hecho de que el trabajador haya mantenido una vinculación muy breve con la empresa, ya sea de servicios efectivos o no descanso maternal.

- I. La afectación de los derechos colectivos para los cuales esté previsto algún condicionante relacionado con la antigüedad en la empresa. Se trata de los derechos de representación del personal de la empresa en los procesos electorales, es decir, a la ostentación de la condición de elector y elegible en las elecciones a representantes del personal. Cuatro son las esferas de influencia de la antigüedad en materia electoral:

- 1º. En cuanto a la cualidad de elector, el art. 69.2 ET exige "una antigüedad en la empresa de, al menos, un mes". Ello significa que, de iniciarse el descanso por maternidad o adopción en el mismo mes de ingreso en la empresa, la trabajadora o el trabajador en su caso podrán ejercer el derecho que les reconoce el mencionado artículo a participar en las elecciones a representantes del personal como electores.

- 2º. Con respecto a la cualidad de candidato o elegible, condicionada por el mismo precepto a una antigüedad mínima de seis meses.

- 3º. En materia de proclamación de candidatos elegidos, pues el art. 70 ET establece que, en caso de empate en el número de votos obtenidos por cada uno de ellos, resultará elegido como delegado de personal el trabajador de mayor antigüedad en la empresa.

- 4º. En la constitución de la mesa electoral, al determinar el art. 73.3 ET que ostentará la presidencia de la misma el trabajador de mayor antigüedad en la empresa, designándose como suplentes "a aquellos trabajadores que sigan a los titulares de la mesa en el orden indicado de antigüedad..."

No debe olvidarse la exclusión de dichos efectos para ciertos trabajadores, inscritos en una relación laboral especial: la del personal de alta dirección, a los

que el art. 16.4 del Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, niega el derecho a participar en las elecciones de delegados de personal y miembros del comité de empresa, tanto en calidad de electores como a título de elegibles.

Por último, no debe olvidarse que la ausencia de trabajo, debida a la interrupción de la ejecución del contrato, que se sule a través del reconocimiento de la misma como periodo de efectiva prestación de servicios es la que correspondería a aquel tiempo en el que los servicios fueran debidos, exclusivamente.

Ello significa que, de tratarse de un trabajador fijo discontinuo, no alcanzaría más que a los periodos de campaña, pero no a aquellos otros de inactividad de la empresa, *en los que no existe obligación de trabajar* y, por tanto, no se trabajaría aunque no existiese la situación que da lugar a la suspensión del contrato de trabajo: el nacimiento o adopción de un hijo. Idénticas consideraciones cabe hacer respecto de los trabajadores contratados a tiempo parcial.

Todos los anteriores efectos de la antigüedad son igualmente predicables de la excedencia por cuidado de hijos, en tanto en la regulación de ésta se hace expresa alusión a que el periodo de la suspensión por tal causa será computable como antigüedad en la empresa (tercer párrafo del art. 46.3 ET).

La previsión expresa en la ley excluye cualquier otra consideración en torno a la procedencia o no de dicho reconocimiento en determinados aspectos en los que sea determinante el "efecto antigüedad" (no así, en cuanto a las vacaciones anuales), al margen de otras consideraciones, de política legislativa (si es o no coherente y justa una tal disposición, habida cuenta de que no están previstos tales beneficios para otros supuestos²⁰⁵), por cuanto la regla establece una eficacia general, al decir: "será computable a efectos de antigüedad". Por tanto, con efectos en todos los ámbitos en los que haya de tener alguna eficacia la antigüedad de los servicios en la empresa.

9. 4. Relaciones entre el derecho a vacaciones y la suspensión del contrato

La suspensión del contrato de trabajo supone el apartamiento temporal de la trabajadora de su puesto de trabajo, finalidad también perseguida por la normativa que regula el derecho a vacaciones anuales. Teniendo en cuenta dicha circunstancia, así como el contexto en el que tal ausencia temporal se produce, el de la atención a unas obligaciones familiares -y en su caso, también de carácter sanitario, durante un primer periodo del descanso por parto o en el supuesto del descanso por embarazo-, no

²⁰⁵ Sobradamente conocida es la base sobre la que se asientan éste y otros beneficios unidos al hecho de la maternidad y su especial tutela por el ordenamiento jurídico.

coincidente con el de las vacaciones, destinadas al ocio del trabajador, debe resolverse cómo cohonstar ambos derechos cuando se produzca una concurrencia de los mismos en el mismo tramo temporal, impidiendo uno el ejercicio efectivo del otro. Por tanto, la alternativa entre diferir el disfrute de las vacaciones a un momento posterior o considerar que se han disfrutado, al haber transcurrido el momento oportuno y previamente fijado para ello.

Habida cuenta de la consideración de las vacaciones como supuesto interruptor pero no suspensorio de la ejecución del contrato de trabajo, debe descartarse automáticamente que la superposición de ambas situaciones constituya un supuesto de concurrencia de circunstancias suspensivas y, por consiguiente, que le sean de aplicación las soluciones previstas o construidas para éste. En consecuencia, se trata de una situación específica, de superposición de una situación de interrupción periódica con otra de suspensión del contrato de trabajo, que exige un tratamiento jurídico individualizado y autónomo.

Por otra parte, la solución que se dé a tales cuestiones está fuertemente condicionada por el régimen de disfrute de las vacaciones anuales que garantiza el art. 40.2 CE y regula el art. 38 ET. Por tanto, el presupuesto o plataforma científicos del estudio de las interrelaciones suspensión-vacaciones es el examen previo de los criterios de disfrute de las vacaciones. En este sentido dispone el art. 38.1 ET que el periodo de vacaciones anuales retribuidas será el pactado en convenio colectivo o contrato individual, y el 38.2 ET que

"el periodo o periodos de su disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones" (y "en caso de desacuerdo entre las partes, la jurisdicción competente fijará la fecha que para el disfrute corresponda"),

y que "el calendario de vacaciones se fijará en cada empresa", conociendo el trabajador "las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute".

Todo lo cual significa: 1º que el periodo del año en el que se disfrutarán las vacaciones será el pactado de mutuo acuerdo entre empresario y trabajador, según acuerdo individual que deberá ajustarse a lo previsto en convenio colectivo; y 2º que el calendario de vacaciones es específico en cada empresa, habiendo de ser conocido por el trabajador con una anticipación mínima de dos meses a su disfrute, lo que quiere decir que el pacto sobre determinación del periodo de disfrute de las vacaciones debe realizarse con dicha antelación.

En segundo lugar, es de obligada referencia el sistema de acceso al derecho a vacaciones, en el que, según la expresa referencia legal a que "en ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales", siendo, como el propio precepto indica, vacaciones anuales, es decir, un derecho que tiene carácter anual, cuando la permanencia en la empresa sea inferior a dicho periodo (que sirve de criterio de

asignación de las vacaciones), la duración de las vacaciones también habrá de reducirse.

En consecuencia, el criterio de determinación de la duración de las vacaciones es único -el de la anualidad-, pero su aplicación debe ajustarse a la realidad de la relación laboral, que, si se corresponde con un contrato de duración inferior a un año, no dará lugar a un derecho íntegro, sino parcial. Por tanto, el criterio en este supuesto, impuesto tanto por la lógica como por la normativa internacional (art. 4.1 Convenio OIT n° 132²⁰⁶), es el de la proporcionalidad, según el cual la duración de las vacaciones resultará minorada en la misma proporción en que lo esté la del contrato con respecto a la unidad anual.

De tal modo se permite mantener la fecha fijada para su disfrute²⁰⁷ de forma colectiva, en lugar de esperar a que se genere el derecho íntegro por el transcurso del periodo anual que le sirve de base (que haría desplazarse el disfrute de las vacaciones a una fecha cierta, no fijada por las partes, sino condicionada por la duración del contrato). Con tal fin funciona también la determinación de las vacaciones cuando, a pesar de que la duración pactada del contrato sea igual o superior a un año, los servicios prestados hasta el momento del nacimiento del derecho a vacaciones sean de duración inferior, al ser computables tanto los servicios ya prestados como los servicios *por prestar* hasta la extinción del vínculo contractual. Ya que el año tomado para efectuar tales cálculos es, como dispone el art. 4.2 del Convenio OIT n° 132, el año civil, es decir, el que transcurre desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre²⁰⁸.

²⁰⁶ Dispone tal precepto que "toda persona cuyo periodo de servicios en cualquier año sea inferior al requerido para tener derecho al total de vacaciones prescrito en el artículo anterior tendrá derecho respecto de ese año a vacaciones pagadas proporcionales a la duración de sus servicios en dicho año". En cuanto a la legislación interna, la escasa regulación del derecho a las vacaciones en el art. 38 ET (vulnerando lo dispuesto en el art. 5.3 del Convenio OIT 132, según el cual "la manera de calcular el periodo de servicios a los efectos del derecho a vacaciones será determinada en cada país por la autoridad competente o por el organismo apropiado") hace imposible extraer una respuesta clara y definitiva.

²⁰⁷ Señala GORELLI HERNÁNDEZ la existencia de dos criterios habituales en la aplicación de la norma a tales situaciones, en lo que respecta al momento oportuno del disfrute de las vacaciones: el de la postanualidad, según el cual las vacaciones se disfrutarían siempre en su integridad, lo cual exige que se devenguen por el transcurso del periodo total de once meses, y el de la interanualidad, que implica el disfrute parcial de aquéllas en proporción al tiempo ya trabajado, siendo el criterio predominante el segundo (GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *op.cit.*, p. 94). Debe entenderse que tales criterios son aplicables tanto a los contratos de duración igual o superior a un año, en los que sí existiría un derecho íntegro o derecho a treinta días de vacaciones, como a los de duración inferior, en los que el derecho será parcial. En cualquier caso, resulta rechazable el criterio de la "postanualidad" en este último supuesto, pues su admisión supondría negar el derecho a vacaciones a los trabajadores contratados por tiempo determinado en contratos de duración inferior a un año.

²⁰⁸ GARCÍA ORTEGA, J.: "Nacimiento, duración y disfrute del derecho a vacaciones". *Tribuna Social*, núm. 38, monográfico, p. 10.

Las consideraciones precedentes apuntan a la dependencia del nacimiento del derecho a vacaciones respecto de la duración del contrato, lo cual conduce a rechazar otros posibles criterios, como -y éste es el punto clave en el tema que se debate- el de la duración de los servicios prestados con anterioridad. Por tanto, lo que resulta trascendente a estos efectos es la efectiva duración del contrato (que por periodos anuales genera el derecho a disfrutar de treinta días de vacaciones) y no que se haya prestado o no un trabajo real²⁰⁹.

En aras de una mayor exactitud debe decirse que, en realidad, el derecho a vacaciones sí está condicionado a la efectiva prestación de unos servicios, pero éstos no deben ser necesariamente prestados sino previsible o presumiblemente prestados dentro de un periodo anual. A lo que debe añadirse que, para el cómputo de dichos periodos de servicios efectivos, *los periodos de suspensión por causa de maternidad reciben la consideración de trabajo efectivo*. Ésa es la solución a la que apunta el art. 5. 4 del Convenio número 132 de la OIT, *sobre vacaciones anuales pagadas*, de 24 de junio de 1970²¹⁰, según el cual, "las ausencias al trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte²¹¹ del periodo de servicios", por tanto, como periodo computable a efectos de determinar la duración y disfrute del derecho a vacaciones.

Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que el propio Convenio introduce una reglamentación incompleta, remitiendo las condiciones de aplicación del contenido de la disposición a las legislaciones internas, al disponer que el régimen de aquél se desarrollará "en las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado". Dicha regulación no se ha abordado por el legislador español, pero la jurisprudencia ha acogido unánimemente el criterio del Convenio, y, supliendo la función legislativa, ha completado el art. 38 ET, entendiendo que el periodo total debe minorarse cuando los servicios efectivos sean inferiores a un año (en aplicación del art. 4.1 del Convenio) y que en dicho periodo de servicios efectivos deben computarse los que correspondan a suspensión por maternidad. En tal sentido se pronuncia el TCT en su sentencia de 20 de octubre de 1986 (sobre incapacidad laboral transitoria), que recoge toda la doctrina anterior²¹².

²⁰⁹ El problema que se plantea en tales supuestos es que, si las vacaciones se disfrutaran por todo el personal de la empresa en una fecha cierta (por paralización total de la actividad) y ésta es posterior a la extinción del contrato, el trabajador podría quedarse sin disfrute efectivo de las vacaciones, que deberían ser compensadas en metálico.

²¹⁰ Ratificado por España el 16 de junio de 1972 (BOE de 5 de julio de 1974).

²¹¹ GARCÍA ORTEGA (op.cit., p. 14) concede a la expresión "serán consideradas como parte..." el valor de *adicionar* al periodo de trabajo efectivo el que corresponde a la circunstancia suspensoria, pero le niega efectos por sí solo, concluyendo que el periodo de suspensión por sí solo no genera derecho a vacaciones, sino que debe acompañarse de trabajo efectivo. En el mismo sentido, SSTSJ de Madrid, de 19 de octubre de 1989 (A.S. 1989, 1695) y de 26 de marzo de 1993 (A.S. 1993, 1460).

²¹² RTCT 1986, 10737.

En cualquier caso, remitiéndose el régimen jurídico a la negociación colectiva (art. 38 ET), deberá estarse a las soluciones previstas en el convenio colectivo correspondiente. No obstante, el campo material de aplicación de la norma sectorial parece ser, a tenor del art. 38 ET, sólo el periodo de vacaciones, es decir, la duración de las vacaciones anuales, así como el periodo o fecha en el que serán disfrutadas (planificación anual de vacaciones). Pero no el *régimen de acceso* a las mismas, que, por tanto, constituye Derecho necesario -relativo- que, al no ser creado por el legislador interno, proviene directamente del art. 5.4 del Convenio.

Sin embargo, el propio Convenio prevé en sus apartados precedentes (arts. 5.1, 5.2 y 5.3) que en cada país podrán establecerse periodos de calificación para generar el derecho a vacaciones (apartados 1 y 2 del art. 5) y que también será la legislación interna la que determine "la manera de calcular el periodo de servicios a los efectos del derecho a vacaciones" (art. 5.3).

Estas previsiones devuelven de nuevo la competencia al legislador interno para el establecimiento de las condiciones de acceso al derecho y, por tanto, al art. 38, que remite a la negociación colectiva determinadas materias y, en ausencia de norma legal, ha de entenderse hecha la remisión también en lo que se refiere a materias en las que se detecta un vacío legal. Luego la regulación de tal materia quedará remitida a la negociación colectiva, como mantiene la STCT de 22 de febrero de 1985²¹³, según la cual "para dicha materia, la gestión de la actuación de la ley y de los convenios colectivos se realice y distribuya mediante fórmulas de regulación compartida".

La última de las consideraciones previas al tratamiento de la cuestión planteada es la advertencia de que, con frecuencia, las doctrinas judicial y científica han resuelto el problema debatido aplicando las mismas soluciones previstas para un supuesto que a tales efectos se ha considerado análogo: la incapacidad temporal o, en su día, la incapacidad laboral transitoria.

Las anteriores premisas nos permiten abordar el estudio del tema propuesto en este epígrafe: las posibles relaciones que pueden nacer de la superposición de los periodos vacacional y suspensorio o entre el derecho a vacaciones²¹⁴ y la suspensión del contrato de trabajo son de diversa índole. Sin embargo, sólo algunas de ellas resultan conflictivas, siendo el resto producto de la coexistencia habitual de circunstancias inherentes a la propia naturaleza del contrato, de tracto continuado.

²¹³ RTCT 1985, 1449. En tal sentido, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE (*Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, Madrid, FDUCM, 1995), que abogan por el carácter dispositivo del Convenio. Debe decirse que, en realidad, es el propio convenio el que crea su "régimen de disponibilidad". Sobre el tema, vid. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "Sobre el carácter dispositivo del Convenio 132 de la OIT". *Actualidad Laboral*, núm. 35, 1990.

²¹⁴ Sobre el tema vid. el número monográfico de *Tribuna Social sobre el régimen jurídico del derecho a vacaciones*, número 38, 1.994.

La sistematización de las mismas proyecta el siguiente esquema²¹⁵:

1. Baja médica por maternidad *anterior* al comienzo del disfrute de las vacaciones. Pueden plantearse aquí varias situaciones diferenciadas:
 - Que el alta se produzca antes del inicio de las vacaciones.
 - Que el alta se produzca durante el periodo de vacaciones.
 - Que el alta se produzca tras la expiración de las vacaciones.
2. Baja médica por maternidad *durante* el disfrute de las vacaciones.
3. Baja médica por maternidad *después* de disfrutado el periodo de vacaciones anual.

De todas ellas, ningún problema plantean ni el primero de los supuestos englobados en la primera (que el alta se produzca antes del inicio de las vacaciones) ni la última (que la baja por maternidad se dé después de las vacaciones), pues, no coincidiendo en el tiempo, ambas situaciones son perfectamente compatibles y, por tanto, susceptibles de sucederse en el tiempo. Habida cuenta de que, en virtud del art. 5.4 del Convenio 132 OIT, el hecho de que al periodo de vacaciones preceda el de maternidad no supone una merma de la duración de aquéllas, pues el periodo de suspensión por tal causa tiene los mismos efectos que el de prestación de servicios efectivos en la empresa. A la inversa, el disfrute de vacaciones con anterioridad a la baja tampoco significa merma alguna del periodo de descanso, al ser derechos totalmente independientes, basados en principios distintos.

Las otras dos hipótesis descritas -en las que existe una coincidencia en el tiempo de la suspensión por maternidad y el periodo de vacaciones, total o parcial-, por el contrario, constituyen el presupuesto de hecho de la vieja polémica, surgida de la falta de regulación expresa del supuesto, sobre la superposición de las situaciones incapacidad laboral (en el que se entendía, inexplicablemente, incluida la maternidad, aun cuando ésta fuera regulada en apartado diferente del art. 45.1 ET²¹⁶) y el disfrute de las vacaciones anuales retribuidas.

²¹⁵ Todas ellas hacen abstracción del hecho del efectivo señalamiento de las vacaciones con carácter previo, circunstancia que sí es considerada por GARCÍA ORTEGA (op.cit., p. 19) para establecer un catálogo diferente de situaciones, según: a) que exista señalamiento y b) no exista señalamiento previo de las vacaciones, entendiéndose que en este último caso la solución es clara: "si el alta se produce dentro del periodo correspondiente puede reclamar el disfrute, en caso contrario caducará el derecho sin posibilidad de compensación", citando como base jurisprudencial la STCT de 19 de julio de 1988 (STCT 1988, 4949).

²¹⁶ No se entiende la asimilación de la maternidad a la enfermedad en el ámbito de las normas estrictamente laborales, por más que en el de la Seguridad Social el legislador hubiera adoptado la opción de incluirlo como situación determinante de la contingencia de incapacidad laboral transitoria, error hoy corregido. No obstante, el tratamiento que hasta fechas recientes ha recibido la situación referida nos obliga a consultar las fuentes en las que tal confusión se ha vertido, para tratar de deslindar las conclusiones asimilables de las que no pueden ser extrapolables desde la situación de incapacidad temporal, por las connotaciones incapacitantes que tiene, hasta la de maternidad.

Ésta se traduce en dilucidar si el transcurso de una de las dos debe suspender el de la otra o si, por el contrario, su acontecer simultáneo debe producir su solapamiento y, por tanto, su incompatibilidad, no habiendo lugar al aplazamiento del disfrute de una hasta la finalización del de la otra. En otras palabras, si la coincidencia en el tiempo de las dos provoca la absorción de una de ellas -la que se inicie en segundo lugar- y su consiguiente eliminación definitiva, o si, por el contrario, cabe el disfrute sucesivo (en primer lugar el de la primera situación nacida y, seguidamente, el de la segunda en el tiempo). Sin olvidar que se trata de dos situaciones diferenciadas: que el proceso de maternidad se inicie con anterioridad al disfrute de las vacaciones o durante el mismo, tal como afirma la STCT de 13 de marzo de 1986²¹⁷: "han de distinguirse los dos supuestos que se plantean en el litigio, pues la ILT no debe tener el mismo tratamiento cuando existe previamente a la fecha del disfrute de las vacaciones que cuando se produce una vez iniciado el descanso anual..."

La primera de las dos posturas significa que, cuando ambas situaciones coincidan en el tiempo, la garantía del derecho al disfrute de las vacaciones que proclama el art. 6.2 del Convenio 132 OIT, según el cual "los periodos de incapacidad de trabajo resultantes de enfermedad o de accidente no podrán ser contados como parte de las vacaciones pagadas anuales..."²¹⁸, implica el mantenimiento del disfrute íntegro de aquéllas y, por tanto, el derecho a *recuperar* el tiempo no disfrutado (sea el periodo completo de vacaciones, si coincidió en su totalidad con el descanso por maternidad o adopción, o sólo una parte de aquéllas, al haber sido sólo parcial la coincidencia temporal), o, lo que es lo mismo, a que se señale, de acuerdo con el empresario, una nueva fecha para ello, pues "si bien dicha inactividad impide el desgaste físico en el tiempo en que tiene lugar, no permite, por obvias razones, el esparcimiento que la vacación supone"²¹⁹.

El obstáculo que halla esta solución es que sólo está prevista para las situaciones de enfermedad o de accidente. El texto legal no hace referencia a la maternidad, que, sin embargo, sí estaba expresamente incluida en el art. 5.4 del mismo Convenio, lo cual hace pensar que no ha existido una inclusión implícita, pues, de haberse querido incorporar, se habría hecho expresamente, como ha ocurrido en ese otro precepto. Ahora bien, atendiendo al hecho de que son situaciones equiparables a los efectos que

²¹⁷ RTCT 1986, 1996.

²¹⁸ El precepto está sometido en su aplicación a los mismos condicionamientos que los resultantes del art. 5.4, ya que también se dice: "en las condiciones en que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado". Por ello entiende GARCÍA ORTEGA (op.cit., p. 20) que tal disposición no puede ser fuente de derechos y obligaciones hasta tanto haya sido puesto en ejecución.

²¹⁹ STCT de 15 de abril de 1978 (RTCT 1978, 2188). En favor de tal interpretación, RIVA SANSEVERINO (RIVA SANSEVERINO, L: *Diritto del Lavoro*, Padua, 1.967. p. 273 y LAVAGNINI: *La sospensione del rapporto di lavoro*. Università degli Studi di Pisa. Ed. Feltrinelli, 1.961, p. 78), quienes argumentan que las vacaciones deben ser efectivamente disfrutadas, porque sólo así se tutela la integridad física del trabajador.

se discuten, sobre la base del elemento de la involuntariedad (se trata en ambos casos de situaciones ajenas a la voluntad del trabajador)²²⁰, puede extrapolarse la regulación expuesta a las situaciones de descanso por maternidad, biológica o adoptiva.

La segunda de ellas, por el contrario, amparada en el principio del caso fortuito que recoge el art. 1.105 del C.c. (según el cual las consecuencias dañosas deben perjudicar a quien padece sus efectos), significa la “neutralización” de ambos periodos, por cuanto la imposibilidad del disfrute de las vacaciones no es debida a la voluntad del empresario²²¹, que no se ha opuesto al mismo, sino a concurrencia de circunstancias ajenas a la relación laboral. Resulta de aplicación, pues, según esta solución -que, es por otra parte, la mayoritaria dentro de la doctrina judicial- el mismo tratamiento a esta situación que la propia de los días de descanso semanal coincidentes con un periodo de suspensión, no acumulables para su disfrute posterior. Es decir, su devengo se produce en la fecha prevista y, por tanto, la sobrevenida del parto o de la constitución de la adopción en el momento en el que se disfruta de vacaciones anuales es una simple cuestión *de mala suerte* para el trabajador, cuyo riesgo no es trasladable al empresario, ya que las vacaciones ya fueron fijadas en su día, mediando acuerdo del trabajador que posteriormente ha resultado perjudicado por tal fecha. No puede pedírsele al empresario que garantice su disfrute en óptimas condiciones, es decir, gozando de un tiempo de ocio, del que, por haber de atender al cuidado del menor, no podrá disponer. Como afirma el TCT en su sentencia de 11 de mayo de 1.987 (sobre un caso de incapacidad laboral transitoria)²²², la norma del art. 6 del Convenio nace de la conveniencia de impedir la fijación arbitraria y fraudulenta de la fecha de las vacaciones por parte del empresario²²³ y no está prevista para otra circunstancia en la que dicha actuación no exista o no pueda existir. Ello es lo que sucede en el supuesto examinado y, en consecuencia, no resultaría aplicable la referida regulación:

“... pero una vez iniciada la vacación no puede exigirse al empresario que garantice al trabajador un disfrute pacífico y en aceptable estado de salud su descanso anual, así es que, si sobreviene aquel episodio fortuito, no se suspende el cómputo del tiempo y, causada el alta, únicamente podrán disfrutarse los días de descanso que resten del total previsto.”

²²⁰ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “La retribución de las vacaciones”. *Tribuna Social*, número 38, monográfico, 1994, p. 39.

²²¹ BARASSI (*Il diritto del lavoro*. Vol. III) y DI LITALA (*Il contratto di lavoro*. 5ª ed. Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1956) argumentan que el empresario no tiene por qué conocer la enfermedad que ocurre durante el transcurso de las vacaciones. Sin embargo, la maternidad sí es conocida de antemano.

²²² RTCT 1987, 11646.

²²³ “la ratio legis del mismo no es otra que la de impedir la actuación fraudulenta del empresario en orden a la fijación de las fechas de disfrute de las vacaciones, lo que se produciría cuando el empleador imputa las vacaciones a periodos de tiempo en que el trabajador haya permanecido de baja por accidente o enfermedad o, cuando menos reduce el periodo vacacional en proporción al tiempo de baja anterior, siendo ilícito, en tal caso, reducir el descanso anual...”

La solución acogida por la Jurisprudencia ha sido vacilante, prevaleciendo como doctrina mayoritaria la segunda de las opciones propuestas. Así, frente a ciertos pronunciamientos, en los que se reconocía el derecho a quien, con anterioridad al disfrute de las vacaciones en la fecha señalada había permanecido en incapacidad laboral transitoria o maternidad, y se negaba al trabajador que caía en dicha situación precisamente en el momento de inicio o durante el disfrute de las vacaciones, que se entienden consumidas, precisamente porque tal tiempo inicialmente no es de trabajo, sino de vacación, aunque devenga posteriormente de suspensión. Especialmente ilustrativa al respecto es la STCT de 13 de marzo de 1986²²⁴, según la cual

"... cuando se produce una vez iniciado el descanso anual (...) para este caso ha declarado la sentencia de este tribunal de 22 de julio de 1983 (7190 RA) que la enfermedad o el accidente no laboral producido durante la vacación no suspende el disfrute de la misma y, por tanto, no genera derecho a fijar otro periodo para hacer efectivo el descanso, pues no se pueden desplazar las consecuencias dañosas del hecho al empresario, pero si la ILT se produce antes de la fecha del disfrute colectivo de las vacaciones, debe tener un tratamiento distinto y ha de resolverse en un proceso individual en el que se han de atender las particulares circunstancias de cada caso, como son (...) si la función que tiene atribuida el trabajador permite el disfrute de la vacación fuera del periodo colectivo según las características en que se desarrolla el proceso productivo y si éste permite la dispersión de las épocas de descanso de algunos trabajadores..."

La solución contraria a la "recuperación" de las vacaciones es acogida en la mayoría de ocasiones. Tanto la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo como la de los Tribunales Superiores de Justicia²²⁵ y la del Tribunal Supremo se ha inclinado por la interpretación restrictiva (y extensiva) del art. 5.4 del Convenio 132 OIT, para negar que el solapamiento de ambas situaciones haya de perjudicar al empresario, cuando éste haya obrado de buena fe en el señalamiento de las vacaciones²²⁶. En tal sentido, las sentencias del TCT de 17 de julio de 1984²²⁷, y del TS, de 30 de noviembre de 1995²²⁸, en las que el supuesto de hecho es precisamente un caso de maternidad.

²²⁴ RTCT 1986, 1996.

²²⁵ SSTSJ de Madrid, de 12 de febrero de 1.990 (A.S. 1.990, 627), Galicia, de 15 de abril de 1.993 (A.S. 1.993, 1918) y de la Comunidad Valenciana, de 15 de septiembre de 1.993 (A.S. 1.993, 3928). Según la STSJ de Madrid, de 27 de marzo de 1.990 (A.S. 1.990, 1240), "no es legítimamente exigible un nuevo señalamiento de vacaciones para quienes hubieran estado, durante el periodo que para las mismas tenían asignado, en situación de ILT". Entre las últimas, STSJ del País Vasco, de 14 de febrero de 1.995 (A.S. 1.995, 521).

²²⁶ Señala LAVAGNINI que, si bien la formulación de la norma contenida en el Convenio núm. 52 no precisa expresamente si se refiere a la enfermedad sobrevenida durante el curso de las vacaciones, sí resulta de las discusiones de trabajo preparatorias y del texto originariamente propuesto, en el que se establecía que las vacaciones retribuidas debían comprender "al menos seis días laborables con exclusión de los días festivos oficiales... y de los días de enfermedad" (LAVAGNINI, G.: op.cit., p. 80).

²²⁷ "Aunque con antelación al periodo expresado, concretamente el 6 de julio, se hubiera producido la incapacidad laboral de la actora por maternidad, la que duró hasta el 19 de octubre (...), la superposición de aquella situación con la época fijada por las vacaciones no autoriza un nuevo señalamiento de carácter individual" (RTCT 1984, 6467). También se refieren a la maternidad las

A *sensu contrario*, le será exigible al empresario un nuevo señalamiento si la coincidencia de vacaciones y situación de baja por maternidad ha sido propiciada por él mismo, quien a sabiendas las ha hecho coincidir, aprovechando la situación suspensiva para computarla como periodo de vacaciones, en contra del art. 6.2 Convenio 132 OIT. Ahora bien, teniendo en cuenta que la fecha del descanso por maternidad, a diferencia de la incapacidad temporal, sí es conocida de antemano por el empresario, al ser un hecho cierto y previsible (STS de 30 de noviembre de 1.995²²⁹, que rechaza la aplicación de la teoría del caso fortuito al supuesto de maternidad, dado que “las notas que lo configuran -suceso imprevisible o inevitable- concurren normalmente en los supuestos de enfermedad y accidente, pero no en el supuesto de maternidad”), puede concluirse que la regla será de aplicación en todos los casos, pues la posibilidad de que la actuación del empresario sea fraudulenta será siempre susceptible de producirse. Sin embargo, no es ésta la interpretación que se desprende de la práctica judicial, que tiende a asimilar ambas situaciones, a pesar de que una de ellas no sea constitutiva de caso fortuito, acudiendo a otros elementos de similitud. No lo es la existencia de baja médica en ambos casos, porque si bien en uno ésta viene exigida por el estado patológico del trabajador, cuyos padecimientos durante la situación de suspensión pueden hacer recomendable la conservación del derecho a un nuevo periodo de vacaciones, posterior a la finalización de la situación de incapacidad temporal, en el otro la situación de normalidad vivida por la trabajadora, o en su caso el trabajador, no hace exigible la recuperación de las vacaciones que se solaparon con el descanso maternal. La STSJ de Baleares, de 29 de abril de 1991²³⁰, es contundente al respecto, al admitir que pueda retrasarse el disfrute de las vacaciones en caso de incapacidad temporal (porque así lo prevé el convenio colectivo de aplicación, y no porque ése sea el criterio judicial), pero no en la hipótesis de baja por maternidad:

“la posposición de las vacaciones... sólo ocurre en los casos de baja que obliguen a la inmovilidad física o al ingreso del trabajador en centro hospitalario, pero no en aquellas otras hipótesis de baja que no van acompañadas de una de las circunstancias que enuncia el artículo 17 del Convenio²³¹; que es lo que sucede, por lo general, con el descanso por maternidad, el cual, más que un verdadero supuesto de imposibilidad material de prestar los servicios profesionales por parte de la trabajadora, consisten en una situación asimilada a fines de protección”.

STCT de 13 de enero y 2 de julio de 1987 (RTCT 1987, 455 y 14986). Vid. también la de 6 de septiembre de 1988, si bien referida a un caso de enfermedad (RTCT 1988, 5449).

²²⁸ R.J. 1995, 8771. En ella se confirma la doctrina de la STSJ de Cataluña, de 15 de marzo de 1994 (AS 1994, 1272), en la que se niega tal derecho, frente a la sentencia contradictoria del TSJ de Madrid, de 16 de octubre de 1991 (AS 1991, 5927), que sí había entendido que la trabajadora tenía derecho a disfrute individualizado del periodo vacacional.

²²⁹ A.L., núm. 15, 1.996.

²³⁰ A.S. 1991, 2826.

²³¹ El convenio colectivo de aplicación.

La misma doctrina se deduce cuando el señalamiento proviene de calendario colectivo de la empresa por interrupción total de actividad laboral²³², por no detectarse conducta abusiva en este caso, sino, asimismo, caso fortuito (art. 1.105 C.c.), y porque en este caso también existe un pacto colectivo que debe respetarse y por consiguiente ello iría en contra del mismo (STCT 10 de octubre de 1988²³³)²³⁴, debiendo prevalecer el interés colectivo sobre el individual²³⁵.

Tal incidencia no tiene virtualidad, pues, para volver a otorgar el carácter de tiempo de trabajo a una situación que no lo era ya²³⁶. Es decir, que el elemento

²³² STSJ de Cataluña, de 15 de junio de 1.993 (A.S. 1.993, 2980).

²³³ RTCT 1988, 6149. En igual sentido, pero con doctrina más elaborada, STCT de 6 de septiembre de 1988 (RTCT 1988, 5449): "cuando las vacaciones anuales retribuidas a que tiene derecho el trabajador se hubiesen concertado de modo colectivo y obligatorio entre empresa y trabajadores, surge como consecuencia la obligación a que se refiere el artículo 1.91 del C.c., lo que implica que fijados previamente los periodos de disfrute no sea legítimo un nuevo señalamiento individual para personas determinadas que, por causa de enfermedad, no pudieran disfrutar de la general, ya que dichas circunstancias son manifestaciones de caso fortuito que se regula en el artículo 1.105 del C.c., del que se deduce que todo el que sufre perjuicio por ello normalmente habrá de soportar él solo las consecuencias dañosas, sin poder pretender que recaigan sobre el empresario los efectos negativos de la imposibilidad del disfrute de la vacación, de modo que éste venga obligado, no sólo a reconocer un periodo de disfrute determinado, sino también a garantizarlo con buena salud". Son sentencias anteriores las de 8 de junio de 1985, 21 de noviembre de 1986 y 4 de febrero de 1987 (RTCT 1985, 3802; 1986, 12108; y 1987, 2337). La doctrina se reitera en las SSTSJ de Cataluña, de 22 de diciembre de 1992 (A.S. 1992, 6397) y de 15 de junio de 1993 (A.S. 1993, 2980).

²³⁴ Salvo condición más beneficiosa (STSJ de Valencia, de 22 de febrero de 1.991 y STS de 20 de enero de 1.995; A.S. 1.991, 1505 y R.J. 1.995, 392). Existe doctrina contraria del TCT, en la que se mantiene el deber de respeto hacia el derecho individual del trabajador que ha quedado perjudicado por la fijación colectiva de las vacaciones, cuyo solapamiento con la suspensión ya iniciada le da derecho a que le sea reconocido un nuevo periodo de vacaciones.

²³⁵ Señalan GARCÍA NINET y LLEÓ CASANOVAS (GARCÍA NINET, J.I. y LLEÓ CASANOVAS, B.: "La fijación del periodo vacacional: el calendario de las vacaciones". *Tribuna Social*, número 38, monográfico, p. 25) que son de aplicación preferente las fechas de disfrute establecidas en el convenio de empresa, negociado por los representantes legales de los trabajadores, frente al acuerdo individual concluido entre empresario y trabajador". Sin embargo, se trata de una situación especial, en la que el señalamiento, que tiene lugar con posterioridad a un primer señalamiento colectivo, está motivado por una circunstancia sobrevenida: la coincidencia del periodo de vacaciones inicialmente pactado con el descanso por maternidad.

²³⁶ En opinión de BÉRAUD, la razón es que prima la suspensión "periódica" (interrupción) sobre la accidental (suspensión), pues el obstáculo -la maternidad- no impide la ejecución de la prestación de trabajo, al no ser ésta debida. En caso contrario, una enfermedad que tuviera una duración, por ejemplo, de dos días, si se produjera durante el reposo hebdomadario, debería hacer recuperar los días "perdidos". Por tanto, concluye, "en ausencia de un texto que establezca expresamente la afectación de las vacaciones a la realización de una finalidad precisa, la lógica de las suspensiones periódicas obstaculiza la suspensión del contrato por razón de la enfermedad". Es decir, si la ley hiciera alusión expresa a que las vacaciones cumplen un cometido preciso y éste no se cumpliera como consecuencia de la suspensión, entonces sí procedería su "recuperación". Como ello no es así y mientras no lo sea, no puede sostenerse su "recuperabilidad", sino su solapamiento cuando coincidan en el tiempo. En el Derecho francés sí existe otra razón por la que las vacaciones no puedan "absorber" el derecho al descanso por maternidad: la especial protección de este periodo, en el que queda prohibido el despido. Si el descanso por maternidad pudiera ser

determinante es el momento en el que tiene lugar el inicio de la incapacidad temporal o la maternidad, de cuyo carácter se impregnará:

- si es tiempo de trabajo, será también tiempo de trabajo,
- y si es tiempo de vacación, tendrá la naturaleza de periodo vacacional, por más que realmente la finalidad de éste no se cumpla, pues el trabajador no está disfrutando de un tiempo de ocio en el que tiene la oportunidad de descansar del trabajo diario y de todo lo que éste implica (estrés, etc.), sino que está llevando a cabo una función. Precisamente para la realización de esta función el ordenamiento jurídico le concede el derecho a ausentarse del trabajo, con la finalidad de sustituir un trabajo por otro, amén del necesario periodo de recuperación física tras el parto en caso de que la maternidad sea natural. Pero ni en caso ni en el otro se está disfrutando de un tiempo de ocio.

Toda esta doctrina, referida en principio a situación distinta, la de *incapacidad laboral transitoria* (en la que se entendía comprendida la maternidad), ha de ser reinterpretada para ser aplicada a la de maternidad, y así se ha llevado a cabo por la jurisprudencia de los últimos años. Ésta, partiendo del carácter no patológico y de la posible previsión de la situación, ha puesto, en ocasiones, el acento en el principio de no discriminación por razón de sexo, que ha entendido burlado si se le negara a la trabajadora el derecho al disfrute íntegro de las vacaciones. En este sentido se pronuncia la STSJ de Madrid, de 16 de octubre de 1.991²³⁷.

No obstante, no ha sido ésta la tesis mayoritaria: por el contrario, la jurisprudencia ha llegado a la solución ya examinada, que puede considerarse, por tanto, extrapolable a la contingencia de la maternidad²³⁸.

En cualquier caso, el argumento de la primacía del principio de igualdad por razón de sexo debería ceder ante la fijación por acuerdo o pacto colectivo en materia de vacaciones, pues éste afecta a todo el personal de la empresa, cualquiera que sea su sexo, y por ser éste vinculante para las partes, por disposición expresa de los arts. 1091 y concordantes del C.c. Así se afirma, entre otras, en la STS de 30 de noviembre de 1.995²³⁹, que rechaza la aplicación de la teoría del caso fortuito al supuesto de maternidad, dado que “las notas que lo configuran -suceso imprevisible o inevitable- concurren normalmente en los supuestos de enfermedad y accidente, pero no en el

neutralizado por las vacaciones ya iniciadas, dicho contexto permitiría instar el despido de la trabajadora grávida o puerpera. En tal caso, ha de primer la fecha del parto y, por tanto, la ley especial sobre la norma general. (J.M. BÉRAUD: *La suspension du contrat de travail*. Éditions Sirey, Paris, 1980, ps. 225-226). En el Derecho portugués se establece la conservación y por tanto recuperación de las vacaciones que hayan quedado comprendidas en el periodo de licencia (arts. 4 y 5 Decreto-ley 136/85, respectivamente).

²³⁷ A.S. 1.991, 5927.

²³⁸ STCT de 10 de octubre de 1988 (RTCT 1988, 6149). STSJ de Baleares, de 29 de abril de 1.991 (A.S. 1.991, 2826).

²³⁹ A.L., núm. 15, 1.996.

supuesto de maternidad”²⁴⁰, siendo “lo decisivo a estos efectos el respeto al pacto colectivo amparado expresamente por la Ley, que no admite más excepciones...”²⁴¹

La trascendencia de esta resolución va más allá, al entender que el art. 6.2 del Convenio de referencia, en el que se establece que el tiempo de enfermedad o accidente no computa como parte de las vacaciones, no es aplicable a la situación de maternidad, ya que no se contempla expresamente, mientras el art. 5.4 sí lo hace²⁴².

Resuelto el problema de la hipotética asignación de nuevo periodo de vacaciones en favor de la respuesta negativa, queda aún una cuestión sin respuesta: si la pérdida del derecho por su no disfrute debe dar lugar a compensación en metálico, habida cuenta de que las vacaciones no son sustituibles por compensación económica, según dispone el art. 38 ET²⁴³. La solución es clara, y viene impuesta por dos razones:

- 1ª Lo que se ha venido discutiendo es si procede o no su acumulación con el periodo de descanso, produciendo una prolongación de éste o, en su caso, diferiéndose su disfrute a fecha posterior, y si la solución es negativa y la conclusión es la incompatibilidad del disfrute de dos periodos diferenciados cuando el azar los ha hecho coincidir en una misma fecha real (rechazándose, por consiguiente, el reconocimiento de un nuevo periodo de vacaciones, por no poderse disfrutar el "ordinario"), también debe recibir el mismo tratamiento, sobre la base de los mismos argumentos, su sustitución por una cantidad en metálico, pues también de este modo se está dando lugar a una acumulación que la jurisprudencia considera indebida, ya que la indemnización proviene de un derecho que ha sido declarado inexistente.
- 2ª Porque el propio precepto regulador de las vacaciones, el referido art. 38, prohíbe la posibilidad de compensación en metálico de las vacaciones, aunque deba entenderse hecha para evitar la renuncia a sus derechos por parte del trabajador (en este caso, a las vacaciones anuales retribuidas). Lo cual no sucede en la hipótesis examinada, en la que no existe ningún derecho susceptible de renuncia, sino, al contrario, una indemnización por los perjuicios que causa al trabajador el solapamiento de ambos periodos de descanso, que funciona asimismo en materia de

²⁴⁰ Esto puede constituir regla general, pero no puede presumirse que la previsibilidad sea nota esencial de un hecho como la maternidad porque éste sea biológico y no patológico.

²⁴¹ Tampoco cabe invocar, dice el Fundamento de Derecho Tercero, el art. 39 CE, referente a la protección de la familia y concretamente de la madre, puesto que el derecho ya es suficientemente desarrollado en el ET, a través del permiso por lactancia, la excedencia por cuidado de hijos y un periodo de descanso, “siendo claro que estos derechos no pueden amparar al que pretende la actora respecto a las vacaciones.”

²⁴² En efecto, el art. 5.4 menciona las situaciones de “enfermedad, accidente o maternidad”, pero el 6.2 sólo habla de “enfermedad o accidente”.

²⁴³ Sobre el tema, vid. RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.: “Vacaciones anuales: imposibilidad de su compensación en metálico: caducidad de la acción”, R.P.S., núm. 102, abril-junio 1974, y GARCÍA NINET, J.I.: “La prohibición de la compensación en metálico de las vacaciones”. Vol. III, Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo. Ministerio de Trabajo. Madrid, 1970, ps. 679 y ss.

liquidación de salarios a la extinción del contrato, ex art. 49.2 ET y art. 7.1 de la Directiva 93/104/CEE (momento en el cual se compensan en metálico las vacaciones que no han llegado a disfrutarse)²⁴⁴.

Ocurre, no obstante, que tampoco es exigible una indemnización en tales circunstancias al empresario, teniendo en cuenta que éste no ha provocado al trabajador perjuicio alguno del que deba resarcirle. Ahora bien, si se tiene en cuenta que tal solapamiento beneficia al empresario, al liberarle de abonar la remuneración correspondiente a las vacaciones, durante las que tampoco recibiría trabajo, se llega a la conclusión de que, al haber un solo periodo de ausencia de prestación laboral (y no dos, como sería lo habitual), el empresario *va a ver sustituido un periodo en el que debería salario (vacaciones) por otro en el que no lo debería (suspensión)*. De lo que resulta un beneficio nacido de una situación que perjudica al trabajador, a pesar de que el origen de su nacimiento sea azaroso y por tanto constitutivo de caso fortuito. Se trataría, sin duda, de un enriquecimiento injusto por parte del empresario, que debiera motivar la obligación de retribuir el periodo vacacional no disfrutado²⁴⁵.

La anterior conclusión se sostiene por sí misma sin necesidad de recurrir al argumento de que el salario ya ha sido sustituido por un subsidio de maternidad, ya que ni éste compensa las vacaciones no disfrutadas, sino el periodo de descanso, con independencia de la fecha en la que se disfrute, es decir, se solape o no con las vacaciones anuales. Ni su reconocimiento es automático, pues, al someterse a legislación no estrictamente laboral, sino de Seguridad Social, impone unas condiciones que pueden no ser cumplidas por el trabajador en suspenso y, por tanto, el subsidio no percibirse.

²⁴⁴ Así lo disponía expresamente el art. 35.3 de la LCT, según el cual "cuando el trabajador dejara de prestar sus servicios antes de haber disfrutado el permiso anual retribuido, percibirá la parte proporcional que le corresponda".

²⁴⁵ En el mismo sentido, GORELLI HERNÁNDEZ: op.cit., p. 98. Igualmente, LAVAGNINI (op.cit., p. 79), que sostiene que el trabajador debe disfrutar de las vacaciones tras su reincorporación, para evitar que el empresario se beneficie injustamente, ya que debe el periodo de suspensión, como el de vacaciones (de acuerdo con la indisponibilidad absoluta que sobre el descanso anual establece el art. 36 de la Constitución italiana). Tales razones han llevado a la jurisprudencia francesa, tras ciertas vacilaciones, a la conclusión de que procede el reconocimiento de una indemnización cuando el trabajador no haya podido disfrutar de sus vacaciones. Cuando la situación sea la inversa -la suspensión se inicia una vez el trabajador se halla disfrutando de sus vacaciones-, la solución será también la contraria: la negación del derecho a disfrutar de nuevas vacaciones o a serle compensadas en metálico, considerándose que la suspensión no interrumpe las vacaciones. Vid. Jurisprudencia citada en BÉRAUD, J.M.: op.cit., p. 217 y ss. En el Derecho uruguayo, se establece expresamente (art. 15 del Decreto-ley nº 15.084) el derecho de la trabajadora a percibir la cuota parte correspondiente al salario vacacional, a cargo de la Seguridad Social, de tal modo que, de no ser simultáneas en el tiempo, en el momento del disfrute de las vacaciones serán detraídos los días que, correspondiendo a las vacaciones (cinco días), ya fueron abonados junto a la prestación durante el disfrute de la licencia por maternidad, lo cual no impide que sean efectivamente disfrutados todos los días del periodo vacacional, aunque no todos ellos sean retribuidos (de los veinte días totales, sólo serán retribuidos quince).

Por último, es preciso aludir a otra de las circunstancias que, relacionadas con la maternidad, suspenden el contrato de trabajo: la excedencia por cuidado de hijos, para dilucidar si en este caso la normativa se comporta de igual modo que en la suspensión "ordinaria" o periodo de descanso por maternidad. Ateniéndonos estrictamente al modo de computar el derecho a vacaciones, si bien nada se dispone expresamente en el art. 38 ET, sí se hace en el art.4.1 del Convenio OIT 132, en el que se exige que los servicios sean *efectivos*. Es decir, no basta una mera vinculación con la empresa, sino que el derecho a vacaciones se conecta directamente con la prestación de servicios efectivos, que son precisamente la base del derecho al descanso anual (cuya justificación desaparecería si no existiera trabajo del que descansar).

Por tanto, sería preciso que, al igual que en el supuesto de descanso maternal, la norma considerara como trabajo efectivo el transcurrido en suspensión por excedencia, para que pudiera ser computable a efectos del nacimiento del derecho a vacaciones. Y no sucediendo así, porque no se prevé en el art. 5. 4 del Convenio, que sólo menciona los casos de incapacidad temporal y maternidad, ni en norma alguna del ET, que sí le atribuye virtualidad para "generar antigüedad" en la empresa (criterio inválido en materia de vacaciones anuales), no puede llegarse a otra conclusión que la negación del derecho, que sería un beneficio especial.

En consecuencia, si existe un criterio autónomo para determinar el nacimiento de este derecho, ninguna otra consideración debe intervenir en su otorgamiento. Por consiguiente, no es admisible interpretar que, como el carácter de las vacaciones es anual, el mero inicio del nuevo año, aun sin prestación efectiva de servicios, debe dar lugar al nacimiento del derecho a vacaciones anuales, de tal modo que puedan disfrutarse una vez instado el reingreso en la empresa, pues entran dentro del periodo anual considerado. Ello no significa, no obstante, que no pueda disfrutarse, en aplicación del art. 4.1 del Convenio, de la parte proporcional que corresponda al periodo de servicios prestados tras la reincorporación o que presumiblemente se prestarán hasta finalizar el año civil²⁴⁶.

9.5. Derechos colectivos

Estando en suspenso el contrato de trabajo, y habida cuenta de la subsistencia de ciertos deberes y derechos dimanantes de la vigencia del contrato, cabe preguntarse si entre ellos se encuentran los derechos colectivos.

La respuesta a tal cuestión depende de la solución que se dé al contenido de la relación entre el ejercicio de los derechos colectivos y la prestación efectiva de trabajo. En otras palabras, si el ejercicio de derechos colectivos depende de que exista

²⁴⁶ En tal sentido, GARCÍA ORTEGA: op.cit., p. 11, y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: op.cit., p. 40.

prestación de servicios o si, por el contrario, es independiente de su efectiva existencia y, por tanto, permanece en vigor a pesar de la suspensión del contrato.

Planteado el tema en tales términos, se clarifica el resultado obtenible, al reducirse el dilema a una sencilla cuestión: ¿los derechos colectivos se conectan directamente a la prestación laboral o, por el contrario, son inherentes a la condición de trabajador, que no se pierde por el hecho de la suspensión? La respuesta también es clara y se halla en la propia esencia de la institución que se estudia: los derechos que llamamos colectivos son aquellos que son compartidos por el individuo-trabajador con el colectivo-trabajadores, y que se relacionan con su pertenencia a la empresa, pudiendo accionarse también de modo colectivo, a través de representantes elegidos libremente en las elecciones a representantes del personal. Si su base se halla en la pertenencia a una misma empresa y en las consecuencias que de ello se derivan, nacidas de la existencia de un contrato de trabajo que ocasiona dicha "pertenencia", mientras ésta se mantenga (es decir, mientras subsista el vínculo contractual), se conservarán los derechos anudados a la defensa de los intereses estrechamente unidos a la relación de trabajo. Pues si la relación individual de trabajo no producirá más que los efectos "secundarios" -los principales están interrumpidos-, al margen de que aquellos que nazcan de la propia vigencia del vínculo estarán "vivos", la relación colectiva de trabajo puede comportarse de igual modo a como lo venía haciendo hasta el momento²⁴⁷, ya que nada tiene por qué obstaculizar una relación que no depende de que el trabajo se preste o no. La razón es que los intereses que pueda ostentar el trabajador "suspendido" frente al colectivo y frente a la empresa no dejarán de ser los mismos²⁴⁸. Cuestión diferente es que, en cuanto al modo de accionarlos, puedan surgir ciertas trabas que se deriven de la ausencia del trabajador de su lugar de trabajo, pero en todo caso son aspectos parciales y, además, relacionados con el ejercicio del derecho, nunca con su titularidad.

En conclusión, debe decirse, pues, que el ejercicio de los derechos colectivos se mantiene, aunque, dependiendo de cada uno en particular, el hecho de que la trabajadora o el trabajador se hallen ausentes del centro de trabajo con motivo del nacimiento de su hijo y de la necesidad de cuidarlos que con ello se genera puede dificultar en algún grado su efectiva ejecución o desarrollo. Si ello es así, por supuesto,

²⁴⁷ STSJ del País Vasco, de 24 de junio de 1996 (AS 1996, 3145): "...el contrato de trabajo subsiste y todos los demás efectos del contrato también. La suspensión afecta en definitiva a la ejecución del contrato sin repercusión alguna sobre el vínculo, el cual permanece, lo que explica que derechos y deberes recíprocos del empresario y trabajador subsistan, tales como la obligación de cotizar durante la ILT, el derecho de libre sindicación, a participar en pruebas de ascenso..."

²⁴⁸ El argumento que esgrime BÉRAUD (*La suspension du contrat de travail*. Éditions Sirey, Paris, 1980), sobre la base del art. L. 122-12 Code du travail, en el que se afirma rotundamente el mantenimiento de tales derechos, es que las funciones electivas y sindicales no son objeto del contrato y, en consecuencia, están excluidas de los posibles efectos que genere la suspensión contractual.

debe afirmarse también el mantenimiento de los derechos de naturaleza sindical, por estar basados en el mismo presupuesto²⁴⁹.

Será en el momento de concretar las manifestaciones de este abstracto concepto de "derechos colectivos" cuando haya de tratarse el comportamiento particular de cada uno de ellos en caso de suspensión del contrato debida a maternidad, en la que habrán de comprenderse tanto los casos de nacimiento de hijo, adopción y acogimiento familiar como el de la excedencia debida a cuidado de hijos. Por consiguiente, éste es el momento oportuno para hacerlo, comenzando por los derechos de representación colectiva y continuando por el significativo derecho a participar en una huelga, por las mayores dificultades que puede plantear:

I. Derechos de representación colectiva: su ejercicio.

Como ya se apuntó en el capítulo 1 de este mismo Título, el único obstáculo que encuentra el ejercicio de tales derechos es la ausencia del trabajador del centro de trabajo, con el consiguiente apartamiento de los asuntos cotidianos del mismo y, por tanto, la relativa distancia de la realidad e intereses de los trabajadores representados. Por tanto, el desempeño de tales funciones será también más difícil.

Sin embargo, si se admite la compatibilidad de la suspensión del contrato de trabajo con la posibilidad de acudir periódicamente al centro de trabajo, lo cual no significa impedir el ejercicio del derecho reconocido en el art. 45.1 d) ET. En efecto, el cuidado del hijo recién nacido no resulta interferido por ciertas esporádicas y breves ausencias del domicilio (quedando entretanto el bebé a cargo de tercera persona) con motivo de la verificación y seguimiento de los "asuntos colectivos" de la empresa inherentes al cargo representativo (ex art. 68 d) ET). En cualquier caso, la intervención del trabajador en suspenso puede venir impulsada por la propia información que, de tratarse de órgano colegiado (comité de empresa), le brinden sus propios compañeros en el ejercicio del cargo representativo, que pueden mantenerle informado a través de cualquier medio (vía telefónica, visita personal a domicilio...).

En cuanto al modo concreto de llevar a término tales actividades colectivas, podrá ser determinante el contenido del Reglamento de procedimiento del órgano colegiado de representación que prevé el art. 66.2 ET. En ausencia de tal previsión, el régimen de ejercicio debe ser el habitual u ordinario, independiente del estado activo o interrumpido de la relación laboral.

En el plano de las consecuencias del mantenimiento de la condición de representante del interés colectivo, deben destacarse las siguientes:

²⁴⁹ En el mismo sentido, VIDA SORIA, J.: "Suspensión del contrato de trabajo", en *Comentarios...*, op.cit., p. 91.

- *Mantenimiento de las garantías del art. 68 ET*, de lo cual se deriva el derecho a la prioridad de permanencia en la empresa cuando la suspensión originaria se solape con otra suspensión debida a causas tecnológicas o económicas o con una extinción -colectiva u objetiva- debida a las mismas causas (art. 51.7 y 52 c) ET), así como en caso de traslado (art. 40.5 ET). En cuanto al crédito horario sindical, cabe la duda de si las acciones que, durante el periodo de suspensión, sean llevadas a cabo en el ejercicio del cargo representativo que da lugar al reconocimiento de dicho privilegio consumen o no dicho crédito horario, habiendo de ser restadas del total del que se dispone o, si, por el contrario, quedarán sin ejercicio y, por lo tanto, podrán ser disfrutadas con posterioridad, una vez reincorporado el trabajador al puesto de trabajo, siempre que no haya transcurrido su periodo de disfrute mensual.

La cuestión da origen a una segunda controversia: si, dado su carácter retribuido, las horas destinadas por el trabajador que disfruta de un periodo de descanso no retribuido al cumplimiento de sus deberes representativos, partiendo de que es posible tal ejercicio, deberán ser retribuidas, ex art. 68 ET, a pesar de que el periodo en el que se sitúan no tiene tal carácter, por ser suspensivo (art. 45.2 ET), de modo que, no retribuyéndose el trabajo no prestado, sí fueran remuneradas las horas invertidas en la defensa de los intereses colectivos. En principio, y admitiendo que sea posible el ejercicio de las mismas y que la subsistencia del contrato mantiene vigente las garantías que, con relación al mismo, se derivan de la cualidad de representante legal de los trabajadores, nada impide que también se conserven las consecuencias que de ello se derivan y, por tanto, se tenga derecho a la retribución que corresponde. No obstante, ello entraría en colisión con el percibo de otras rentas que, provenientes del Sistema de la Seguridad Social, se destinan a sustituir al salario que se deja de percibir (el subsidio por maternidad o por adopción), en el caso de que tal derecho nazca (por acreditación de los requisitos exigidos por la LGSS), de tal modo que se daría lugar al percibo de dos rentas que tienen un mismo origen: el mismo contrato de trabajo. Tal es el contexto en el que se sitúa la incompatibilidad del percibo de pagas extraordinarias durante la situación suspensiva con el subsidio económico correspondiente, lo cual motivaría, por analogía, el rechazo de la posible compatibilidad de percepciones salariales y de la Seguridad Social. Sin embargo, el fundamento es diferente, porque la incompatibilidad se basa en que las pagas extraordinarias ya están prorrateadas en la masa monetaria sobre la que se calcula la cuantía de la prestación (base reguladora) y, por consiguiente, su abono supondría pagar dos veces un mismo concepto, lo cual no ocurre en el caso que se examina, porque ambas rentas, salarial y no salarial, persiguen finalidades distintas y están fundadas en diferentes causas. Tales dificultades deberían motivar, en definitiva, la acumulación del crédito sindical en el resto del periodo mensual que reste tras la suspensión, extinguiéndose en caso contrario (ya que, transcurrido el mes, se entenderá que el crédito ha prescrito, naciendo uno nuevo). Pero, si las

necesidades colectivas han impuesto la actuación -esporádica- del trabajador que se hallaba suspendido en su obligación de prestar trabajo, el art. 68 ET exige que tal periodo sea retribuido, porque, en caso contrario, no existirá derecho a retribución bajo otro título, al consistir la suspensión precisamente en la interrupción de ambas prestaciones básicas. Sin embargo, el análisis de la esencia del crédito horario señala finalmente que la solución es otra. Si la finalidad del mismo es permitir y legitimar la ausencia del trabajador del puesto de trabajo, no es necesario que opere durante la suspensión, porque en tal situación la ausencia ya está legitimada, bajo otra causa. El único problema que no se resuelve es el de su carácter retribuido, con el que se pretende proteger el ejercicio de tales actividades. Pero si el derecho que reconoce el art. 68 ET es el de mantener el salario que por causa de la participación en estas actividades de representación colectiva se perdería, si se parte de la base de que no existe salario alguno que perder, porque no hay retribución que pueda devengarse, al estar suspendida tal obligación empresarial, deberá concluirse que tampoco procederá en la práctica la efectiva aplicación de esta precisa garantía que reconoce el art. 68 ET. En cualquier caso, la renta salarial siempre vendrá de la mano de la Seguridad Social, a través del subsidio por maternidad, siempre y cuando proceda su reconocimiento.

- *Posible participación en acciones de naturaleza reivindicatoria* (v.gr, huelga). En tal caso no es que la participación sea meramente posible, sino que incluso puede resultar más necesaria la intervención del trabajador en suspenso en tanto que forma parte de los órganos de representación colectiva, cuya actividad en tales ocasiones es obligada, especialmente cuando el órgano de representación es unipersonal (en cuyo caso, la suspensión de la relación laboral del mismo debería dar lugar a una sustitución provisional en el ejercicio de sus funciones por aquella persona que hubiera obtenido el segundo puesto en número de votos en las correspondientes elecciones en la empresa), aunque el trabajador en cuestión no participe en el comité de huelga. Ahora bien, ello no significa que pueda ejercer el derecho a suspender su prestación contractual, puesto que ésta ya está suspendida. Por consiguiente, su condición de representante de los trabajadores le permite llevar a cabo actuaciones (v.gr., participar en una huelga), que, de otro modo, le estarían vedadas, por no existir el presupuesto de hecho que le sirve de base: la ejecución de la prestación característica del contrato, el trabajo. Restan, en cualquier caso, otras posibles acciones de carácter reivindicativo o medidas de presión no directamente conectadas con la efectiva prestación laboral, que sí podrán ser ejercitadas individualmente por el trabajador y que, en todo caso, serían accionables en calidad de representante de los trabajadores, desde la perspectiva colectiva.

II. Participación en huelga.

El derecho de huelga se define, en el contexto de una relación de trabajo, como la posibilidad de suspender colectiva, voluntaria y legítimamente la ejecución de la

prestación laboral como medida de presión. Exige, por tanto, ostentar la cualidad de trabajador (es decir, debe haber un contrato de trabajo en vigor) y tener capacidad para desarrollar el trabajo objeto del contrato. Y siendo el contenido del derecho que ampara el art. 28 CE la suspensión de la prestación de trabajo, resulta imposible que se ejerza en el transcurso de una situación suspensiva, ya que dicha prestación ya está suspendida: no puede suspenderse lo que ya está suspendido. Por consiguiente, su esencia misma choca con la posibilidad de su ejercicio, al fallar la premisa en la que se asienta.

Ahora bien, existen otros medios colectivos "complementarios" que suelen acompañar a la huelga y que no implican interrupción de la prestación laboral o, al menos, no consisten en ello, amparándose en su mayoría en las libertades de reunión, expresión y manifestación²⁵⁰: v.gr., manifestaciones de apoyo, movilizaciones, reuniones con fines estratégicos (estrategia de la huelga), piquetes de huelga... No cabe negar, pues, que son susceptibles de ser puestos en práctica estando suspendido el contrato de trabajo.

En cuanto a la ocupación pacífica del centro de trabajo, dentro de los márgenes permitidos por el art. 7.1 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo (DLRT), cabe preguntarse si el ejercicio de tal acción no impide el del derecho que protege el art. 45.1 d) ET y, por tanto, debe rechazarse su actuación por parte del trabajador que se halla en suspenso por tal causa. Ello no supone imposibilitar el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido y amparado (art. 28 CE), en tanto el bien superior que se protege -el bienestar del menor-, que funda el nacimiento de ciertas garantías, debe significar también la paralización de la eficacia práctica de otros derechos, incompatibles con la debida atención de aquél. Lo cual no impide, como ya se ha señalado, que si la situación que da lugar a la suspensión del contrato ex art. 45.1 d) lo permite, puedan llevarse a cabo ciertas actividades de las anteriormente señaladas, siempre que tengan carácter esporádico (es decir, cuando no mantengan a la trabajadora permanentemente alejada del hogar familiar).

Por lo demás, la participación en dichas actividades colectivas debe ajustarse, como es habitual, al principio de buena fe (art. 20.2 ET), que se conecta a la propia subsistencia del vínculo. En consecuencia, también las actuaciones contrarias a aquél pueden servir de base, en cuanto constituyen incumplimientos contractuales, a un despido disciplinario ex art. 54.1 d) o incluso c) del ET.

²⁵⁰"Instrumentos menores de presión" para OJEDA (OJEDA AVILÉS, A.: "Derecho Sindical", Madrid, Tecnos, 1.995).

10. Situaciones concurrentes con la suspensión: suspensión y extinción del contrato.

Una vez iniciado el proceso de suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica o adoptiva, pueden acaecer otras circunstancias que tengan idéntica eficacia para suspender el contrato, La suspensión del contrato de trabajo también puede ser contexto idóneo, como lo es su ejecución habitual, para que el contrato se extinga por alguna de las causas previstas legalmente.

El presente apartado tiene por objeto examinar si el hecho de que el contrato se halle suspendido tiene alguna influencia en el régimen jurídico propio de ambas hipótesis y, si la respuesta es afirmativa, cuáles son los cambios que introduce. Por tanto, no pretende realizar un estudio exhaustivo sobre el régimen jurídico de la extinción del contrato, ya que no es éste el lugar adecuado para ello. Se prescindirá por ello de todos aquellos aspectos que no tengan directo reflejo sobre la cuestión debatida.

10.1. Otras situaciones suspensivas

Las situaciones o circunstancias reales que dan lugar a la suspensión del contrato de trabajo, siendo múltiples, no son en sí mismas excluyentes entre sí, pues nada impide que, al tiempo que el contrato esté suspendido por cualquier causa se produzca el nacimiento o la adopción de un hijo: es más, es perfectamente plausible.

Ahora bien, en el terreno jurídico, en el momento en que esas situaciones se convierten en circunstancia con eficacia jurídica propia, al ser acogidas como causa de suspensión del contrato de trabajo por el Derecho del Trabajo, surge inmediatamente la duda de si es posible la concurrencia de varias circunstancias con eficacia jurídica suspensoria o si, por el contrario, la eficacia de una de ellas -que, por lógica, debe ser la primera en producirse en el tiempo- impide que tengan efectos jurídicos otras situaciones que normalmente los producirían. Y si, por tanto, esta nueva causa paraliza su virtualidad entretanto se mantenga la primera de las situaciones, desplegándose íntegramente dichos efectos a partir de este momento. Dicho de otro modo, si varias circunstancias pueden solaparse, actuando jurídicamente al tiempo, o si, por el contrario, la primera en actuar desplaza a las siguientes, que, o son despojadas de efectos o bien sus efectos son diferidos hasta la finalización de la vigencia de la primera. La cuestión debatible, que BÉRAUD denomina "conflicto de suspensiones"²⁵¹ y PÉLISSIER llama "concurso de suspensiones"²⁵² no termina ahí, sino que debemos

²⁵¹ BÉRAUD, J.-M.: *La suspension du contrat de travail*. Éditions Sirey, 1.980, p. 212.

²⁵² PÉLISSIER, M.J.: "Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail", en *Etudes de droit du travail offertes à André Brun*. Librairie sociale et économique. Paris, 1974, p. 427 y ss.

preguntarnos qué sentido tiene que se opte por una u otra solución, qué pueden aportar ambas y en qué criterios deberán basarse²⁵³.

En cualquier caso, la resolución del problema, como sostiene BÉRAUD, no pasa por una regla general aplicable a todos los posibles conflictos de suspensiones: por el contrario, ha de ser casuística²⁵⁴. Ello significa que la situación que está siendo examinada, la suspensión debida a maternidad, precisa de una regla propia, que no puede obtenerse mediante el recurso a la analogía.

La situación típica y habitual es la coincidencia o la conexión en el tiempo de la maternidad y la incapacidad temporal, única hipótesis resuelta en el Derecho positivo, al ser fruto de una "casualidad legal".

La hipótesis es recogida por el Derecho de la Seguridad Social como resultado de la asimilación legal de la maternidad a la incapacidad temporal bajo una misma categoría legal, así establecida a los solos efectos de la cobertura protectora de la Seguridad Social: la contingencia de incapacidad laboral transitoria. Al concebirse como dos situaciones particularizadas de un mismo supuesto legal, el Reglamento regulador de la prestación (O.M. de 13 de octubre de 1967) preveía la posible conexión de ambas, especialmente con ocasión de ciertas complicaciones patológicas derivadas del parto, o bien del proceso de maternidad con ocasión del próximo parto. Si la superposición de ambas situaciones sólo está prevista en dicha legislación, resulta conveniente y oportuno diferir su tratamiento hasta el momento en el que se aborde el estudio de la maternidad desde el punto de vista del Derecho de la Seguridad Social, como contingencia protegida por el mismo.

Sin perjuicio de su análisis en el lugar correspondiente, resulta necesario hacer alusión a una resolución judicial en la que se da solución al problema de la

²⁵³ A juicio de BÉRAUD (op.cit., ps. 213 y ss.), existen dos criterios de solución del conflicto: el criterio cronológico y el criterio causalista, defendido por PÉLISSIER y a favor del cual se alinea. En virtud del primero de los criterios -el *cronológico*-, seguido por la jurisprudencia francesa, debe primar la causa de suspensión que aparezca primero en el tiempo. De la aplicación de tal tesis se deriva el principio de indivisibilidad de suspensiones, impidiendo una suspensión en curso la operatividad de la que nazca posteriormente. Tal conclusión resulta insostenible desde el punto de vista del autor, al arrastrar el régimen jurídico de la primera suspensión a todas las que puedan aparecer con posterioridad, hasta la desaparición de la primera, de tal modo que, en caso de que la mujer se halle encinta, si acaece una suspensión por razones técnicas o económicas justo antes de comenzar el descanso por maternidad, éste quedaría paralizado por la primera causa de suspensión, con la consiguiente pérdida de los beneficios ligados a la maternidad, que no se iniciará hasta el fin de la suspensión por la causa anterior. Según el *criterio causalista*, la solución del conflicto debe partir de la consideración de los elementos propios de cada causa o categoría de causas de suspensión. Siguiendo a PÉLISSIER (op.cit., p. 447), debe averiguarse si las causas de suspensión son verdaderamente independientes una de otra o si, por el contrario, una de ellas no ejerce influencia alguna sobre la existencia de la otra; y, no siendo causas jurídicamente compatibles, debe atenderse a su naturaleza para resolver los conflictos entre suspensiones, primando en todo caso la norma especial sobre la general y la causa con tratamiento privilegiado (v.gr., maternidad) sobre cualquier otra.

²⁵⁴ J.M. BÉRAUD: op.cit., p. 212.

coincidencia temporal de ambas situaciones suspensivas, por su utilidad como criterio aplicable para solventar otras posibles hipótesis de superposición de circunstancias que dan lugar a la suspensión del contrato de trabajo. Se trata de la STSJ de Baleares, de 24 de abril de 1990²⁵⁵, en la que se aboga por la autonomía de situaciones suspensivas:

“queda absolutamente claro que el periodo de descanso obligatorio o de parto no tiene por sí mismo valor ni para modificar o extinguir las causas de la situación anterior ni la posterior, sino que es una situación *sui generis* que se superpone a aquéllas y produce un efecto propio dentro del periodo en cuestión, y que una vez transcurrido dicho periodo recobran aquéllas su vigencia o producen efecto las que hayan surgido en el citado periodo”,

pues la situación de maternidad “se mantiene invariable aunque coincida con alguna enfermedad o situación incapacitante”.

De dicha sentencia se puede extraer una conclusión: ninguna causa de suspensión tiene valor para anular a la otra²⁵⁶, pudiendo correr paralelas, de tal modo que, siendo la duración de una de ellas superior a la otra, extinguida una seguirá permaneciendo la otra, rigiéndose la reincorporación por las normas de ésta (v.gr., privación de libertad que sigue al proceso de maternidad). Ello no impide, en cuanto al régimen jurídico por el que se regirá la situación, que, si los efectos que se desprenden de ambas causas son diferentes, deba prevalecer, ante tal colisión, una de ellas. En tal disyuntiva la opción correcta no puede ser otra que aquella que proteja el bien jurídico de mayor valor o la que resulte más beneficiosa: la maternidad, “situación *sui generis*” en la que no sólo se protege a la madre, sino también al hijo *nasciturus* o nacido²⁵⁷. Algún autor recurre al criterio de la voluntad del individuo que se halla en tal situación, debiendo prevalecer, en consecuencia, el régimen por el que el trabajador opte, que será, en definitiva, el más beneficioso²⁵⁸.

Ahora bien, lo que no resuelve la aplicación de tal criterio es la yuxtaposición de situaciones suspensivas cuando la de maternidad no es la primera en producirse, sino la segunda, es decir, cuando, iniciada una situación de suspensión del contrato por cualquiera de las causas contempladas en el art. 45.1 ET, se produce el hecho que da lugar al nacimiento del derecho al descanso: el parto o su proximidad, la adopción o el acogimiento. La cuestión debatible es la siguiente: ¿puede el nuevo régimen de la suspensión debida a maternidad sustituir a otro menos beneficioso nacido de causa de suspensión diferente? Admitir dicha posibilidad significaría convertir una situación de la que podría no derivarse la conservación del puesto de trabajo (v.gr., excedencia

²⁵⁵ A.S. 1990, 2578. F.D. 1º.

²⁵⁶ En tal sentido, VIDA SORIA, que se manifiesta a favor de la “nueva yuxtaposición sin obstáculos; con lo cual los tiempos reales de suspensión pueden verse notablemente alargados”, (*Comentarios...*, op.cit., p. 140).

²⁵⁷ En tal sentido, PÉLISSIER: op.cit., p. 448.

²⁵⁸ BÉRAUD, J.-M.: op.cit., p. 229. El criterio sólo es válido entre causas de suspensión de similar naturaleza.

voluntaria) en otra más favorable al trabajador, alcanzando los efectos de la maternidad a todo el periodo anterior, lo cual no puede sostenerse sin desvirtuar la propia naturaleza de la hipótesis suspensiva. Debe imponerse la lógica y efectuarse el siguiente planteamiento: para que se suspenda una relación debe estar ejecutándose y, si ello no es así, será imposible su interrupción, porque ya estaba interrumpida²⁵⁹. En consecuencia, resulta rechazable la conexión de ambas circunstancias sin solución de continuidad y, por consiguiente, se impondría la necesaria reincorporación previa y, una vez hecha ésta efectiva, estando la relación laboral en pleno vigor y ejecución, podría ser de nuevo objeto de suspensión²⁶⁰. Sin embargo, existen pronunciamientos jurisprudenciales que entienden que la excedencia voluntaria puede ser anulada por otra causa de suspensión, si bien esa otra causa es otra excedencia, de carácter forzoso (STSJ de Andalucía/Granada, de 15 de enero de 1997²⁶¹).

Cuando la causa de suspensión anterior no sea una excedencia voluntaria, sino cualquier otra de las previstas en el art. 45.1 ET, de aquellas cuyo origen no es voluntario, sino, por el contrario, ajeno a la voluntad de la trabajadora, y, por razón de su carácter azaroso, se produce en la fase final del embarazo, con anterioridad al inicio del descanso maternal, la anterior solución puede neutralizar el régimen beneficioso de la maternidad y, por tanto, provocar la pérdida de la prestación de la Seguridad Social. Tan fatal coincidencia puede jugar diabólicamente en contra de la trabajadora, perjudicándole injustamente. Y no siendo el carácter de esta situación similar a la anteriormente expuesta (v.gr, excedencia voluntaria que concurre con un proceso de maternidad), la pregunta que surge inmediatamente es la siguiente: ¿es adecuada a este caso la tesis del caso fortuito que la jurisprudencia aplica al supuesto de la interrupción -vacaciones anuales- que se solapa con la suspensión? Debe entenderse que no, pues el concurso de vacaciones y suspensión por maternidad se

²⁵⁹ Según CABANELLAS, que analiza la superposición de enfermedad con otra causa de suspensión, debe prevalecer la suspensión anterior en el tiempo (por tanto, parece suscribir lo que BÉRAUD denomina "criterio cronológico"). En consecuencia, si la enfermedad acaece después, deberá transcurrir primero la suspensión absoluta (sin prestación de servicios ni percepción de salarios) para que el contrato recobre su vigor y proceda la "prórroga de la suspensión" por causa distinta. La misma regla se aplicará cuando la situación sea la inversa, es decir, la enfermedad se inicie antes (CABANELLAS, G.: op.cit., p. 76).

²⁶⁰ No es ésta la solución por la que opta el TSJ de Extremadura, en su sentencia de 5 de octubre de 1993 (A.S. 1993, 4370), en la que se permite la solicitud de nueva excedencia por razón distinta (incompatibilidad en la Administración pública) antes del reingreso.

²⁶¹ A.S. 1997, 237, en la que se afirma que "a diferencia de la voluntaria, la que es forzosa, se produce automáticamente por el nombramiento para el cargo, incluso aunque el trabajador estuviera en excedencia voluntaria". La resolución citada basa su decisión en el carácter automático que tiene tal excedencia, lo cual no sucede en la por cuidado de hijos, que debe ser objeto de solicitud, a voluntad del trabajador, de igual modo que en caso de excedencia por ejercicio de funciones sindicales, a la que no hace extensible las consecuencias de la que regula el art. 46.1, entendiéndose que sólo si el operario lo desea se situará en excedencia. En cualquier caso, puede desprenderse de todo ello la posibilidad de sustituir una excedencia por la otra, aunque no sea con carácter automático sino voluntario.

resuelve sobre la base de la propia naturaleza de ambas situaciones, que son objeto de tutela, si no similar, sí asimilable, por el ordenamiento jurídico: la una con el derecho a la conservación de la integridad del salario y la otra con el derecho a un subsidio de la Seguridad social. Por el contrario, la hipótesis que se trata de resolver es controvertida precisamente por la diferente tutela prevista para cada una de las circunstancias, siendo mucho más beneficiosa la relacionada con la maternidad de la mujer trabajadora. Y, siendo real el objeto de tutela, pues el proceso de maternidad se va a producir en todo caso, pues ya se inició con anterioridad (no es aplazable, ni tampoco puede ser objeto de maquinación fraudulenta por parte del trabajador para beneficiarse de un derecho privilegiado), no hay razón para negarle primacía a tal causa de suspensión. Ello a pesar de haberse producido con posterioridad en el tiempo a esa otra circunstancia cuyo régimen jurídico es menos beneficioso, habida cuenta de la importancia que le concede el legislador a tal bien jurídico²⁶².

10.2. La extinción del contrato estando éste suspendido

Las siguientes líneas se dedican al examen de las situaciones extintivas del contrato de trabajo que pueden concurrir con o derivar de la suspensión del mismo cuando ésta se deba a *maternidad*. Siendo nuestro propósito extraer sólo la esencia de las mismas por cuanto inciden en la configuración general de la situación suspensiva o en el normal desarrollo de la relación de trabajo, provocando su ruptura o terminación irregular, el análisis a realizar será breve.

La extinción del contrato puede estar relacionada con el estado de embarazo de la trabajadora o con la posterior dedicación al cuidado de los hijos, en cuyo caso tendrá connotaciones discriminatorias, si el despido está motivado por dicha condición (aunque sea indirectamente²⁶³), y por ello se remite su estudio al lugar adecuado²⁶⁴. Pero también puede tener lugar de forma simultánea a tales situaciones sin que éstas constituyan su fundamento, siendo en tal caso extinciones conformes a derecho²⁶⁵, ya que "la suspensión del contrato no impide que éste pueda extinguirse en virtud de cualquier causa legítima" (STS de 3 de julio de 1.987²⁶⁶)²⁶⁷, a menos que una norma

²⁶² En tal sentido, BÉRAUD: op.cit., p. 222.

²⁶³ Como afirma BÉRAUD, se quiera o no, el despido de un trabajador enfermo en razón de los problemas que su ausencia provoca en el funcionamiento de la empresa es un despido fundado en la enfermedad (BÉRAUD, J. M.: op.cit., p. 252). Lo mismo puede predicarse respecto de la maternidad.

²⁶⁴ Vid. supra, Título I, capítulo 2.

²⁶⁵ Salvo cuando la extinción se produzca por la misma solicitud de suspensión en el caso de la excedencia, cuya denegación por parte del empresario es equiparable al despido (STSJ de Madrid, de 3 de diciembre de 1.992, A.S. 1.992, 6190 y STSJ del País Vasco, de 9 de diciembre de 1.993, A.S. 1.993, 5394).

²⁶⁶ R.J. 1987, 5075.

especial disponga lo contrario. Así lo hacía el reformado art. 55.6 ET, pero no existe en el Derecho vigente disposición alguna que prohíba el despido de un trabajador cuya relación laboral se halla en suspenso. Porque lo que prohíbe el art. 14 de la Constitución, por discriminatorio, es que la maternidad, biológica o adoptiva, sea el motivo en el que se base la extinción contractual²⁶⁸ (pues en tal caso sería extinción “debida a” y no “durante”) y porque si el contrato continúa en vigor no existe impedimento para que también lo sea para instar su extinción, siempre que ésta derive de circunstancias que se relacionen con las prestaciones que siguen siendo exigibles a pesar de la suspensión de las principales (STS de 30 de septiembre de 1982)²⁶⁹.

La misma doctrina se deducía del art. 55.6 ET incluso antes de su reforma por la Ley 11/1.994, que supuso la eliminación de la prohibición expresa de extinguir el contrato durante su suspensión, contenida en la disposición referida²⁷⁰, en el que se calificaba de nulo tal despido cuando la jurisdicción competente no apreciara su procedencia (es decir, se admitían como posibles calificaciones del despido el procedente y el nulo, pero no el improcedente, sustituible por indemnización)²⁷¹. La

²⁶⁷ Ciertos ordenamientos jurídicos indican expresamente que no será obstáculo a la extinción contractual su estado suspensorio. Así sucede en el Derecho portugués: art. 14 del Decreto-ley nº 136/85, de 3 de mayo, en el que se regula la licencia especial por cuidado de hijos subsiguiente a la suspensión por nacimiento de hijos, indicando cuáles son los efectos que se derivarán de tal estado del contrato.

²⁶⁸ STCT de 11 de enero de 1983 (RTCT 1983, 124): “tal circunstancia sólo opera en cuanto la causa alegada para tal decisión empresarial esté relacionada directamente con aquélla, pero no cuando se aleguen otras motivaciones que constituyan faltas de carácter laboral, que sean acreedoras del despido.”

²⁶⁹ R.J. 1982, 5321. La doctrina del Tribunal Central de Trabajo es unánime al respecto. En el mismo sentido, VIDA SORIA (*La suspensión del contrato...*, op.cit., pág. 365). En contra, dentro de la doctrina francesa, SARRAUTE, quien entiende que el derecho a la rescisión unilateral propio de un contrato de duración indeterminada queda paralizado durante el periodo de suspensión, no pudiéndose ejercer entretanto por razón de que, siendo una de las cláusulas integrantes del contrato, se halla suspendida con ellas (SARRAUTE, R.: *De la suspension dans l'exécution des contrats*. París, 1929, p. 55). En el mismo sentido, CABANELLAS, arguyendo que en tal caso el despido privaría al trabajador de los salarios correspondientes al tiempo de la suspensión, beneficiándose el empresario en perjuicio de aquél (CABANELLAS, G.: op.cit., p. 75).

²⁷⁰ La STCT de 11 de diciembre de 1982 interpretaba dicha prohibición de la siguiente manera: “indudablemente se refiere a las resoluciones unilaterales acordadas por el empresario respecto de trabajadores que se encuentren en esa situación de contrato suspendido, mas no a aquellos que por cese de la suspensión solicitan su reingreso y les es denegado”.

²⁷¹ Constituyen aplicación de dicha regla, entre otras, las siguientes sentencias del TCT: S. 7 de febrero de 1981. RTCT 1981, 826, S. 8 de abril de 1981. RTCT 1981, 2559, S. 15 de octubre de 1981. RTCT 1981, 5866, S. 13 de enero de 1982. RTCT 1982, 50, S. 19 de enero de 1982. RTCT 1982, 186; S. 9 de diciembre de 1982. RTCT 1982, 7129; S. 10 de noviembre de 1982. RTCT 1982, 6155; S. 4 de mayo de 1982. RTCT 1982, 2616; S. 5 de marzo de 1982. RTCT 1982, 1390; S. 10 de enero de 1983. RTCT 1983, 88; S. 22 de febrero de 1983. RTCT 1983, 1480; S. 8 de marzo de 1983. RTCT 1983, 1850; S. 15 de marzo de 1983. RTCT 1983, 2080; S. 7 de abril de 1983. RTCT 1983, 2801; S. 8 de abril de 1983. RTCT 1983, 2846; S. 22 de abril de 1983. RTCT 1983, 3464; S. 13 de mayo de 1983. RTCT 1983, 4246; S. 7 de junio de 1983. RTCT 1983, 5273; S. 8 de junio de 1983. RTCT 1983, 5349; S. 14 de junio de 1983. RTCT 1983, 5621; S. 11 de julio de 1983. RTCT 1983, 6730; S. 14 de septiembre de 1983. RTCT 1983, 7443; S. 20 de septiembre de 1983. RTCT

supresión de la misma implicó la expulsión de nuestro Derecho de una fórmula similar a las cláusulas de estabilidad que rigen en no pocas legislaciones comparadas vigentes. Sin embargo, como se indicaba, dicha limitación no impedía que tuviera lugar la extinción por causa legítima²⁷².

La supresión de tal previsión supone la violación de la normativa proveniente de la OIT, plasmada en el Convenio número 103 (y anteriormente en el número 3, *sobre asistencia y auxilio a las obreras antes y después del parto*), en cuyo art. 6 se prohíbe expresamente el despido de la mujer que se ausente de su trabajo con motivo del parto (no se incluye el supuesto de la adopción), así como su comunicación de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante tal periodo de ausencia²⁷³.

En virtud de dicha norma, no sólo es ilegal el despido realizado durante el periodo de descanso por maternidad, con independencia de cuáles sean las causas del mismo, sino que cuando el descanso por maternidad se inicie una vez comenzado el cómputo del periodo de preaviso y, por tanto, con posterioridad a la notificación del despido, éste quedará suspendido hasta que finalice la ausencia de la trabajadora, lo cual supone, en la práctica, alargar la duración real del contrato. De tal modo que, a pesar de que éste pudiera haberse extinguido por expiración del término final pactado, la suspensión por tal causa lo hará invulnerable, al concebirse como situación incompatible con su terminación, *ex lege*. Su fundamento es, sin duda, evitar la posible indefensión de la trabajadora ausente, al tiempo que se crea un régimen privilegiado frente a otros supuestos de ausencia del trabajador (en los que no se entiende que exista tal indefensión), difiriendo la operatividad del despido hasta la finalización del periodo de descanso. Es decir, el despido no queda prohibido, sino diferido, impidiendo que se inste en ese breve periodo de doce semanas (ex art. 3 del Convenio).

En aplicación de este mandato legal, se han dictado normas similares en gran parte de los ordenamientos laborales occidentales, sobre los que ya se han hecho los oportunos comentarios en el título precedente²⁷⁴. No ocurre lo mismo en el Derecho español, desde la derogación del art. 55.6 ET, en el que sí se recogía.

1983, 7585; S. 21 de septiembre de 1983. RTCT 1983, 7611; S. 1 de octubre de 1983. RTCT 1983, 8020; S. 8 de noviembre de 1983. RTCT 1983, 9388; S. 11 de noviembre de 1983. RTCT 1983, 9538; S. 20 de diciembre de 1983. RTCT 1983, 11094.

²⁷²STCT de 9 de diciembre de 1983 (RTCT 1983, 10680).

²⁷³ Ésta es la solución que aplica también la doctrina jurisprudencial uruguaya, al entender que la desaparición de la obligación del trabajador de estar a la orden del empleador implica la paralización de la comunicación del cese por parte de éste (ABELLA DE ARTECONA, M.: “Despidos Especiales”, número monográfico (Curso de Derecho Laboral) de la *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*. Tomo XI. Diciembre 1988, p. 35).

²⁷⁴ Vid. *supra*, Capítulo 4 del T.II de este trabajo. Contienen cláusulas similares, superando en todos los casos los mínimos previstos en el Convenio, a través de la extensión de la protección a todo el periodo de embarazo, los Derechos alemán, belga, francés, italiano, luxemburgués, portugués, británico y suizo.

La cuestión es: ¿significa esto que el legislador español está desoyendo el mandato internacional y, por tanto, se está despojando a la trabajadora que ha dado a luz de toda garantía de conservación de su puesto de trabajo? Si se tiene en cuenta que el resultado al que conduciría la inclusión de una norma de tal naturaleza se logra a través de otros mecanismos, con los que se pretenden evitar los despidos arbitrarios, finalidad que inspira el art. 6 del Convenio, la conclusión debe ser favorable al criterio adoptado por nuestro legislador.

Sin embargo, debe decirse en su contra que el Convenio referido va más allá: en realidad, se está paralizando la facultad empresarial de efectuar notificaciones a la trabajadora en descanso por maternidad cuando el contenido de las mismas es un despido. Por tanto, la intención del precepto es evitar que el despido tenga eficacia durante el periodo de suspensión. Dado que no existe en el Derecho español norma que prohíba la operatividad del despido durante la suspensión contractual, tampoco cuando ésta esté motivada por maternidad, ni directa ni indirectamente, rigiendo, por el contrario, la regla general de extinción conforme a las mismas causas previstas para cualquier situación en la que se halle el desarrollo del contrato, el mandato del art. 6 del Convenio está siendo incumplido²⁷⁵.

En cualquier caso, en ausencia de prohibición alguna, podrán operar sin restricción todas las causas de extinción enumeradas en el art. 49 ET, pues “dado que el contrato sigue vigente, subsiste íntegro el derecho del trabajador a extinguirlo, bien por acuerdo con la empresa o por su propia voluntad -dimisión- e incluso se mantiene la facultad empresarial de extinguirlo por el despido o cualquier otra causa legal que no se funde precisamente en la (causa) origen de la suspensión” (SSTCT de 8 de septiembre de 1982 y de 11 de enero de 1983)²⁷⁶.

En consecuencia, debe abordarse el estudio del concepto de "causa legítima" en relación con la suspensión del contrato, con especial énfasis en los aspectos que pudieran resultar alterados por la concurrencia de una situación suspensiva como el descanso por maternidad, entre otras las siguientes:

- 1º. si es posible que alguno de los efectos dimanantes de la suspensión sea incompatible con las circunstancias que dan lugar a un despido, o si, por el contrario, crean un estado propicio a la puesta en práctica de un despido objetivo;
- 2º. cómo se articula el procedimiento de despido colectivo cuando uno de los trabajadores afectados por el mismo se halla en situación de suspensión, qué conductas adicionales exige al empresario y qué derechos amparan al trabajador;

²⁷⁵ Ante tal situación, propone VIDA SORIA (op.cit., p. 227) como solución correcta la aplicación del Convenio, al ser obligatorio para España, si bien dicha opinión es vertida en un momento en el que sí existía una cláusula parecida en la LCT, en la que no se hacía referencia a la suspensión sobrevinida durante el periodo de preaviso trabajado.

²⁷⁶ RTCT 1982, 4692 y 1983, 124.

3º. en qué medida es posible realizar, durante la situación de suspensión, las conductas que conducen a un despido disciplinario.

En cuanto a la primera de las cuestiones enumeradas, si la situación de suspensión es contexto propicio para motivar un *despido objetivo*, es imprescindible aludir a las causas que lo legitiman: a) la ineptitud del trabajador, b) la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, c) la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 ET para el despido colectivo, y d) las faltas de asistencia al trabajo justificadas e intermitentes.

De todas ellas la propia situación de suspensión del contrato de trabajo por maternidad excluye radicalmente la contemplada en el apartado d), no sólo porque no se trata de ausencias intermitentes, siendo el periodo de descanso ininterrumpido en su disfrute, que puedan referirse a un periodo de dos o cuatro meses, pues la duración del descanso ya asciende a tal cifra mensual, sino porque el propio precepto excluye expresamente de la catalogación como falta de asistencia *la ausencia debida a maternidad*. Por tanto, la propia ley regula un régimen especial para el despido objetivo en caso de maternidad, anulando la operatividad de una de las causas legitimadoras del despido.

Restan operantes las otras tres circunstancias, que pueden actuar de igual modo durante la suspensión que en cualquier otra situación de la vida del contrato. Ahora bien, debe excluirse como patrón de medida de la ineptitud del trabajador a los efectos de la primera de ellas, la prevista en el apartado a), la situación de maternidad, no sólo porque no constituye un supuesto de incapacidad para el trabajo, sino porque tampoco la incapacidad temporal, que sí lo es (puede afectar a la capacidad física o psíquica del trabajador y, por tanto, a su capacidad para desarrollar el trabajo para el que fue contratado), es base suficiente para la aplicación del artículo referido, al ser una situación meramente temporal o transitoria. Ello no impide que, si la ineptitud está motivada por razones ajenas a las que fundan la suspensión del contrato (y que hallan su legitimación legal en el art. 45.1 ET), pueda provocar la aplicación del art. 52 a) por parte del empresario, procediendo al despido de la trabajadora o del trabajador una vez han iniciado el periodo de descanso por maternidad, pues los hechos que motivan su actuación acaecen con anterioridad.

En tales supuestos, la legislación francesa impone una traba que impide hacer efectivo el despido hasta la finalización del periodo de suspensión, ya que el Code du travail (art. L. 122-27) prohíbe al empresario notificar el despido a partir del inicio del periodo suspensorio, habiendo de esperar, por tanto, a que éste termine para comenzar a contar el periodo de preaviso. En caso de haberse notificado con anterioridad a la efectividad de la suspensión, ésta tiene la virtualidad de interrumpir

el cómputo del periodo de preaviso²⁷⁷. En igual sentido actúa la legislación uruguaya, paralizando la posibilidad de efectuar notificaciones al trabajador durante el periodo de suspensión. Así se desprende también del art. 4 del Convenio núm. 3 y del art. 6 del Convenio OIT núm. 103, en el que se dispone que cuando la trabajadora (o, en su caso, el trabajador) se ausente de su trabajo para disfrutar de un descanso por maternidad “será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”

No es ésta la solución prevista en el ordenamiento español, a pesar del mandato internacional, y, por tanto, cabe la notificación del despido, cuando éste se base en la ineptitud comprobada con anterioridad. No obstante, la concurrencia de ambas situaciones cuando la causa de suspensión es el parto de la trabajadora puede dar lugar a despidos discriminatorios encubiertos bajo la apariencia de una supuesta ineptitud “descubierta” por el empresario en el preciso momento en el que aquélla debía iniciar su periodo de descanso. Evidentemente, no todas las situaciones encajarán, ni mucho menos, en esta hipótesis, pero no debe dejar de advertirse que el riesgo de que acontezca no es despreciable.

La causa de despido que se describe en el apartado b), la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, puede también ponerse en práctica coincidiendo temporalmente con el disfrute de la suspensión, pero la hipótesis más interesante resulta precisamente de otra situación: que el despido se ponga en práctica una vez reincorporado el trabajador a su puesto de trabajo, tras agotar el periodo de descanso. Teniendo en cuenta que éste se ha podido prolongar durante casi cuatro meses, es posible que en el ínterin hayan tenido lugar cambios de importancia en la definición técnica de su puesto de trabajo, provocados por la incorporación de tecnologías nuevas, hasta el momento no utilizadas por el trabajador. Lo cual no introduce ningún elemento novedoso de valoración a la situación que se juzga, ya que tales cambios sorprenderán al trabajador, se halle o no en situación de suspensión, disponiendo de los dos meses de adaptación a las nuevas circunstancias que le concede el art. 52 b) ET. El problema nace cuando el curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional ofrecido por el empresario, en los términos del mismo artículo, se realiza durante el propio periodo de suspensión del contrato, sin que sea posible que el trabajador ausente se incorpore a una nueva convocatoria del curso y, por tanto, sin que le sean facilitados los medios para adaptar su capacidad profesional a las nuevas técnicas introducidas. La solución podría venir a través de la aplicación analógica del art. 46.3 ET, permitiendo al trabajador asistir a

²⁷⁷ El efecto de dicha disposición es retrasar la fecha de la ruptura de la relación de trabajo hasta la expiración del descanso maternal. Su efecto indirecto es incrementar la cuantía de la indemnización por despido, al aumentar la antigüedad de la trabajadora en la empresa (BÉRAUD: op.cit., p. 240).

los cursos de reconversión o perfeccionamiento que se celebren en ese lapso temporal. Cuando la adaptación no resulte posible, procederá la extinción por causas objetivas²⁷⁸.

La tercera de las posibilidades previstas en el art. 52, la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por las mismas causas que legitiman el despido colectivo, siendo el presupuesto de hecho el mismo que el despido colectivo, debe recibir las mismas soluciones que las arbitradas para éste. Por consiguiente, deben ser tratados conjuntamente, sin perjuicio de las diferencias de procedimiento establecidos para cada uno de ellos.

Respecto al *despido colectivo*, regulado en el art. 51 ET, no existe mayor especialidad que la necesidad de incluir al trabajador en suspenso en el correspondiente expediente²⁷⁹. En cuanto a la notificación de dicha inclusión, el art. 5.1.2.3º sólo exige la comunicación de la incoación del expediente a los representantes legales de los trabajadores. Por consiguiente, éstos serán quienes deban comunicar al ausente su inclusión en el mismo, así como cualquier otra incidencia en el desarrollo del procedimiento, en virtud del número 13, segundo párrafo, de dicho artículo. Según el mismo, todas las notificaciones que deban efectuarse a los trabajadores se practicarán con sus representantes legales. Sin perjuicio de ello, resulta aconsejable, como manifestación del deber de buena fe, que dicha notificación se practique, aun cuando no sea exigible legalmente, con independencia de que el despido instado por el empresario, una vez autorizado el expediente, deba ser en todo caso objeto de notificación previa (art. 49.2 ET).

Los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto tienen en la práctica totalidad de los supuestos el mismo contenido: la improcedencia del despido por ausencia de inclusión del trabajador con contrato suspendido en el preceptivo expediente de regulación de empleo, pese a lo cual el empresario quiso hacer valer la decisión por la que se acuerdan los despidos frente a aquel a quien no se había comunicado el procedimiento ni había sido incluido en el mismo²⁸⁰. Salvo lo anterior, pues, no debe añadirse más que una breve mención al cierre de la empresa, que debe recibir la consideración de acto de despido tácito. Si éste no se comunica al trabajador, constituirá despido improcedente por incumplimiento de las formalidades impuestas por los arts. 51 y 55.1 ET (STSJ de Andalucía/Sevilla, de 1 de diciembre de 1.992²⁸¹).

²⁷⁸ STSJ de Madrid, de 14 de mayo de 1996 (A.S. 1996, 1563), en la que se juzga conforme a ley el despido de una trabajadora por cambio de definición del puesto de trabajo, que tras su redefinición (por asumir funciones de relaciones internacionales) exige el conocimiento de idiomas extranjeros que aquélla desconocía y para cuyo aprendizaje no basta un simple curso de reciclaje profesional.

²⁷⁹ STCT de 3 de octubre de 1979 (RTCT 1979, 5356) y STSJ de La Rioja, de 26 de junio de 1997 (A.S. 1997, 2283), entre otras.

²⁸⁰ En tal sentido, STCT de 19 de diciembre de 1981 (RTCT 1981, 7652).

²⁸¹ En el mismo sentido, STCT de 20 de diciembre de 1983 (RTCT 1983, 11097).

La posibilidad de incurrir en conducta suficiente para motivar un *despido disciplinario* permanece en vigor durante la suspensión del contrato²⁸², si bien todos aquellos comportamientos que signifiquen un incumplimiento de obligaciones relacionadas con la obligación de prestar el trabajo dejarán de ser susceptibles de ejecutarse durante el descanso maternal y, por tanto, dejarán de constituir la base sobre la que se asentará el despido disciplinario. De ello resulta que el campo de actuación de esta causa de extinción quedará notoriamente reducido, sin perjuicio de que sea éste el momento en el que se inste un despido motivado por conductas realizadas con anterioridad a la interrupción de la prestación laboral²⁸³. Por lo tanto, habrá de basarse en *una de las prestaciones accesorias que permanecen* en vigor a pesar de la suspensión del contrato y que, por tanto, continúan siendo exigibles.

En concreto, determinados incumplimientos graves y culpables del trabajador, descritos como tales en el art. 54.2 ET, *quedarán también en suspenso* durante la suspensión del contrato, por ser de imposible ejecución, excluyéndose su invocación como causa de despido disciplinario. No prestándose trabajo, no existe obligación de acudir diariamente, ni de hacerlo puntualmente, al trabajo. Por tanto, no podrá incurrirse en el incumplimiento consistente en "faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo"²⁸⁴. Del mismo modo que tampoco será posible incumplir la obligación de disciplina y obediencia en el trabajo, ni disminuir continuada y voluntariamente el rendimiento de trabajo normal o pactado, ni ejecutar el trabajo bajo los efectos de alcohol o drogas (apartados a, b, e y f, respectivamente, del art. 54.2 ET).

Pero sí son susceptibles de realizarse las conductas tipificadas en los apartados c) y d) del mismo precepto: 1º, las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos, pues no es requisito necesario para su puesta en práctica la entrada en el centro de trabajo ni, por supuesto, la realización de un trabajo, pudiendo ejecutarse en cualquier lugar y en cualquier momento del día, aun estando fundadas en motivos laborales²⁸⁵; 2º, la

²⁸² Entre otras, SSTCT de 11 de enero y de 6 de julio de 1983 (RTCT 1983, 124 y 6523).

²⁸³ STCT de 9 de junio de 1983 (RTCT 1983, 5424), sobre apropiación dineraria.

²⁸⁴ Sin embargo, la posibilidad no debe destacarse totalmente. Existen pronunciamientos judiciales que han aplicado esta causa para declarar procedente el despido, si bien en materia de excedencia, que puede invocarse también en este caso, respecto de la excedencia por cuidado de hijos. Entre ellas, STS de 5 de julio de 1990 (R.J. 1990, 6058) y SSTSJ de Cataluña, de 24 de octubre de 1.994 y de Madrid, de 27 de marzo de 1996 (A.S. 1.994, 3885 y 1996, 1243), sobre un caso de ausencias calificadas de injustificadas por no existir sino autoconcesión de la excedencia por el trabajador, vulnerando el principio de buena fe.

²⁸⁵ La conducta estaría justificada y, por tanto, no encajaría en el art. 54.2 c) ET, de existir una circunstancia de *inimputabilidad*, como la falta de voluntad consciente y maliciosa debida a trastornos psíquicos (incluso debidos a un proceso patológico que concurre o deriva del parto), que, sin embargo, podría fundar el despido por otra causa: la ineptitud sobrevenida ex art. 52 a) ET, de ser permanentes (STCT de 11 de octubre de 1983, RTCT 1983, 8370).

transgresión de la buena fe contractual (pero no el abuso de confianza en el desempeño del trabajo), por su relación con el llamado *código de deberes éticos*.

El primero de los incumplimientos reseñados, las ofensas verbales o físicas, merece especial atención cuando se relaciona con otra causa de suspensión: la huelga, al ser ésta un contexto propicio para ser vertidas. Sobre el particular, las SSTCT de 28 de diciembre de 1982 y de 13 de mayo de 1983 declaran procedente el despido de trabajadores con contrato suspendido por huelga por proferir insultos, amenazas y causar agresiones a sus compañeros de trabajo²⁸⁶. Sin embargo, es de sobras conocida la constante doctrina del Tribunal Supremo (así como del Constitucional) que flexibiliza el rigor de tal sanción empresarial, teniendo en cuenta el contexto en el que han sido vertidas las ofensas, en cuyo marco es práctica habitual que el acaloramamiento propio de un conflicto colectivo motive reacciones inmediatas que en otra situación no se habrían producido.

En términos estrictamente jurídicos, la respuesta que se dé a la cuestión de la posibilidad de instar un despido por tales causas dependerá de la solución que se haya dado al problema de la compatibilidad entre ambas situaciones de suspensión del contrato. Es decir, si la suspensión del contrato por maternidad permite la participación en huelga, con independencia de que los efectos que primen sean los derivados de la primera suspensión -la de maternidad-, también puede concluirse que cabrá el despido por las causas reseñadas, pues poco importa el contexto en el que se profieran las amenazas o injurias que constituyen el motivo del despido. De igual modo puede decirse que sería causa legítima de despido la participación en huelga ilegal, a través de hechos diferentes a la suspensión de la prestación laboral, que ya está suspendida, lo cual no impediría la ejecución de otras acciones de apoyo a aquélla, cuya ilegalidad serviría de base al despido *ex art.* 54.2 ET.

El deber de buena fe obliga a las partes durante toda la vigencia del contrato, con independencia del estado de ejecución en el que aquél se halle. El criterio determinante es el vínculo entre las partes (STS de 11 de diciembre de 1.989²⁸⁷). Por tanto, la transgresión de tal principio legitima al empresario para instar el despido del trabajador, acudiendo a la vía que le proporciona el art. 54.2 ET. De ahí que “la circunstancia de que estuviese (...) suspendido su contrato cuando se produjo el despido no impide en absoluto la declaración de su procedencia” (STCT de 7 de octubre de 1981²⁸⁸).

La cuestión trascendental es, pues, determinar qué conductas son constitutivas del incumplimiento sancionado con el despido disciplinario, es decir, cuándo una conducta constituye transgresión de la buena fe contractual. El tema se convierte en

²⁸⁶ RTCT 1982, 7837 y 1983, 4253.

²⁸⁷ R.J. 1989, 8948.

²⁸⁸ RTCT 1981, 5707. Se trataba de un caso de desobediencia reiterada.

una cuestión especialmente delicada y espinosa, habida cuenta de que el despido disciplinario instado durante la situación de descanso por maternidad (o por conductas correspondientes a dicho periodo) se va a reconducir prácticamente a una sola causa: la transgresión de la buena fe contractual, a la que el empresario acomodará todas las conductas que considere incumplimiento grave y culpable del trabajador. Entrando en tales valoraciones, el catálogo jurisprudencial, proporcionado por la realidad cotidiana, es muy variado:

- Entiende la STSJ de Galicia, de 25 de agosto de 1.992²⁸⁹ que constituye despido procedente el basado en la falta de comunicación de la circunstancia suspensiva a la empresa y consiguiente ausencia injustificada al trabajo. No obstante, siendo el embarazo un hecho notorio que presumiblemente debe conocer el empresario cuando el estado de gravidez es avanzado (momento en el que habrá de tener lugar la suspensión del contrato)²⁹⁰, resulta difícilmente creíble, en el supuesto de que así sea alegado por el empresario, que éste no estuviera en posesión de dicha noticia. Por consiguiente, no parece que deba constituir causa suficiente para fundar el despido disciplinario.
- Del deber de buena fe contractual emana el de no concurrencia desleal²⁹¹ a la empresa²⁹².
- La legislación de Seguridad Social (LGSS) sanciona como manifestación del genérico deber de buena fe el de no utilizar el descanso que funda la suspensión²⁹³ regulada en el art. 45. 1 d) ET para ejecutar cualquier otro trabajo²⁹⁴, aunque no exija esfuerzo físico. El estricto ámbito de aplicación de dicha previsión (que se reduce a la determinación de si resulta procedente compatibilizar la prestación recibida del sistema de la Seguridad Social por el trabajador en suspensión por maternidad con

²⁸⁹ A.S. 1.992, 4114. En ella se cita la doctrina reiterada del TCT (Sentencias de 23 de noviembre y 22 de diciembre de 1982, RTCT 1982, 6598 y 7674, y de 21 de junio de 1988, RTCT 1988, 4444), en el sentido de que la suspensión de la relación laboral no opera automáticamente, sino que es necesario que el interesado comunique a la empresa de forma fehaciente la causa que ha de provocar la suspensión del contrato.

²⁹⁰ Al margen de que éste deba ser comunicado, por razones de salud, al empresario, según se desprende de la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales*.

²⁹¹ Definida como la realización de trabajos correspondientes al mismo sector de actividad industrial o comercial, que cause un perjuicio potencial o real al empresario, más allá de los límites permitidos por el art. 25 CE (ESCUDERO MORATALLA, J.F.; FRIGOLA VALLINA, J. y CORBELLA HERREROS, T.: "El principio de buena fe en el contrato de trabajo". *Relaciones Laborales*, nº 19, 1997, ps. 65-66).

²⁹² STS de 21 de mayo de 1.986 (R.J. 1986, 2597) y STSJ de Cataluña, de 5 de enero y de 2 de febrero de 1.994 (A.S. 1.994, 133 y A.L., núm. 6, 1.995, ref. 215) y de Galicia, de 25 de marzo de 1.992 (A.S. 1.992, 1254).

²⁹³ Así como de cualquier otra obligación accesoria: v.g., incumplimiento de contrato de préstamo con la empresa (STCT de 2 de junio de 1981, RTCT 1981, 3762).

²⁹⁴ STCT de 9 de diciembre de 1983. RTCT 1983, 10667. En la STS de 31 de mayo de 1986 (R.J. 1986, 2763) se dice que "ello es aplicable a los supuestos en los que el nuevo trabajo no sea remunerado, sea por cuenta propia o ajena, con más o menos intensidad y frecuencia".

el ejercicio de un trabajo, por cuenta ajena o propia) queda salvado por cuanto la base de la misma cuando se refiere al ámbito estrictamente laboral se halla en el propio deber de buena fe de las partes contractuales, que impide al trabajador desarrollar trabajos durante la situación de suspensión, entendiéndose que constituirían un supuesto de concurrencia con el empresario. Sin embargo, la influencia de la prohibición que emana del Derecho de la Seguridad Social se ha dejado sentir en este ámbito, ampliando el rigor de la norma a la incompatibilidad con cualquier tipo de trabajo, pese a que no todos constituirán competencia desleal. Y ello por cuanto permitir tal posibilidad significaría desvirtuar la propia figura de la suspensión, pensada para un fin específico que en ningún caso es la realización de otro trabajo (salvo, con ciertas reservas, en caso de excedencia).

En el supuesto concreto de la suspensión debida a maternidad, la legitimación que otorga la ley para desatender las obligaciones laborales con la finalidad de atender a otra finalidad, el cuidado del recién llegado (haciendo abstracción del origen biológico o adoptivo de la filiación, y teniendo en cuenta que en el primer caso existen también razones médicas para justificar la ausencia al trabajo), en cuanto dicha función se cubre de los mayores bienes legales, *debe necesariamente considerarse temporalmente incompatible con el desarrollo de un trabajo*. Ésta es la finalidad perseguida por la ley, que, en caso contrario, habría optado por reconocer el derecho a una licencia de las incluidas en el art. 37 ET o a la reducción de la jornada laboral (art. 37.5). Y si no ha sido así es porque la intención del legislador es que la dedicación personal de la trabajadora o trabajador que hacen uso del permiso se presume más intensa y, en consecuencia, precisa de un derecho más extenso en el tiempo. Si así se reconoce en la ley, no se puede posteriormente malversar utilizándolo con otros fines. Por consiguiente, quedando tal conducta al margen de la ley, no sólo sería fraudulenta, sino que, en el plano de la relación individual de trabajo, constituiría un comportamiento contrario a la buena fe contractual, especialmente si a dicho permiso están anudados especiales beneficios económicos financiados por el empresario (o de modo colectivo, por el personal de la empresa, en régimen de cofinanciación) como mejora voluntaria de la Seguridad Social.

La doctrina jurisprudencial sobre la materia proviene fundamentalmente de la resolución de supuestos de incapacidad temporal, que en ocasiones se han entendido aplicables analógicamente a la suspensión por maternidad, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. Sin embargo, debe decirse que la incapacidad temporal y la maternidad no han recibido nunca regulación común en el ET (sino como circunstancias autónomas), a pesar de que en otros ámbitos -el Derecho de la Seguridad Social- fueran circunstancias asimilables (lo cual debía tener efectos en este campo, exclusivamente, pero no en el de la relación laboral), ni tampoco las causas que fundan dicha incompatibilidad son las mismas. En un caso ésta proviene de una imposibilidad temporal para ejecutar el trabajo (incapacidad temporal) y en el otro de la sustitución del deber de trabajar por el de atender al recién nacido,

que puede no ser compatible con el ejercicio de ningún trabajo, como sí cabe en el caso de la incapacidad temporal²⁹⁵. Todo ello evidencia la aplicabilidad parcial, siempre rodeada de las mayores precauciones, de la doctrina emanada de la hipótesis de la incapacidad temporal²⁹⁶ a la suspensión del contrato por parto, adopción o acogimiento de un menor.

Por otra parte, las escasas ocasiones en las que los tribunales han tenido ocasión de conocer al respecto, desde la perspectiva de la suspensión que regula el art. 48.4 ET, han llegado a la conclusión de que la única razón que funda la prohibición de trabajar durante la incapacidad temporal es la imposibilidad para ello. De lo cual alguna resolución en suplicación (STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 26 de enero de 1993²⁹⁷) ha deducido que, no concurriendo tal circunstancia en el supuesto de la maternidad, la realización de determinadas actividades, no profesionales, no resulta incompatible con el disfrute de la licencia, no existiendo en tales supuestos transgresión de la buena fe contractual. Los razonamientos que llevan a calificar como improcedente el despido basado en tales causas son los siguientes:

"Cierto es que el disfrute de la indicada licencia, durante el descanso voluntario, obliga a la trabajadora a abstenerse de realizar actividades profesionales, al igual que las mismas se hallan vedadas durante el disfrute del permiso anual, pero no es menos cierto que nuestros Tribunales han venido configurando la realización de trabajos durante los periodos de Incapacidad Laboral Transitoria como un supuesto de transgresión de la buena fe contractual, pero con la condición de que tales actividades resulten contrarias a las exigencias derivadas de la dolencia que justificó la extensión del parte de baja por enfermedad, pues sólo en tal supuesto se está poniendo en peligro el rápido restablecimiento del productor. (F.D. 1º)

Si en los supuestos de baja por enfermedad tal es la doctrina de nuestros Tribunales, la solución no puede ser diversa si se aplica en términos de igualdad en aquellos otros casos en que como el presente, nos hallamos ante trabajadora en situación de licencia por maternidad, en periodo de descanso voluntario, habida cuenta la inexistencia de situación de enfermedad. Podrá sostenerse que, aun en tal caso, es exigible la no realización de actividades profesionales (por resultar contrarias al hecho mismo del periodo de descanso por maternidad), así como que se halla vedada toda actividad que entrañe riesgo relevante para el futuro parto o para la salud de la madre, pero lo que no puede sostenerse es que entraña transgresión de la buena fe contractual el hecho de realizar las tareas propias de quien vive en el campo y se halla casada con quien posee unas doce vacas, pues en tal caso no existe actividad con ánimo de lucro ni se añade riesgo alguno para la salud de la madre o del hijo, si, como en el supuesto de autos, la actividad se

²⁹⁵ STS de 29 de enero de 1987 (R.J. 1987, 177): "no toda actividad desarrollada durante la ILT puede calificarse como conducta desleal sancionable con despido, sino sólo aquella que, dotada de suficiente gravedad e intencionalidad, y a la vista de las circunstancias concurrentes -en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación-, sea susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud laboral de éste..."

²⁹⁶ Y plasmada, entre otras, en las SSTS de 31 de mayo de 1986 y de 29 de enero de 1987 (R.J. 1986, 2763 y 1987, 177).

²⁹⁷ AS 1993, 191.

limita a llevar a pastar las vacas en terrenos no abruptos y cercanos a la casa, o a ayudar en las tareas de ordeño." (F.D. 2º)

Los razonamientos anteriores deben aplicarse a la excedencia por cuidado de hijos, salvo que el horario o tipo de jornada del trabajo desempeñado permitan llevar a cabo adecuadamente el cuidado del hijo (esta solución permite compatibilizar las responsabilidades familiares con el trabajo, adaptando temporalmente éste, aunque deba ser por medio de un cambio en la actividad desarrollada, a la nueva situación familiar)²⁹⁸. Éste debe ser el argumento decisivo, y no el de la ausencia de remuneración y de prestación de la Seguridad Social en tal situación -que deben sustituirse por un salario proveniente de otra ocupación remunerada-, ya que tal hipótesis puede acaecer en la suspensión por maternidad cuando la trabajadora no tenga derecho al subsidio. Con mayor probabilidad en la maternidad natural, ya que en la adoptiva, siendo la titularidad del derecho indistinta, cualquiera de los adoptantes podrá optar por la suspensión subsidiada, y, por tanto, las posibilidades de acceder al subsidio se duplicarán.

Otras causas de extinción no experimentan variación alguna por el hecho de que el contrato se halle en suspenso:

- La extinción por *expiración del término convenido*²⁹⁹, si bien en este caso se excluye la prórroga tácita, debiendo ser en todo caso expresa³⁰⁰.
- Podrá basarse en las *causas consignadas válidamente* en el contrato³⁰¹, así como en el *mutuo acuerdo de las partes*³⁰², pudiendo el trabajador hacer uso de su facultad de extinción unilateral -dimisión- en cualquier momento (por tanto, también en

²⁹⁸ STSJ de Valencia de 31 de enero de 1.994, A.S. 1.994,372. Entre la doctrina, PÉREZ ALONSO (op.cit., p. 68), siempre que no constituya competencia desleal. Para BALLESTER PASTOR ("Las excedencias familiares...", op.cit., p. 26), el derecho debe ser incondicionado, ante la imposibilidad o inoportunidad de indagar sobre el uso que el excedente hace del tiempo que le proporciona la suspensión del contrato, entendiéndose que no se trata de una conducta abusiva por parte del excedente (que evitará así tener que recurrir a la excedencia voluntaria, menos favorable a sus intereses), sino fundada en su derecho a optar por el tipo o sistema de educación que prefiere dar a sus hijos. En contra de esta interpretación, entendida como contraria a la finalidad de la excedencia por cuidado de hijos, DILLA CATALÁ, M.J.: "La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos (la Ley 4/1995, de 23 de marzo)", en A.L., núm. 40, 1995, p. 695.

²⁹⁹ SSTCT de 1 de junio de 1982, RTCT 1982, 3287 y de 1 de diciembre de 1983 (RTCT 1983, 10402). La STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 17 de junio de 1.991(A.S. 1.991, 3821), entiende, no obstante, que, dada la sucesiva contratación temporal de la trabajadora, la posterior extinción de uno de los contratos de duración determinada es constitutiva de despido improcedente, por haberse operado la conversión del contrato en indefinido por existencia de fraude de ley.

³⁰⁰ STCT de 12 de mayo de 1983 (RTCT 1983, 4214).

³⁰¹ STSJ de Madrid, de 14 y de 17 de mayo de 1.993 (A.S. 1.993, 2591 y 2596).

³⁰² Siempre que subyazga conducta abusiva por parte del empresario en perjuicio de los derechos del trabajador.

caso de suspensión del contrato)³⁰³. Debe interpretarse como dimisión (o tácito desistimiento *ex art. 49.4 ET*³⁰⁴) la no reincorporación del trabajador una vez finalizado el periodo de suspensión (STSJ de Cataluña, de 18 de diciembre de 1.992³⁰⁵). Teniendo en cuenta que el art. 48.1 ET no señala plazo alguno de reincorporación, debe inferirse que basta que la reincorporación se realice “en un tiempo racional y prudente” (STSJ de Andalucía/Sevilla, de 1 de diciembre de 1.992³⁰⁶). Sin embargo, que no se señale plazo alguno de reincorporación no debe interpretarse sino como obligación de reincorporación inmediata, en el día siguiente a la expiración de las dieciséis semanas de descanso que la ley le concede al trabajador con motivo de su maternidad o paternidad. Por consiguiente, a partir del día siguiente comienza a incurrir el trabajador en un retraso indebido si no se reincorpora a su puesto de trabajo y tampoco justifica que ha existido una causa impeditiva para ello, como la incapacidad temporal conectada con la situación de suspensión, o provocada directamente por el parto (secuelas).

- La extinción del contrato puede tener lugar también por *muerte, incapacidad o jubilación del empresario*, que, junto al despido colectivo, constituyen formas de extinción de carácter y efectos colectivos. Procede la extinción por esta causa siempre que no concurra la sucesión prevista en el art. 44 y sea debidamente notificada al trabajador afectado (STCT de 15 de abril de 1983 y SSTS de 14 de diciembre de 1994 y de 23 de enero y 9 de febrero de 1995, u.d.³⁰⁷), en cuyo caso la reincorporación se referiría a la empresa subrogada.
- Por último, debe admitirse también la posibilidad de que la extinción sea instada por el trabajador sobre la base de un incumplimiento empresarial, *ex art. 50.1 c) ET*. No existiendo trabajo, el empresario no podrá incumplir ninguno de los deberes relacionados con su ejecución, ni tampoco con su remuneración. Sin embargo, sí puede incurrir en un incumplimiento que debería reconducirse al más amplio

³⁰³ STCT de 3 de septiembre de 1982 (RTCT 1982, 4663): “dicha suspensión sólo afecta a los elementos sinalagmáticos esenciales del contrato impidiendo la exigencia del trabajo pactado y de su congruente retribución, pero en forma alguna coarta la libre disposición del trabajador de su derecho a extinguirlo o resolverlo -y ello en manera alguna puede calificarse como renuncia a derechos inalienables sino, al contrario, palmaria demostración de la naturaleza libre del trabajo por cuenta ajena que lo distingue de periclitadas formas serviles-”. En cualquier caso, no cabe retractación posterior, según entiende la resolución referida.

³⁰⁴ Que, según la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 20 de octubre de 1988, R.J. 1998, 8125), no puede presumirse, sino que ha de constar fehacientemente.

³⁰⁵ A.S. 1.992, 6386.

³⁰⁶ A.S. 1.992, 6596. La STSJ de Andalucía/Málaga, de 25 de enero de 1.991 (A.S. 1.991, 437) interpreta que la dimisión del trabajador exige para su apreciación una actuación del productor que de manera expresa o tácita demuestre el deliberado propósito de éste de dar por terminado el contrato. La STSJ de Andalucía/Sevilla, de 8 de julio de 1.991 (A.S. 1.991, 4228) considera dimisión la incomparecencia del trabajador pasado más de un mes desde el alta médica en un supuesto de incapacidad laboral transitoria.

³⁰⁷ RTCT 1983, 3182. R.J. 1994, 10093 y 1995, 403 y 789.

apartado c) del art. 50.1: el de la obligación de cotizar, que se mantiene durante la situación de suspensión del contrato, en virtud del art. 106.4 LGSS (STSJ de Madrid, de 28 de noviembre de 1989³⁰⁸)³⁰⁹.

Examinadas las posibles causas de extinción, y siguiendo un orden lógico, procede en este momento el análisis del tiempo en el que puede ponerse en práctica la extinción contractual y, posteriormente, una vez instada, y si se tratare de un supuesto de despido, cuáles serán los efectos de la sentencia en la que se califique el despido, así como la determinación de la indemnización que proceda:

1º. Momento de la extinción. La cuestión que se plantea es cuál debe ser el efecto de un proceso de maternidad que se inicia durante el periodo de preaviso. Es decir, si el hecho que da lugar al descanso por maternidad acontece durante el periodo de preaviso en caso de despido, ¿producirá dicha circunstancia algún efecto sobre el contrato en curso? La disyuntiva es la siguiente: o bien la maternidad introduce un elemento distorsionador de la eficacia del despido, suspendiendo el cómputo del plazo hasta la finalización de aquélla, o, en otro caso, puesto que el procedimiento de despido no sólo se inició con anterioridad, sino que incluso ha concluido antes de comenzar el descanso por maternidad, en nada debe afectarle tal circunstancia, extinguiéndose el contrato en el momento señalado en la comunicación.

La solución acogida por el Derecho español es la de la plena eficacia del despido, por su prioridad cronológica³¹⁰. Ahora bien, puesto que el proceso de gravidez es conocido por el empresario con anterioridad, y pudiendo éste hacer coincidir maliciosamente el momento del despido con el de la suspensión, al hallarse en

³⁰⁸ RTSJ 1989, 2529.

³⁰⁹ No lo sería la de abonar un complemento de la prestación de la Seguridad Social. Así lo entiende el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de febrero de 1991 (R.J. 1991, 796), en la que se juzgaba un caso de impago de la propia prestación en pago delegado (negando virtualidad rescisoria a dicho incumplimiento empresarial, porque no dicha prestación no constituye salario, como exige el art. 50 b) ET), y, específicamente, la de 22 de mayo de 1995 (sobre impago de complemento de la prestación de incapacidad temporal), que entiende ser un incumplimiento subsumible en el apartado c) del art. 50 ET siempre que exista una voluntad deliberada e irrazonable por parte de la empresa de cumplir tal obligación". Dicha voluntad aparece descrita en una sentencia anterior del mismo Tribunal, de 15 de noviembre de 1986 (R.J. 1986, 6350): debe existir "una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de las obligaciones o un hecho obstativo que, al impedir la continuidad del contrato en las condiciones pactadas, frustre el fin normal de aquél... ya que *cuando no concurren estas circunstancias la acción que debe ejercitarse no es la resolutoria sino la que tiene por objeto la exigencia de cumplimiento*". En la de 25 de septiembre de 1995 (R.J. 1995, 6892), el TS señala que el requisito de la gravedad del incumplimiento es "extraordinariamente casuístico". Sobre el mismo asunto, STSJ de Cantabria, de 19 de junio de 1996 (A.S. 1996, 1712) y las que allí se citan.

³¹⁰ Las soluciones aportadas por el Derecho comparado apuntan a la interrupción del cómputo del periodo de preaviso. Así sucede en Francia o en Italia. En tal sentido, BÉRAUD (op.cit., p. 220 y ss.) y LAVAGNINI (op.cit., p. 104): ambos argumentan que durante dicha situación no existe posibilidad de búsqueda de otro empleo y, por tanto, debe paralizarse el periodo de preaviso, para no desvirtuar su finalidad.

posesión de la información necesaria para ello, podría objetarse que las probabilidades de que se produzca tal hipótesis son muy altas y, por tanto, exponen a la trabajadora a un riesgo del que debe ser protegida. Así lo hacen otros ordenamientos jurídicos, como el francés, que suspenden el cómputo del preaviso hasta que la suspensión por causa de maternidad se da por finalizada. No es ésta la solución prevista en nuestro ordenamiento, que no establece tampoco presunción alguna en favor de la trabajadora. De cualquier modo, el litigio puede reconducirse al art. 55.5 ET, según el cual es nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, es decir, a la vulneración del principio de igualdad por razón de maternidad, rigiéndose, en consecuencia, por los principios jurisprudenciales emanados a su amparo, entendiéndose que la carga de la prueba recae en el empresario³¹¹.

2º. La ejecución de la sentencia. La sentencia declarando la procedencia o improcedencia del despido instado durante la suspensión del contrato (ya que, cuando la declaración de procedencia o improcedencia provenga de la negativa al reingreso, el régimen será otro, al no existir ya suspensión contractual³¹²) plantea un problema adicional, relacionado con su ejecución. Se trata de la hipótesis en que, siendo declarado el despido improcedente, se opte por la readmisión del trabajador, que da lugar a la controversia entre si la ejecución debe o no suspenderse hasta que finalice el descanso por maternidad, pues el tiempo intermedio devengará salarios de tramitación. A favor de la suspensión de la ejecución se manifiesta ROMERO DE BUSTILLO³¹³, pues no cabe readmisión al trabajo cuando no existe obligación de trabajar y, por tanto, al no devengarse salarios, tampoco procederá el abono de salarios de tramitación³¹⁴.

3º. El cálculo de la indemnización. Cuando a la extinción acompañe el derecho a una indemnización (en supuestos de despido improcedente, despido por causas objetivas y despido colectivo, así como de determinados contratos especiales o relaciones

³¹¹ Según se desprende de los Convenios 103 y 158 de la OIT, la “presunción” de discriminación se inicia desde el momento en el que el empresario conoce el embarazo hasta el momento en el que termina el periodo de descanso por maternidad.

³¹² Sobre el particular, vid. el apartado relativo al reingreso (epígrafe 12).

³¹³ ROMERO DE BUSTILLO, S.: “Los apartados c) y d) del número 1 del art. 45 del Estatuto”, en AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, p. 136. Cita la STS de 17 de diciembre de 1990 (R.J. 1990, 9797).

³¹⁴ En el mismo sentido. ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, quienes entienden que, si bien los efectos directos del despido declarado improcedente se difieren hasta la finalización de la suspensión, sí existen ciertos efectos indirectos (v.gr., ineficacia de la baja en la Seguridad Social, puesto que el despido fue invalidado). Las escasas resoluciones que entran a resolver la cuestión optan por entender que no hay readmisión irregular cuando, optando por la misma en el acto del juicio, no puede llevarse a término por imposibilidad para reanudar la prestación de servicios, al hallarse la trabajadora en el preceptivo -o, en su caso, facultativo- descanso maternal. En tal sentido, STSJ de Galicia, de 20 de junio de 1997 (AS 1997, 2037).

laborales especiales), debe tenerse presente que aquélla nace en el momento de la extinción y no de la suspensión y, por tanto, a este momento ha de referirse, computándose, por tanto, como periodo de antigüedad el tiempo transcurrido en suspensión contractual. A tales efectos, el salario computable será el que correspondería al momento de la suspensión y no el que se disfrutaba con anterioridad a la misma, de tal modo que los aumentos salariales producidos durante tal situación (por ejemplo, por sucesión de convenios colectivos) tendrán efecto directo sobre el montante de la indemnización debida, incrementándola (STS de 19 de noviembre de 1986³¹⁵).

11. La extinción del derecho

El art. 48.4 ET no prevé causa alguna de extinción del derecho, lo cual no debe significar que tal posibilidad no quepa en la práctica. Si la extinción del derecho se produce por su ejercicio, es decir, por el agotamiento del periodo de descanso (y consiguiente reingreso en la empresa), habrá que resolver cómo actúa el ordenamiento jurídico cuando aquél no se produce por alguna causa. La pregunta es: ¿desapareciendo el presupuesto de hecho de la norma, debe darse por extinguido el derecho de forma anticipada? La respuesta la proporcionan cuerpos jurídicos ajenos al Derecho del Trabajo, pudiendo sistematizarse como sigue:

- *Extinción de la patria potestad* que habilita para el ejercicio del derecho. Se remite a su análisis en el lugar correspondiente (vid. supra, 8.1, sobre las relaciones entre el ejercicio del derecho y la patria potestad).
- *Fallecimiento del titular del derecho*. Cuando éste sea la madre, en caso de maternidad biológica, el padre podrá sustituirla en el ejercicio del derecho, si bien no por el periodo no disfrutado, sino sólo por un periodo limitado de seis semanas o periodo inferior, de haber hecho uso la madre de parte del plazo puerperal del que disponía. La sustitución en el derecho no podrá realizarse por familiar distinto, al basarse en la relación de parentesco por orden descendente y en primer grado. Nada se prevé en el supuesto de la adopción, pudiendo concluirse que la incompatibilidad del ejercicio conjunto no impide la sucesión en el mismo³¹⁶.

La extinción por fallecimiento del padre, a favor del cual se había realizado la opción puede dar lugar a la "recuperación" del derecho por parte de la madre que lo había cedido, y a nada empece que el mandato legal sea el de disfrute ininterrumpido del descanso, pues éste obedece a la necesidad de impedir que los

³¹⁵ R.J. 1986, 6478.

³¹⁶ El Derecho portugués sí prevé expresamente la hipótesis, disponiendo que el cónyuge superviviente sustituirá al fallecido en el disfrute del derecho por el tiempo que faltase para su término (art. 3 del Decreto-ley nº 136/85, introducido por el Decreto-ley nº 332/95, de 23 de diciembre).

progenitores distribuyan el tiempo de suspensión de modo arbitrario, a su capricho. Lo cual no sucede cuando el motivo de la sustitución sea fundado: tal es el caso del fallecimiento del titular que ejercía el derecho. El argumento es bien sencillo: la norma busca la protección del menor, que quedaría desvirtuada por el solo hecho de que una desgracia familiar como la descrita significara, indirectamente, la merma de la tutela jurídica que proporciona al recién nacido. Idéntica conclusión debe predicarse en caso de adopción o acogimiento.

- *Fallecimiento del menor* que dio origen al nacimiento del derecho. Desacertadamente, el ET sólo regula el fallecimiento de la madre, pero no del hijo, que debiera motivar la extinción del derecho o, en su caso, de ser la maternidad biológica, la reducción del periodo total al mínimo necesario para la recuperación de la salud de la madre. Tampoco aporta una solución definitiva la normativa reguladora del subsidio por maternidad, el art. 12.2 OM de 13 de octubre de 1967, en virtud del cual “la muerte del hijo no relevará a la madre de la obligación de descansar los días que falten para completar el periodo obligatorio”, ya que se limita a prohibir la disposición sobre el periodo obligatorio y, además, restringe su campo de aplicación al posible mantenimiento del derecho a la prestación (que tampoco resuelve directamente).
- Declaración judicial de suposición de parto, ex art. 139 C.c.
- Extinción de la adopción, en virtud del art. 180.2 C.c. El supuesto es, de todos modos, muy improbable, ya que la duración del descanso es demasiado breve frente al proceso judicial por el que se extinguirá la adopción, pero no por ello debe descartarse, en mayor medida cuando la suspensión “ordinaria” se prorrogue mediante la fórmula de la excedencia por cuidado de hijos. La probabilidad será mayor en caso de excedencia por cuidado de hijos, por su mayor duración, durante cuyo transcurso cabe la interposición de la demanda que conducirá a dicha extinción, y que se condiciona a un plazo limitado de tiempo (necesariamente debe interponerse dentro de los dos años siguientes a la constitución de la adopción).
- Desaparición de la relación laboral que da vida al derecho, al extinguirse el contrato, sin perjuicio del mantenimiento de los derechos en materia de Seguridad Social. Debe advertirse, no obstante, que, mientras se conserve el derecho a la prestación por maternidad, dicha situación constituirá un supuesto si no de suspensión contractual, sí de *legitimación para rechazar una oferta de empleo*, impidiendo el nacimiento de una nueva relación de trabajo, pues no existe obligación de trabajar durante tal periodo (STS de 3 de abril de 1995: “la maternidad lleva consigo que la trabajadora *no pueda ejercer otro empleo si se encuentra en el periodo de descanso obligatorio, o esté legitimada para no aceptar una oferta de trabajo* adecuada si se trata del periodo de descanso voluntario”, y

STS de 8 de febrero de 1996: “no está en disposición de trabajar” o “no le conviene en atención a su estado”³¹⁷).

12. La reincorporación al trabajo³¹⁸

Finalizada la causa suspensiva, el trabajador tiene la obligación de reincorporarse al trabajo, constituyendo su incumplimiento una renuncia a su derecho y, en consecuencia, una dimisión³¹⁹. Sin embargo, interpretando el art. 49.1 d) ET en su sentido literal, si aquélla no es expresa, pues no media preaviso³²⁰, será un caso de

³¹⁷ Rº 1294/94, A.L., núm. 32, 1995, ref. 1255 y R.J. 1996, 861, respectivamente.

³¹⁸ Vid. sobre este mismo tema el tratamiento que se realiza más adelante de la reincorporación en caso de excedencia, por ser trasladables las conclusiones del uno al otro, habida cuenta de que los efectos son comunes a ambos, por ser forzosa la excedencia por cuidado de hijos.

³¹⁹ Algunos pronunciamientos del TCT se alineaban en esta tesis: cfr. STSJ de Madrid, de 18 de octubre de 1989 (RTSJ 1989, 1908 y 1923), en la que (en la primera de ellas) se recoge la doctrina del TCT en una clara exposición: “el abandono injustificado del trabajo durante más de un mes sin que el empresario reciba la menor noticia del actor ni concorra causa de fuerza mayor que haya impedido a éste proporcionársela (...), supone el más claro exponente de una voluntad dimisoria, expresada en forma no por tácita menos inequívoca y categórica, a través de la referida conducta, cuyo significado revocatorio de la voluntad contractual (que no exige para su eficaz emisión el cumplimiento de forma alguna) viene unánime e inveteradamente estableciendo nuestra jurisprudencia (entre otras, sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 7 de junio de 1988) (análoga a R. 1988, 3117) y cuyo alcance consiste en extinguir el contrato por sí misma...” El TS parece restringir la presunción de dimisión, exigiendo que conste fehacientemente la voluntad del trabajador: SSTs de 3 de junio de 1988 (R.J. 1988, 5212), de 7 de mayo y 1 de octubre de 1990 (RJ 1990, 3973 y 7512) y de 28 de octubre de 1991, nº Colex 1332, entre otras. En todo caso, la ausencia de preaviso cuando conste la intención de extinguir el contrato dará lugar al nacimiento de la obligación de indemnizar al empresario (STS de 26 de abril de 1991, nº Colex 436).

³²⁰ La doctrina del TCT (vid. STSJ de Madrid en nota anterior) entiende que no es necesaria forma alguna para la validez y realidad de la dimisión. La STSJ de Madrid, de 18 de julio de 1989 (RTSJ 1989, 954), entre otras, admite la dimisión tácita por ausencia o inactividad injustificada, cuando exista “evidencia objetiva de ruptura del vínculo contractual entre las partes, ya que es el supuesto paradigmático de abandono o dimisión, por cuanto supone, como para un supuesto semejante señaló la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 3 de septiembre de 1985 (R. 5118), una manifestación clara expresa y terminante voluntad de abandonar el trabajo y dar por finalizada la relación laboral, dando así por rescindida la misma mediante actos propios de inequívoca interpretación”. En el mismo sentido, la STSJ de Madrid, de 11 de diciembre de 1989 (RTSJ 1989, 2843): “no es necesario que el trabajador manifieste de una manera expresa su voluntad de dar por extinguida la relación laboral, sino que también esa manifestación puede ser tácita, con tal que sus actos u omisiones evidencian la decidida voluntad de abandonar el trabajo”. Es decir, no existe “necesidad de inquirir sobre su intencionalidad”, sino que basta “una evidencia objetiva de la ruptura del vínculo contractual” (STCT de 19 de febrero de 1985, RTCT 1989, 1142). Lo es, por ejemplo, el abandono del puesto de trabajo a los quince minutos de su reincorporación por excedente que reingresa en la empresa -en un caso de subrogación de empresa- en un puesto de su categoría profesional (STSJ del País Vasco, de 23 de enero de 1996, A.S. 1996, 892). Sin embargo, cuando tal intención no pueda deducirse claramente, estaremos ante un incumplimiento contractual sancionable con el despido. En cualquier caso, la jurisprudencia mantiene el uso del término “abandono”: así, STS de 3 de junio de 1988 (R.J. 1988, 5212).

abandono, no contemplado expresamente como causa de extinción (será por tanto, una dimisión sin preaviso o *dimisión tácita*³²¹), pudiendo afirmarse que su conducta será constitutiva de incumplimiento contractual y, por tanto, una causa de despido disciplinario³²², por la existencia de ausencias repetidas e injustificadas al trabajo³²³, ex art. 54.2 a) ET (STCT de 2 de junio de 1982, que exige pasividad prolongada e injustificada³²⁴).

La reincorporación deberá tener lugar el día siguiente al de finalización de las dieciséis semanas -o, en su caso, el plazo inferior previsto para el disfrute del derecho por el padre--, a menos que, solicitado el pase a la situación de excedencia por cuidado de hijos con anterioridad, éste se inicie sin solución de continuidad, a modo de prórroga del periodo inicial. En cuyo caso el régimen del reingreso será otro, habida cuenta de que en el supuesto de la excedencia el trabajador dispone de un amplio margen de disponibilidad al respecto, pudiendo tanto agotar el plazo máximo, ligado al cumplimiento de la edad de tres años por el hijo, como disfrutar de una ausencia más breve. A ella podrá poner fin en el momento que estime oportuno, en virtud de su carácter facultativo.

Si la susceptibilidad de ser renunciado el derecho a disfrutar de un periodo total de tres años de excedencia se desprende de la interpretación literal de la norma, no sucede lo mismo con el descanso por maternidad, respecto del cual la ley establece que "la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas", sin dejar opción al titular del derecho a elegir la duración real de su derecho.

Sin embargo, en caso de adopción parece admitirse el carácter facultativo del descanso, ya que no se impone un descanso obligatorio y, además, se conserva la dicción literal del precepto, en el que se hablaba de "duración máxima", lo cual significa que es posible que la duración sea menor y que, por tanto, su titular ostente la facultad de reducir el periodo total, bien sea *ab initio* o con posterioridad, durante el disfrute del descanso, a través de la reincorporación anticipada.

En todo caso, como ya se propuso anteriormente, la identidad del bien jurídico protegido impone una solución unitaria, válida para ambos supuestos. Una solución ecléctica, en la que se admita la facultad del titular de regresar anticipadamente a su

³²¹ STSJ de Madrid, de 23 de febrero de 1990 (RTSJ 1990, 912).

³²² En tal sentido, VIDA SORIA, quien entiende que en todo caso es necesario acto extintivo expreso por parte del empresario (VIDA SORIA, J.: *Comentarios...*, op.cit., 143). Asimismo, CABANELLAS: op.cit., p. 74. La STS de 15 de abril de 1994 (RJ 1994, 2249) construye una teoría ambivalente, según la cual la conducta del trabajador (falta de justificación de la incomparecencia o no reincorporación) puede dar lugar a una *opción interpretativa del empresario*, a favor bien del incumplimiento sancionable con el despido disciplinario, bien del desistimiento.

³²³ La STSJ de Madrid, de 4 de diciembre de 1989 (RTSJ 1989, 2807), considera que no resultan exigibles ni diez días de ausencia para instar un despido por ausencias continuadas e injustificadas.

³²⁴ RTCT 1982, 3337.

puesto de trabajo y en la que al tiempo se tengan en cuenta los intereses del menor, que deberían forzar el disfrute total del periodo. La respuesta a tal cuestión no puede ofrecerla más que su propio progenitor; por consiguiente, en sus manos debe dejarse la decisión sobre la conveniencia del reingreso anterior o del disfrute íntegro del derecho: es presumible que en tal situación el propio trabajador juzgará adecuadamente, acondicionando el derecho que el ordenamiento jurídico le concede para hacer efectivo su deber paterno-filial o materno-filial a las necesidades de su hijo. En todo caso, hay que tener en cuenta que nada le fuerza a una renuncia anticipada, habida cuenta de que en la mayoría de las ocasiones verá sustituido su salario a través del mecanismo del subsidio económico a cargo del sistema público de Seguridad Social.

Algún autor (VIDA SORIA) se ha manifestado a favor de la admisión de la posibilidad de reingresar anticipadamente³²⁵, renunciando a parte del periodo que reconoce el ET, aplicando la analogía: de igual modo que cabe la reincorporación del excedente con anterioridad al agotamiento del derecho, en virtud de su carácter dispositivo, deben predicarse idénticas conclusiones de un derecho de análoga naturaleza³²⁶. Ha de objetarse, sin embargo, que tales conclusiones se asentaban sobre una norma que ha sufrido alteraciones posteriormente, siendo suprimida la alusión a la duración máxima del derecho por los términos "la suspensión tendrá una duración de..."

La reincorporación no está sometida a requisito formal alguno: bastará que, agotada la duración del descanso prevista en el art. 48.4 ET, se produzca la efectiva reincorporación al puesto de trabajo para que ésta deba ser aceptada, dado su carácter automático, sin que pueda objetarse la existencia de un incumplimiento del trabajador de sus obligaciones en materia de comunicación del cese de la causa suspensiva. El fundamento es claro: si el periodo de la suspensión ya es conocido de antemano por el empresario, por venir impuesto por la norma legal (o, en su caso, por norma convencional o contrato individual de trabajo, en los que se amplíe la duración total del descanso), dicho carácter tasado hace innecesario comunicar la extinción de la situación suspensiva a aquél.

A *sensu contrario*, si existe desconocimiento empresarial sobre el momento exacto en el que habrá de producirse la reincorporación, será necesario hacérselo

³²⁵ Así se entiende también en el Derecho francés. Vid. al respecto, Hardouin, quien sostiene que, a pesar del reingreso anticipado, debe mantenerse la protección privilegiada de la situación de maternidad (la protección contra el despido) durante el tiempo restante no consumido por la trabajadora y, por tanto, trabajado en la empresa (HARDOUIN, M.M.: "Grossesse et liberté de la femme". Droit sociale, 1977, ps. 287 y ss.).

³²⁶ VIDA SORIA mantiene que, aun habiendo comunicado la trabajadora el reingreso en una fecha determinada, le corresponde la facultad de hacer cesar su periodo de suspensión cuando lo desee" (op.cit., pág. 135). Sostiene, asimismo, que el periodo de suspensión es "reductible inicialmente, o con posterioridad al inicio del disfrute del correspondiente descanso suspensivo" (Comentarios..., op.cit., p. 140).

saber, y ello sólo puede ocurrir en un caso: que se admita la reincorporación anticipada al trabajo, en fecha anterior a la que correspondería de hacer uso del periodo total de dieciséis semanas, siempre y cuando se tratase de una decisión tomada con posterioridad al inicio del descanso y, por tanto, ignorada por el empresario (no ocurriría lo mismo si, a pesar de que la duración del descanso es inferior a los límites legales, la intención de disfrutar de un periodo más breve ya existía desde el momento de iniciar el descanso y era conocida por el empresario). Cuando, en virtud de tales razones, sea preceptiva la comunicación, debe entenderse que basta la puesta en conocimiento del hecho por parte del empresario, sin necesidad de respetar solemnidad alguna ni aportar documentación fehaciente (v.gr., parte de alta médica).

Hechas las advertencias anteriores, y entrando en el tema del reingreso y sus efectos, hay que afirmar su susceptibilidad de ser observado desde dos ópticas diferentes:

- 1º. Desde el punto de vista del reingreso efectivo y sus efectos. Cuando el reingreso tenga lugar efectivamente, deberá resolverse en qué condiciones podrá realizarse, y qué alteraciones ha podido sufrir el puesto de trabajo reservado que deban ser asumidas por el trabajador.
- 2º. Desde el punto de vista del reingreso no efectivo por causa ajena al trabajador. Cuando el reingreso sea rechazado por el empresario, la cuestión a solventar será la calificación legal y efectos que deba tener tal negativa.

Abordar el análisis de ambas cuestiones nos permitirá configurar el régimen jurídico del reingreso del trabajador temporalmente ausente, sea por parto o adopción de un menor, sea por excedencia basada en los mismos motivos, siendo extensibles las conclusiones que arroje el estudio de un tipo de suspensión al otro -la excedencia por cuidado de hijos-:

1. Condiciones del reingreso:

Siendo la situación de suspensión del contrato estudiada -el descanso por maternidad pero también la excedencia por cuidado de hijos- de las que pueden llamarse “de protección reforzada”, la finalización del periodo suspensivo dará lugar a la reincorporación automática e inmediata al puesto de trabajo (*al mismo puesto*) abandonado temporalmente, en las mismas condiciones disfrutadas antes de la suspensión. Es decir, recuperándose el estatus jurídico anteriormente alcanzado por el trabajador, sin más alteraciones que las que provengan del propio transcurso del tiempo, ya que el tiempo de la ausencia debida a la interrupción del contrato dará lugar al cómputo de la antigüedad en el puesto de trabajo (que se mantiene reservado por el empresario por imperativo legal, con la consideración de tiempo de

trabajo efectivo)³²⁷. En consecuencia, la reincorporación se producirá en las mismas condiciones anteriores: en el mismo puesto de trabajo, tal como estaba diseñado (es decir, realizando las mismas funciones), en idéntica jornada de trabajo (si era reducida con anterioridad, ésta será la que se mantenga), en el mismo horario, sin perjuicio de las alteraciones que, en virtud del *ius variandi* del empresario, hayan sido introducidas en el puesto de trabajo, siguiendo los cauces y procedimientos legales previstos para ello. De tal modo que el aserto "el reingreso se producirá en idénticas condiciones a las disfrutadas antes de la interrupción" no será estrictamente exacto cuando en la empresa, centro o puesto de trabajo se haya producido algún cambio, porque en tal situación la reserva de puesto de trabajo no implicará la inmovilización de la situación del trabajador, que será también arrastrado por los nuevos acontecimientos, como miembro integrante de la empresa que los sufre (v.gr., una sucesión de empresa, ex art. 44 ET).

Así pues, que el contrato se mantenga en vigor puede reportar al trabajador en suspenso los mismos perjuicios y ventajas que en caso de ejecución ininterrumpida del mismo³²⁸. En efecto, el puesto que se reserva ha de entenderse de forma dinámica, de tal modo que cabe que la reincorporación al mismo se produzca en condiciones diferentes de las que regían con anterioridad a su suspensión, que motiven incluso el reingreso en *otro* puesto de trabajo si la reorganización del trabajo en la empresa ha implicado, en virtud del *ius variandi* del empresario, la supresión, reconversión o rediseño del puesto ocupado por el excedente, a través del procedimiento regulado en los arts. 41 y 51 ET³²⁹. Lo que, en caso de excedencia, equivale en la práctica a que el reingreso se produzca según el régimen propio de la segunda "fase" de la misma (correspondiente al segundo y tercer años). En consecuencia, habida cuenta de que la movilidad funcional puede introducirse por el empresario en cualquier momento de la vigencia del contrato, esté o no suspendido, siempre será posible el reingreso en puesto "de categoría o grupo

³²⁷ STCT de 17 de marzo de 1981. RTCT 1981, 1883 y STSJ de La Rioja, de 26 de junio de 1997 (A.S. 1997, 2283), entre otras.

³²⁸ Por ello es posible que durante la situación suspensiva adquiera la condición de fijo por haber sido objeto pasivo de una cesión ilegal de trabajadores (STSJ de La Rioja, de 26 de junio de 1997, A.S. 1997, 2283).

³²⁹ STS de 16 de octubre de 1964 (R.J. 1964, 4796), citada por la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 13 de octubre de 1.992 (A.S. 1.992, 6572), que se expresa en los siguientes términos: "la expresión que (...) el art. 48.1 del Estatuto de los Trabajadores utiliza de derecho a reserva 'del puesto de trabajo' no se desnaturaliza por la circunstancia de que el reingreso se haga en otro sustancialmente igual, correspondiente a la misma categoría y grupo profesional, pero en dependencia o sección distinta, cuando este cambio viene determinado por la movilidad funcional". La STSJ de la Comunidad Valenciana, de 14 de febrero de 1.991 (A.S. 1.991, 1497) contiene razonamiento similar: "si por mor de la negociación colectiva, el puesto de trabajo inicialmente desempeñado cambió de denominación o se regula de otra forma, a ella deberá estarse siempre con respecto a los derechos adquiridos por el trabajador en virtud del contrato de trabajo individual". Vid. igualmente la STSJ de Andalucía/Granada, de 6 de junio de 1.995 (A.L., núm. 45, 1.995, ref. 1867).

profesional equivalente", se trate de una suspensión por maternidad o de su prórroga mediante el mecanismo de la excedencia. Ello da nueva significación a los efectos que se anudan a la segunda "fase" de la excedencia (el segundo y tercer años), cuyo auténtico sentido es liberar al empresario de acudir al procedimiento previsto en el art. 40 para llevar a cabo la movilidad funcional del trabajador en suspenso, porque el art. 46.3 le habilita para ello (puesto que dicha facultad ya estaba en sus manos, si bien sometida a procedimiento legal creado *ad hoc*)³³⁰.

En efecto, si las facultades organizativas del empresario no quedan suspendidas durante la interrupción de las prestaciones, y la suspensión implica la conservación de la relación laboral, nada impide que sean ejercidas sobre el contrato que se halla en suspenso, como lo pueden ser sobre el resto de los trabajadores de la empresa. Si la relación está viva y se comporta como tal, la reserva de puesto de trabajo no significa que éste deba "blindarse" o que el trabajador quede inmunizado contra el ejercicio de las facultades empresariales, frente al resto de sus compañeros. Que no sean debidas las prestaciones principales no debe tener más trascendencia que ésta, pudiendo desplegarse los demás efectos de la relación laboral, entre los que se halla la posibilidad de que el empresario introduzca variaciones sobre el puesto de trabajo, con sujeción al procedimiento que marca la ley³³¹. Las alteraciones en ningún caso deben irrogar perjuicios indebidos al trabajador con contrato en suspenso, lo cual significa que deberá ser incluido en la relación de trabajadores transferidos, trasladados (supuestos de movilidad geográfica) o afectados por la modificación sustancial o funcional³³².

El procedimiento legal habitual, previsto en los arts. 39 (para la movilidad funcional), 40 (para la geográfica) y 41 (modificaciones sustanciales), no sufre cambio alguno que se derive del especial contexto en el que van a ser ejecutadas tales medidas. Ahora bien, cuando el puesto de trabajo haya sido objeto de modificación sustancial, la medida no será ejecutiva hasta el momento del reintegro³³³, de lo cual cabría inferir que será este momento, el de la reincorporación, el tiempo propicio para accionar el derecho que le reconoce el art.

³³⁰ Por ello GORELLI HERNÁNDEZ concluye, sobre la base de argumentos diferentes (la necesidad de someter el traslado de trabajador excedente a puesto de trabajo "genérico" a los trámites del art. 40 ET), que la regulación del artículo 46.3 ET tiene idéntico sentido al analizado en el marco de la suspensión por maternidad (op.cit., p. 253).

³³¹ Pues, a sensu contrario, la suspensión del contrato no exime al empresario de respetar el procedimiento obligatorio para llevar a cabo una modificación contractual.

³³² STSJ del País Vasco, de 9 de abril de 1.990 (A.S. 1.990, 377), STSJ de Madrid, de 6 de febrero de 1.990 (RTSJ 1.990, 767) y STCT de 15 de marzo de 1988 (RTCT 1988, 2198).

³³³ Como señala LAVAGNINI, no cabe introducir modificaciones que el trabajador pueda confirmar a través de hechos tácitos, puesto que no se halla presente en el centro de trabajo ejecutando efectivamente la prestación laboral (LAVAGNINI, G.: op.cit., p. 120).

41 ET³³⁴, en virtud del art. 6 del Convenio OIT núm. 103 (como garantía de los derechos de la trabajadora que goza del descanso y que incluso pudiera encontrarse imposibilitada para llevar a cabo una acción de tal índole). Y, además, que de ello podrá derivarse posteriormente el derecho a la rescisión unilateral del contrato ex art. 50.1 c) ET. Sin embargo, esta solución debe rechazarse por las siguientes razones, dos de ellas relacionadas con las consecuencias que conllevaría la aceptación de tal tesis y la tercera de carácter legal, porque así lo impone el ET en precepto específico:

- primera, genera una gran inseguridad jurídica para el empresario, demorando la ejecución de la modificación más allá del momento del reingreso, y obstaculizando en la práctica la efectividad de una medida que ha sido adoptada siguiendo los cauces legales,
- segunda, inutiliza la aplicabilidad de los mencionados preceptos (arts. 39 a 41 ET), en perjuicio tanto de la organización empresarial -al vaciarse de contenido una facultad que le reconoce la ley- como de los propios compañeros de trabajo, al beneficiarse un solo trabajador, sin que exista una norma expresa que así lo disponga, de un derecho que le es negado al resto;
- tercera: el art. 59.4 ET, en el que se reúnen las reglas sobre prescripción y caducidad de las acciones derivadas del contrato de trabajo, somete al plazo de prescripción de veinte días las acciones contra las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo; es decir, establece una norma específica para tales situaciones, que excluye de la aplicación del plazo de prescripción de un año desde la terminación del contrato, previsto en el número 1 para aquellas acciones derivadas del contrato que no tengan señalado plazo especial, a la acción de reclamación contra la modificación introducida por el empresario. Y señala que el plazo se computará desde el día siguiente a la *fecha de notificación de la decisión empresarial*. Es decir, cuando el empresario comunique al trabajador que procede la modificación (lo cual deberá tener lugar, en virtud del art. 41.3 ET, con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su eficacia), no cuando ésta tenga efectividad. Por tanto, no podrá esperar a su reincorporación, habiendo de accionar antes su derecho, so pena de perder la oportunidad procesal para ello.

Cuestión diferente es la facultad empresarial de destinar al trabajador, a su reingreso, a puesto diferente cuando el reingreso en el mismo puesto sea imposible,

³³⁴ En el mismo sentido, GORELLI HERNÁNDEZ (op.cit., p. 87), quien entiende que, siendo preceptivo en tales supuestos el preaviso de un mes, "el empresario vería alargada en el tiempo la posibilidad de ejercer estas facultades". La verdad es que el argumento no se entiende muy bien, en cuanto dicha "posibilidad" la tiene en todo momento, sin que sea preciso alargar tiempo alguno su ejercicio; cuestión distinta es que, cuando se realice en el periodo de suspensión, en ningún caso podrá ser efectiva hasta que haya transcurrido éste.

por haber tenido lugar en el ínterin una absorción de la empresa, en cuyo caso cabe que la plaza que se reserve sea la correspondiente a la nueva organización empresarial³³⁵. Por el contrario, si la empresa en cuestión conserva su personalidad jurídica, la reserva no podrá efectuarse sobre puesto correspondiente a otra empresa del mismo grupo en el que se ha integrado, pues en tal caso no opera el mecanismo de transmisión que da lugar a la subrogación empresarial *ex art.* 44 ET, por inexistencia de fusión patrimonial (STSJ de Cataluña, de 10 de octubre de 1.991³³⁶)³³⁷.

Del mismo modo, las alteraciones de signo favorable beneficiarán al trabajador en igual medida que al resto de sus compañeros. En consecuencia, también debe actuar el sistema de ascensos respecto de un contrato en suspenso. Las únicas diferencias que puede introducir el estado en el que se halla la relación laboral son aquellas que se relacionan con el modo de dar aplicación práctica a las nuevas medidas incorporadas o los nuevos derechos nacidos, que en ciertas circunstancias no tendrán efectividad hasta la reanudación de las prestaciones interrumpidas: v.gr., aumento salarial, o asunción de funciones del nuevo cargo logrado con motivo del ascenso... por tratarse de derechos unidos a la ejecución "íntegra" del contrato. Cuestiones ya examinadas al abordar los efectos de la suspensión.

³³⁵ En este caso, la reincorporación se producirá en la empresa subrogada, según los términos del art. 44 ET, salvo que no exista extinción de la anterior. Éste es el supuesto de hecho juzgado en la STSJ de La Rioja, de 26 de junio de 1997, A.S. 1997, 2283 (sobre reincorporación de excedente), en la que la empresa a la que se hallaba vinculada la trabajadora por un contrato de trabajo era la entidad gestora de la Seguridad Social IMSERSO, habiendo sido transferidas sus competencias a Administración autonómica. Sobre tal base concluye el Tribunal que, puesto que no ha habido extinción de la empresa originaria, es ésta a la que le resulta exigible la obligación de admitir el reingreso tras la suspensión contractual. Por el contrario, de resultar transferido el servicio para el que el trabajador prestaba servicios y, por tanto, todos los trabajadores que lo integran, resulta obligada la Administración que recibe la transferencia (STSJ de la Comunidad de Valencia, de 13 de junio de 1997, A.S. 1997, 2073). En todo caso, según entiende la STS de 29 de junio de 1994 (R.J. 1994, 5502), el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a las Comunidades Autónomas constituye un supuesto de sucesión de empresa o cambio de titularidad empresarial al amparo del art. 44 ET. Vid. también STS de 8 de noviembre de 1990 (R.J. 1990, 8560), sobre un supuesto de excedencia forzosa.

³³⁶ A.S. 1.991, 5632.

³³⁷ Tales conclusiones estarán siempre sometidas a la previa definición de la figura de la transmisión de empresa. Así, habrá de tenerse en cuenta que no constituye sucesión de empresa la finalización de una contrata y asunción del servicio por nueva empresa. Sobre el particular, SSTS de 14 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10093) y de 23 de enero y 9 de febrero de 1995 (RJ 1995, 403 y 789), u.d., entre otras. Asimismo, STSJ de Cataluña, de 7 de mayo de 1996 (AS 1996, 1633), según la cual "la sucesión de empresas sólo opera cuando se produce una transmisión de elementos de la organización empresarial entre la empresa que cesa en la prestación del servicio y la nueva contratista que asume posteriormente el mismo", por tanto no lo es el hecho de que se ponga fin a una contrata y se adjudique el servicio a una nueva empresa (no es en sí mismo elemento suficiente para entender que existe la sucesión de empresa), salvo que el convenio colectivo o en el pliego de condiciones de adjudicación de la contrata así se establezca expresamente.

Ahora bien, cuando el procedimiento exigido para la modificación oportuna no sea respetado por el empresario, y el reingreso pueda producirse en condiciones diferentes a las que regían con anterioridad, o cuando aquél ignore ciertas condiciones o derechos incorporados al contrato individual de trabajo, con inclusión de las posibles condiciones más beneficiosas, es evidente que cabe hablar de incumplimiento empresarial. El problema es la calificación de dicho incumplimiento, de la que dependerá la solución que deba darse a tal litigio. Alguna jurisprudencia y cierta doctrina (VIDA SORIA³³⁸) se inclinan por la calificación de la conducta empresarial como despido improcedente. No existe, sin embargo, base suficiente para afirmar que tal actuación constituya un despido, al no haber voluntad de instarlo, sino mera alteración de las condiciones de trabajo disfrutadas anteriormente y, por tanto, mera ignorancia del derecho o del procedimiento de modificación de las condiciones establecido en el ET. Incumplimiento empresarial, que, no obstante, puede motivar la extinción del contrato a instancia del trabajador, en virtud del art. 50.1 c) ET, pudiéndose derivar de la misma la indemnización que procedería en caso de despido improcedente (he ahí la conexión con el mismo).

2. Negativa al reingreso:

El carácter automático de la reincorporación y la consiguiente aceptación obligatoria por parte del empresario convierte el rechazo de ésta en un despido³³⁹ (STS 26 de abril de 1980³⁴⁰)³⁴¹. Ahora bien, la calificación que deba recibir la negativa empresarial dependerá del modo y contexto en el que aquélla tenga lugar. En otras palabras, la intención de la organización empresarial debe ser clara y terminante en cuanto a la reincorporación del trabajador, y su negativa rotunda, en los términos que señala la STS de 19 de octubre de 1994:

“cuando se produce una negativa rotunda e inequívoca que implica el rechazo de la existencia de la relación entre las partes, esta negativa no es ya únicamente un desconocimiento del derecho a la reincorporación, sino un rechazo de la existencia de algún vínculo entre las partes, y la acción que debe ser ejercitada, frente a ella, es la de despido”³⁴².

³³⁸ VIDA SORIA: *Comentarios...*, op.cit., p. 135.

³³⁹ La STS de 18 de mayo de 1.990 lo califica de despido disciplinario.

³⁴⁰ R.J. 1980, 2218. Asimismo, SSTs de 23 de marzo de 1983 (R.J. 1983, 1179), de 17 de octubre de 1984 (R.J. 1984, 5288), de 22 de mayo y 23 de septiembre de 1986 (R.J. 1986, 2611 y 5144), de 27 de octubre de 1988 (R.J. 1988, 8167) y de 21 de febrero de 1.992 (R.J. 1.992, 1047). Todas ellas, sobre excedencia voluntaria, son plenamente aplicables a la excedencia por cuidado de hijos, por cuanto parten de la negativa empresarial al reingreso cuando existe vacante, situación asimilable a la que se produce en la excedencia forzosa, en la que se entiende que *siempre hay vacante*, es decir, que hay reserva de puesto de trabajo.

³⁴¹ En este sentido, VIDA SORIA (*La suspensión...* op.cit., pág. 371).

³⁴² 1.994, 8254. F.D. Tercero. En igual sentido, STS de 19 de octubre de 1996, y STSJ de Cataluña, de 3 de enero de 1997 (A.S. 1997, 342).

A la negativa expresa se equipara la negativa tácita por cierre del centro de trabajo, con o sin autorización administrativa (STCT de 21 de junio de 1983³⁴³), conducta constitutiva de despido improcedente, por imposibilitar el cierre el regreso del trabajador (que no fue incluido en el correspondiente expediente³⁴⁴), y no mediar la preceptiva comunicación escrita.

En consecuencia, siendo obligatoria la reserva de plaza, tanto en caso de descanso por maternidad como en excedencia por cuidado de hijos, el incumplimiento empresarial de tal obligación dará lugar al nacimiento de la acción de despido, que será la única acción procedente ante la negativa rotunda al reingreso (SSTS de 4 de abril de 1.991 y 19 de octubre de 1.994³⁴⁵).

La acción estará sometida a las reglas procesales sobre caducidad (art. 59 ET). El cómputo del plazo de caducidad de la acción se iniciará en el momento en el que se produzca un hecho que por sí mismo evidencie la oposición empresarial a la continuidad de la relación laboral (STS de 7 de febrero de 1985³⁴⁶).

La misma calificación de improcedente recibirá el despido instado expresamente cuando no se hubieran observado las formalidades prescritas en el art. 49.2 ET (STCT de 19 de noviembre de 1981 y de 20 de mayo de 1983³⁴⁷).

No procede la acción declarativa propia de la excedencia voluntaria (o del régimen propio de la excedencia por cuidado de hijos anterior a su reforma por la Ley 4/1.995³⁴⁸) porque, a diferencia de ésta, el reingreso no está condicionado a la existencia de vacante.

³⁴³ RTCT 1983, 5897.

³⁴⁴ STCT de 8 de junio de 1983 y de 10 de enero de 1984 (RTCT 1983, 5358 y 5359, y 1984, 118). La segunda de ellas contiene un insólito argumento, no hallado en ninguna otra resolución del TCT: "el escaso nivel de empleo que existe en el país". Por su parte, la STSJ Aragón, de 8 de julio de 1.992 (A.S. 1.992, 3898) sostiene que la situación suspensiva no impide la inclusión en el correspondiente expediente y que el hecho de que no fuera incluido no da al trabajador mejor derecho que a los que se encontraban en activo.

³⁴⁵ R.J. 1.991, 3250 y 1.994, 8254.

³⁴⁶ R.J. 1985, 615. En el mismo sentido, SS. de los TSJ Navarra, 23 octubre 1.992, y de Madrid, de 4 de noviembre de 1.994 (A.S. 1.992, 4747 y 1.994, 4585). Según ALARCÓN CARACUEL (op.cit.), se trata de un incumplimiento en la obligación de dar trabajo efectivo (art. 4.2 a) y de pago puntual del salario (en contra, STSJ de Madrid, de 26 de febrero de 1.990, RTSJ 1.990, 671). Tal incumplimiento da lugar al derecho a la readmisión y a los salarios dejados de percibir, pero no la considera constitutiva de despido, ya que los plazos de éste son más breves y funcionarían en perjuicio del trabajador.

³⁴⁷ RTCT 1981, 6770 y 1983, 4520.

³⁴⁸ Bajo dicho régimen (el derivado de la Ley 3/89, cuya aplicación transitoria para aquellos que se hallaran en el segundo o tercer año del disfrute de la excedencia, se establecía en la Disposición Transitoria de la Ley 4/1.995 y que, en estas fechas, ha perdido ya toda su eficacia), y según reiterada doctrina del TS, producida la no readmisión durante el segundo de los periodos de excedencia -al que se anudaban los efectos de la voluntaria-, el trabajador podía hacer uso de dos acciones: una declarativa de su derecho (expectante), con reclamación de indemnización por daños y perjuicios correspondientes al retraso (para la que no se señala plazo), y otra por despido.

Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario deberá proceder a la readmisión del trabajador (STS de 2 de octubre de 1.992 y STSJ de Baleares, de 23 de diciembre de 1.994³⁴⁹) y abonar, en virtud del art. 1106 C.c., los salarios devengados desde la negativa empresarial al reingreso (salarios indebidamente dejados de percibir)³⁵⁰. Los salarios debidos serán los correspondientes al tiempo transcurrido desde el momento en el que cesó la causa suspensiva y el trabajador instó la reincorporación, pues es desde este momento cuando el trabajador, pudiendo trabajar, no lo hizo a causa de la decisión de la empresa (STCT de 23 de marzo de 1982 y de 11 de noviembre de 1983³⁵¹). Sin embargo, dicha doctrina ha sido alterada por la de las SSTS de 14 de marzo de 1.995 y de 23 de enero de 1.996, dictadas en u.d.³⁵² (si bien en un supuesto de excedencia voluntaria). Según la última de las citadas, serán los correspondientes al tiempo transcurrido desde la fecha de presentación de la papeleta de conciliación, pues desde tal momento "se puede presumir con suficiente seguridad que el trabajador excedente con derecho a reingreso pone a disposición de la empresa su fuerza de trabajo y que la negativa empresarial a su ocupación le causa una pérdida indemnizable de rentas de trabajo".

13. La prórroga especial de la suspensión del contrato. Referencia a la excedencia por cuidado de hijos.

Como ya se expuso en el capítulo precedente, la excedencia por cuidado de hijos es una figura que permite al trabajador mantener la suspensión del contrato de trabajo al agotarse el periodo de descanso de dieciséis semanas, con la finalidad de continuar atendiendo al cuidado del recién nacido, configurándose como "prórroga especial" de la suspensión del contrato.

La excedencia por cuidado de hijos se regula en el art. 46. 3 ET, de la siguiente manera:

PÉREZ ALONSO (op.cit.) es partidaria de la obligación indemnizatoria derivada del incumplimiento empresarial por el retraso en la reincorporación, por resultar más beneficiosa, al no tener señalado plazo de caducidad. Sobre el tema, vid. STS de 22 de enero de 1987 (R.J. 1987, 108). Asimismo, STSJ de Andalucía, de 21 de noviembre de 1.990 (A.S. 1.990, 2885), STSJ de Madrid, de 14 de febrero de 1.990 (A.S. 1.990, 851), y STSJ de Cataluña, de 19 de septiembre de 1.990 (A.S. 1.990, 4279).

³⁴⁹ R.J. 1.992, 7599 y A.S. 1.994, 5074.

³⁵⁰ STS de 13 de febrero y 19 de abril de 1986 y 24 de enero de 1987 (R.J. 1986, 756 y 2207 y 1987, 123).

³⁵¹ RTCT 1982, 1759 y 1983, 9538.

³⁵² R.J. 1.995, 2170 y 1.996, 122.

“Los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia, no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, a contar desde la fecha de nacimiento de éste.

Los sucesivos hijos darán derecho a un nuevo periodo de excedencia que, en su caso, pondrá fin al que se viniera disfrutando. Cuando el padre y la madre trabajen, sólo uno de ellos podrá ejercitar este derecho³⁵³.

El periodo en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.”³⁵⁴

Esta regulación puede ser objeto de mejora vía convenio colectivo, que en ningún caso podrá introducir reformas *in peius*: resultará nula la regulación que actúe restringiendo la regulación legal (STSJ del País Vasco, de 25 de noviembre de 1.994³⁵⁵)³⁵⁶. Por otro lado, si el régimen resultante de la norma colectiva es más beneficioso que el legal, será exigible por el trabajador si se cumplen los requisitos previstos en el convenio: en caso contrario, será de aplicación la regulación legal.

13.1. Bien jurídico tutelado

El bien jurídico que protege la norma a través de esta institución es el menor y su adecuada atención. Por tanto, existe una identidad de razón entre el bien protegido por el “permiso por maternidad” y la excedencia por cuidado de hijos. Sin embargo, entre ambos supuestos existe una diferencia, que impide que la identidad sea plena: en la excedencia sólo hay una persona protegida: el menor, al desaparecer la necesidad de proteger la salud de la madre convaleciente tras el parto. Siendo la edad de éste inferior a la de tres años, se pretende favorecer su adecuada educación

³⁵³ Hasta aquí la redacción originaria del precepto en el texto de 1980, salvando la referencia a la filiación adoptiva.

³⁵⁴ Este párrafo fue añadido a partir de la Ley 3/1989 y modificado sustancialmente por la Ley 4/1.995.

³⁵⁵ A.S. 1.994, 4311.

³⁵⁶ En tal sentido, TORTUERO PLAZA (op.cit., p. 273), que descubre un criterio de determinación de la norma aplicable: “si el convenio mejora la ordenación de la excedencia habrá que estar a los términos en él establecidos, incluido la exigencia de preaviso para la reincorporación; si, por el contrario, el convenio simplemente reproduce el precepto estatutario o añade sin más un plazo de preaviso, éste no sería exigible ya que la norma reguladora sería el precepto estatutario y en él no está previsto el preaviso”.

durante la primera etapa de su vida, en la que existe una relación de dependencia con sus padres.

Por lo demás, ambas situaciones están presididas por una misma preocupación: *garantizar la compatibilidad de una actividad profesional con el cuidado de los hijos*, evitando que su atención y cuidado suponga un grave obstáculo al regreso del trabajador, y especialmente de la mujer, al mercado de trabajo una vez acometido tal objetivo (lo cual implica que su concesión por el empresario sea obligatoria³⁵⁷). No en vano la Ley 4/1.995, de 23 de marzo, por la que se altera la sustancia de la excedencia por cuidado de hijos, aproximándola al permiso por maternidad, y de ahí que incluso la denominación de la ley sea ésta -“sobre el permiso parental”-, se declare inspirada en la necesidad de acometer la igualación de los sexos -favoreciendo el reparto de las cargas familiares- y la lucha contra el desempleo.

Estas mismas razones son las que justifican que, aunque no se establezca expresamente en la Ley, haya de inferirse que la situación de excedencia, cuando ésta se conceda para el cuidado de hijos, no es, de principio, compatible con el ejercicio de un trabajo, salvo previa situación de pluriempleo³⁵⁸. Lo avala el hecho de que la situación se considere asimilada al alta a efectos de prestaciones de la Seguridad Social y que, además, se considere cotizado el primer año de la misma, precisamente porque *no existirá trabajo alguno del que puedan provenir tales cotizaciones*.

Es precisamente el bien jurídico protegido el que fundamenta la regulación de un régimen privilegiado con respecto a la excedencia voluntaria y, por lo tanto, es esta nueva actividad -el cuidado del hijo- la que resulta incompatible con el trabajo, y que motiva, en consecuencia, la concesión de una excedencia. Por consiguiente, carecería de toda lógica que se pudiera compatibilizar con un trabajo, cuando su concesión se ha basado en su “incompatibilidad” con el trabajo³⁵⁹. Además, si se entendiera de otra manera se estarían permitiendo conductas abusivas por parte del trabajador, que

³⁵⁷ STSJ del País Vasco, de 9 de diciembre de 1.993 (A.S. 1.993, 5394).

³⁵⁸ Aunque sí lo sea en caso de excedencia voluntaria (siempre que el trabajador no incurra en competencia desleal): STSJ de Galicia, de 25 de marzo de 1.992 (A.S. 1.992, 1254). En todo caso, lo será cuando así se haya pactado expresamente o se haya establecido en convenio colectivo (STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 18 de noviembre de 1.993, A.S. 1.993, 4782).

³⁵⁹ De todos modos, existen pronunciamientos judiciales favorables a su admisión cuando el nuevo empleo que se compatibiliza es más beneficioso en materia de jornada y horarios que aquél del que se solicitó excedencia, a efectos de dispensar cuidados al hijo menor, ya que éstos no exigen “un riguroso complemento de presencia física constante (...), sino proceder con el cuidado y celo propio de los padres que puede darse aun con dedicación laboral, implicando otras muchas facetas de protección, aunque esta presencia física sea meramente potencial” (STSJ de Valencia de 31 de enero de 1.994, A.S. 1.994,372). Entre la doctrina, PÉREZ ALONSO (op.cit., p. 68), siempre que no constituya competencia desleal (vid. sobre el concepto de ésta la STSJ del País Vasco, de 24 de octubre de 1.994, A.S. 1.994, 4072, en la que se juzgaba un supuesto de excedencia voluntaria).

podiera utilizar este tipo de excedencia para evitar los efectos perjudiciales propios de la excedencia voluntaria (fraude de ley)³⁶⁰.

En el Derecho portugués se resuelve expresamente, en el art. 13 del Decreto-ley nº 136/85, de 3 de mayo, por la que se desarrolla la Ley nº 4/84, en el que se incluye la regulación del régimen de incompatibilidades de la licencia especial por cuidado de hijos, declarando su incompatibilidad con “cualquier actividad incompatible con el fin para el que la licencia es concedida”, presumiéndose incompatible a tales efectos, sin admisión de prueba en contrario, cualquier forma de prestación de trabajo subordinado o de prestación continuada de servicios fuera de la residencia familiar.

13.2. Régimen jurídico.

13.2.1. Situaciones protegidas.

De nuevo debe señalarse el paralelismo existente entre las situaciones que protege el art. 46.3 y las que se regulan en el 45.1 d) y 48.4 ET, si bien se aprecia una pequeña diferencia: la no inclusión del acogimiento. La razón de ello es que se tutela aquí una situación que no tiene ya carácter transitorio, sino que posee fijeza. Y, concibiéndose en el ET la figura del acogimiento como etapa previa a la adopción (y como tal cubierta por el derecho que regula el art. 45.1 d), si la excedencia comienza a producir efectos una vez agotado el periodo de descanso por nacimiento de hijos, es decir, una vez *la adopción está constituida*, lógico es que no se incluya el acogimiento en esta segunda fase, que se entiende como situación habitual o cotidiana del trabajador y su familia. Se olvidan, pues, aquellos otros supuestos en los que, una vez disfrutado el permiso correspondiente, no tiene lugar la adopción hasta largo tiempo después, siendo dicho periodo intermedio nulo a efectos de excedencia, pues no es posible acceder desde la situación de acogimiento a la misma. Ello comporta, además, una notoria reducción en el periodo total de excedencia al que tendrá derecho el adoptante³⁶¹.

La adopción tutelada es la de los menores de cinco años. Se restringe, por consiguiente, la posibilidad de situarse en excedencia por debajo de los límites

³⁶⁰ En este sentido, DILLA CATALÁ (op.cit., pág. 695), que habla de “traición al objeto de la norma”, sancionable por el empresario con el despido disciplinario basado en el abuso de confianza y transgresión de la buena fe contractual. En todo caso, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de octubre de 1.990 (R.J. 1.990, 7526), funda la exigibilidad de dicha obligación en la subsistencia de las obligaciones no básicas del contrato durante su suspensión, si bien se trataba de un supuesto en el que la prohibición de concurrencia se establecía expresamente en el *Convenio Colectivo Nacional para la Banca Privada*.

³⁶¹ En este sentido ROJAS RIVERO, G.P. (“El derecho a la excedencia para el cuidado de hijos”, *Tribuna Social*, núm. 61, 1996, ps. 69 y ss.) señala que “carece de fundamento si se tiene en cuenta que el descanso por adopción es retribuido, a diferencia de la excedencia, siendo ilógico que los requisitos de esta última sean más rígidos y, además, porque en ambos casos, se persigue una misma finalidad, el cuidado y atención del menor.”

previstos en el Derecho comunitario (Directiva 96/34/CEE) y en otros ordenamientos comparados³⁶².

13.2.2. Contenido del derecho.

El contenido del derecho en este caso es el mismo que ha sido examinado con relación a la suspensión por maternidad *ex art. 45.1 d) ET*, a la que se efectúa la oportuna remisión. Es decir, el de suspender el contrato, con las consecuencias que de ello se derivan, incluidas las que se sitúan en el ámbito de la Seguridad Social, que en esta ocasión no comprenden la sustitución de la renta de activo por un subsidio económico (pero que son reemplazadas por otros beneficios, como el abono de un año de cotización o la consideración del periodo como asimilación al alta).

Debe hacerse especial referencia al derecho a la reserva del puesto de trabajo, que se configura como derecho de garantía escalonada: un primer grado, que se corresponde con el primer año de excedencia, en el que la reserva es íntegra, y un segundo grado, que abarca el resto del periodo, y en el que las garantías de reingreso al mismo puesto de trabajo se debilitan, puesto que se amplía el concepto de puesto de trabajo reservado, otorgando al empresario mayores márgenes de flexibilidad a la hora de hacer efectivo el reingreso³⁶³. En efecto, el reingreso en la empresa, transcurrida esta segunda fase, puede tener lugar en cualquiera de los puestos de trabajo que en la empresa existan del mismo grupo profesional o de categoría equivalente.

Por lo tanto, será necesario acudir a los preceptos que regulan el concepto de grupo profesional para determinar el alcance real de esta “reserva”. En otras palabras, para conocer cuál es el puesto de trabajo que se le reserva.

Tales normas son las comprendidas en la Sección tercera del capítulo II, en particular, el art. 22. En éste se define el concepto de categoría y de grupo profesional, entendiéndose (numero 2) por grupo profesional “el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación”, que puede incluir “tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales”. El número 3 considera que una categoría profesional es equivalente a otra cuando la aptitud profesional necesaria para el

³⁶² V.gr., el Derecho argentino, que protege bajo la figura de la excedencia la adopción de un hijo menor de edad -determinada por las normas del Código civil) *a cargo*-; por tanto, la amplitud del derecho en lo que al beneficiario se refiere es considerablemente mayor.

³⁶³ De la misma manera, permite compatibilizar el derecho del trabajador al reingreso con los cambios organizativos que puedan haberse realizado durante la situación de excedencia de éste. El gravamen que se impone al empresario no resulta, pues, tan oneroso como en el supuesto de la excedencia forzosa por ejercicio de cargo público. En cualquier caso, no puede decirse que esta distinción sea premeditada, sino producto de una modificación que se ha introducido una vez que el sistema de clasificación profesional había sido ya objeto de reforma por la Ley 11/1.994.

desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda, previa la realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación.

Por lo tanto, el puesto reservado durante el segundo y tercer año puede describirse como el correspondiente a su formación, en el que se aprecie una identidad respecto de las principales funciones a desempeñar y que el trabajador pudiera desarrollar con la misma aptitud que le permitía acometer sus anteriores funciones, sin necesitar para ello más que un simple proceso de adaptación o formación. Adaptación o formación que alcanzaría a través de los cursos de formación profesional a cuya participación debe ser convocado por el empresario, “especialmente con ocasión de su reincorporación”.

Si las partes han acordado la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de dos o más categorías, grupos o niveles, la reserva prevista se entenderá sobre la categoría del puesto correspondiente a las funciones prevalentes (art. 22.5.2º).

Estas previsiones deben cotejarse con lo dispuesto en la Cláusula 2.5 de la Directiva 96/34/CEE, en la que se dispone la reserva del puesto de trabajo durante todo el periodo de la excedencia (que podrá ser de hasta ocho años) y sólo en caso de imposibilidad el puesto ocupado en el momento de la reincorporación será “un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato o a su situación laboral”. Por tanto, el derecho se regula con mayor amplitud que en la normativa española, en la que tal previsión sólo se predica del primero de los años de excedencia.

13.2.3. Titulares del derecho.

En este terreno deben tratarse dos cuestiones bien distintas: la primera afecta a los trabajadores que, incluidos en el ámbito de aplicación del ET, pueden disfrutar de una excedencia y, en particular, de la regulada en el art. 46.3, en función de la duración de su contrato, y la segunda se refiere a la igualdad por razón de sexo en el acceso al derecho y el carácter “compartido” del mismo:

1. La duración del contrato de trabajo y la titularidad del derecho.

No sometándose el acceso a la excedencia a la acreditación de cierta antigüedad en la empresa³⁶⁴, y no disponiéndose en el precepto que sólo hayan de gozar del derecho cierta categoría de trabajadores (pues, muy al contrario, el art. 46.3 lo

³⁶⁴ PÉREZ ALONSO: op.cit., pág. 60. Ello permite conectar o acumular sucesivas excedencias no ya sólo por cuidado de hijos -cuando se produzca el nacimiento de nuevos hijos-, circunstancia expresamente prevista en la ley, sino también con una excedencia voluntaria: STSJ de Castilla y León/Burgos, de 11 de septiembre de 1.992, A.S. 1.992, 4135.

entiende referido a “los trabajadores”, en general)³⁶⁵, no existe impedimento para que un trabajador que se encuentra vinculado a la empresa por un contrato de duración determinada pueda pasar a la situación de excedencia³⁶⁶, ni tampoco que haya de negarse el derecho a aquellos que trabajen a tiempo parcial.

Por otra parte, la propia duración de la excedencia -de un máximo de tres años- plantea dudas sobre su posible colisión con un contrato de tales características, pues podría consumirse la duración de éste con la de aquélla. Sin embargo, si ello es posible en la situación de incapacidad temporal y lo era en la de invalidez provisional, a pesar de lo extenso de su duración, debe concluirse que también lo ha de ser en este caso³⁶⁷. Ocurrirá, sin embargo, que el contrato podrá extinguirse, por la llegada del término final pactado, antes de que finalice el periodo de excedencia (ya que, según dispone el art. 7 del RD 2546/1.994, de 29 de diciembre, de desarrollo del art. 15 ET, la suspensión del contrato carece de virtualidad para ampliar su duración³⁶⁸), razón por la cual no será frecuente que se solicite la excedencia en tales supuestos³⁶⁹.

³⁶⁵ No obstante, la Cláusula 2.3 e) de la Directiva 96/34/CEE permite a los Estados miembros someter la concesión del permiso a un periodo de trabajo y/o a una antigüedad que no podrá ser superior a un año. Por otra parte, remite a la legislación interna la posibilidad de posponer la concesión del permiso parental por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa, entre las que cita el trabajo de tipo estacional, la imposibilidad de encontrar sustituto durante el periodo objeto del preaviso, o la solicitud simultánea del permiso por parte de una “proporción significativa de la mano de obra”.

³⁶⁶ No existen pronunciamientos doctrinales al respecto, pues si bien se ha negado mayoritariamente tal posibilidad, no se ha aludido al particular supuesto de las excedencias forzosas. Sólo ALBIOL MONTESINOS (*El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*. Madrid, 1981) y PÉREZ ALONSO (op.cit.) apuntan a su viabilidad. En cuanto a la jurisprudencia, existen varios pronunciamientos en contra de su admisión en los contratos temporales: entre otras, STCT de 22 de mayo de 1985 (nº de Colex 813) y STSJ de Madrid (Sección 2ª), de 14 de enero de 1.991 (A.S. 1.991, 769), sobre contrato para obra o servicio determinado.

³⁶⁷ La STSJ de Extremadura, de 28 de julio de 1.994 (A.S. 1.994, 2832) juzga un caso de excedencia por cargo público en la que se niega tal posibilidad al personal no fijo dependiente de la Junta de Extremadura, pero entiende que se trata de una causa no prevista en el art. 45 ET y, por tanto, parte de la consideración de que no se trata de un supuesto de excedencia forzosa. La STCT de 22 de noviembre de 1988 (RTCT 1988, 7415) y las SSTSJ de Madrid, de 18 de octubre y de 14 de noviembre de 1989 (RTSJ 1989, 1901 y 2380) exigen para la concesión de excedencia voluntaria que el contrato sea de duración indefinida, basando su decisión en que la suspensión de los contratos no comporta la ampliación de su duración.

³⁶⁸ “Es doctrina jurisprudencial consolidada que en los contratos temporales son aplicables las causas de suspensión del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores, y que tales causas no amplían la duración normal del contrato. Suspenden el contrato en cuanto éste esté vigente, pues no consisten los contratos temporales en la prestación de determinados días de trabajo sino en la permanencia del vínculo en tanto no transcurra el plazo (Tribunal Supremo Sentencia de 12 febrero 1995)” (STSJ de la Comunidad Valenciana, de 30 de septiembre de 1997, A.S. 1997, 3020). En la referida sentencia se entiende convertida la relación de trabajo temporal en indefinida como consecuencia de la vigencia del contrato, que se hallaba suspendido por expediente de regulación de empleo, sobrepasando el término máximo permitido por el RD 1989/1984.

³⁶⁹ En este sentido, DILLA CATALÁ: “La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos (La Ley 4/95, de 23 de marzo)”, A.L., núm. 40, 1.995, pág. 6

En todo caso, si el reingreso puede instarse en cualquier momento del disfrute del derecho, es posible que de un contrato de duración temporal surja una excedencia cuyo fin sea anterior a la extinción del contrato (porque se renuncie a parte del periodo reconocido por la Ley), con lo cual no sólo es posible el disfrute de la excedencia sino también el reingreso posterior en la empresa, al no haberse prolongado más allá de unos meses la situación de excedencia.

Esta posibilidad abre la puerta a posibles intenciones fraudulentas del trabajador, que, valiéndose de este derecho, disfrutaría de una separación temporal de la empresa de duración inferior a la prevista para la excedencia voluntaria (es decir, *por unos meses*), obteniendo de tal modo un derecho "reforzado" que le permitiría instar el reingreso automático y dedicándolo a fines distintos de los queridos por la norma. Al hilo de lo anterior, debe decirse que las posibilidades de controlar el uso del derecho son escasas; por ello debe mantenerse su incompatibilidad con el ejercicio de otro trabajo cuando éste exija una dedicación similar a la de la relación que se suspende, que sí se permite en la excedencia voluntaria. *A sensu contrario*, cabría admitir la compatibilidad con la preparación de oposiciones o la realización de ciertos estudios.

- El carácter "compartido" del derecho.

A diferencia de lo que sucede cuando la suspensión del contrato se debe a parto de la mujer trabajadora, en el que el debido respecto hacia la salud de la madre, así como la atención de la lactancia del hijo, fuerzan el disfrute preferente del derecho por la madre (y motivaron que hasta recientes fechas sólo ella fuera titular del mismo), el hecho de que la excedencia se proyecte durante un periodo en el que el hijo se halla en una etapa algo más avanzada de crianza (transcurridos los primeros meses de vida) permite reconocer el derecho a ambos progenitores sin distinción por razón de sexo. De ahí que cualquiera de ellos pueda hacer uso del derecho que regula el art. 46.3 ET.

El régimen de titularidad "conjunta" del derecho entre ambos progenitores y su ejercicio "compartido" implica la imposibilidad de ejercicio simultáneo por los dos cuando ambos ostenten la condición de trabajadores, en contra de lo dispuesto en la Directiva 96/34/CEE, sobre el permiso parental, en la que se garantiza el derecho a la utilización del derecho por ambos cónyuges³⁷⁰.

La fórmula legal utilizada para ello es común al permiso por adopción o acogimiento ("cuando el padre y la madre trabajen, sólo uno de ellos podrá ejercitar el derecho"), razón por la cual se remite la solución a las conclusiones realizadas al tratar este derecho.

³⁷⁰ SCHMIDT, M.: op.cit., p. 120.

13.2.4. La edad del menor y la duración del derecho. Su régimen de ejercicio.

Debe hacerse referencia a dos órdenes de cuestiones: la duración del derecho y su ejercicio:

- A. La duración del derecho: a pesar de no haberse alterado la duración de este tipo de excedencia desde que fuera reconocida en el ET, la reforma de la institución por la Ley 4/1.995 supone de forma indirecta la prolongación, en la práctica, de la duración real de la misma, ya que la extensión de las garantías sobre el puesto de trabajo desde el primer año a todo el periodo puede fomentar las excedencias de mayor duración.

La duración de la excedencia por cuidado de hijos difiere de la asignada al resto de excedencias por la relación que guarda con un hecho personal concreto: la edad del hijo cuyos cuidados motivan la solicitud de la misma. Siendo la duración de la excedencia de un máximo de tres años, *su inicio se anuda al nacimiento biológico del hijo*. De este hecho pueden extraerse diversas consecuencias:

- La excedencia podrá prolongarse durante el periodo de tres años, pero también durante un periodo inferior, a elección del trabajador. Dicho de otro modo, éste dispone de un plazo de tres años para efectuar la solicitud, acortándose la duración real de la excedencia en la misma proporción en que el titular del derecho se demore en el ejercicio del mismo. No existen en este terreno límites mínimos³⁷¹, pero sí se prevén por parte de la Directiva 96/34/CEE, que fija una duración mínima de tres meses. Por tanto, puede decirse que la duración de la excedencia está acotada desde ambos extremos: inferior y superior, pudiendo el trabajador optar por la duración que desee entre ambos límites.
- El nacimiento del derecho al disfrute de la excedencia coincide en el tiempo con el nacimiento del hijo. Es a partir de este momento cuando el trabajador ostenta la facultad de exigir al empresario su separación temporal de la empresa para dedicarse al cuidado de su hijo por un periodo determinado, que será, como máximo, de tres años desde el nacimiento del hijo. Pero esto no significa que la solicitud deba producirse en este momento: el titular del derecho tiene la facultad de decidir si lo ejerce o no y, además, *a partir de qué momento y por cuánto tiempo*. Quiere ello decir que, en tanto el hijo no cumpla la edad de tres años (que coincide con la duración máxima de la excedencia), el trabajador podrá ejercer en cualquier momento su derecho.

³⁷¹ En contra, la STSJ del País Vasco, de 25 de noviembre de 1.994 (A.S. 1.994, 4312), según la cual la excedencia forzosa que podríamos llamar “de primer grado” (la del primer año) está prevista de modo taxativo con la duración de un año, “no previéndose el establecimiento de un periodo menor de tiempo”, salvo que en convenio colectivo se prevea una duración inferior, en cuyo caso ésta podrá imponerse obligatoriamente tanto al empresario como al trabajador.

La cuestión que se plantea en este caso es si, ejercido con posterioridad el derecho, una vez que el hijo ha alcanzado cierta edad (inferior a los tres años), la duración real de la excedencia se va a ver limitada a un tiempo inferior a tres años. Los claros términos en los que está redactada la ley (“a contar desde el nacimiento...”) obligan al intérprete a optar por la interpretación que podría considerarse más restrictiva (sin perjuicio de que ésta sea la más ajustada al espíritu de la ley), entendiendo que en tal supuesto el trabajador ha optado por hacer uso de un menor periodo de excedencia. Tal es la opinión de algunos Tribunales Superiores de Justicia³⁷².

El inicio del cómputo de la duración de la excedencia comienza en el momento en el que se produce el nacimiento³⁷³, pero existe un segundo derecho a suspender el contrato fundado en el mismo hecho: el nacimiento del hijo. Ambos derechos -al descanso puerperal y a la excedencia por cuidado de hijos- se anudan al acaecimiento de un mismo hecho -el nacimiento del hijo- y, por lo tanto, son coincidentes en el tiempo, al menos en este primer momento y por todo el tiempo que dure el de inferior duración (el derecho al descanso).

Tal concurrencia provoca en la práctica que la duración de la excedencia sea inferior a tres años, al solaparse el descanso puerperal con los primeros días de ésta, a menos que se trate de una sucesión de excedencias por nacimiento de nuevos hijos, ya que en este caso el periodo de tres años se disfrutará íntegramente. De ahí que la doctrina haya planteado la conveniencia de “ampliar” la duración máxima de la excedencia durante todo el periodo que corresponda al descanso puerperal, entendiendo que el inicio de su cómputo no se produce en el momento del nacimiento del hijo, sino en el de agotamiento del descanso post-parto³⁷⁴.

³⁷² STSJ del País Vasco, de 9 de diciembre de 1.993 (A.S. 1.993, 5394), que la concibe como renuncia parcial de su derecho, “que puede darse tanto por retrasar su inicio como por anticipar su terminación”; además, aclara que “la excedencia por maternidad *puede solicitarse desde la fecha de la finalización de la incapacidad laboral transitoria por maternidad, pero no necesariamente en dicha fecha*”; y STSJ Baleares, de 27 de diciembre de 1.991, *Relaciones Laborales*, número especial sobre Tribunales Superiores de Justicia 1.994 (TSJ-247 R). Vid. también la interesante sentencia de la Audiencia Nacional, de 8 de marzo de 1.990 (R.J. 1.990, 54).

³⁷³ No existe plazo de solicitud de la excedencia (por el contrario, puede solicitarse en cualquier momento en tanto el hijo cumpla los tres años), pero será exigible si el convenio colectivo por el que se mejora el régimen aplicable a la excedencia así lo prevé. En este caso habrá que concluir que, de no cumplirse este plazo, el trabajador “perderá” el derecho al régimen privilegiado, pero conservará la opción de acogerse al régimen legal previsto en el ET. STSJ de la Comunidad Valenciana, de 17 de noviembre de 1.994, *Relaciones Laborales*, Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, 1.994, TSJ-732.

³⁷⁴ En tal sentido, TORTUERO PLAZA, quien argumenta que las primeras 6, 16 ó 18 semanas siempre estarán destinadas al disfrute de otro derecho consistente también en la suspensión del contrato, de tal modo que existe en todo caso una coincidencia en el tiempo y en el espacio de ambos derechos, que tienen una misma finalidad (salvando el periodo de recuperación de la madre) e idénticos efectos sobre el contrato de trabajo. Razones que, a juicio del autor, fuerzan una

De admitirse esta tesis extensiva, habría que considerar también otras consecuencias:

1. Que el cumplimiento de la edad de tres años no va a extinguir el derecho, sino que a este momento habrá que añadir el tiempo que previamente se haya descontado con ocasión del disfrute del descanso puerperal.
2. Que los beneficios de la Seguridad Social anudados al primer año de excedencia por cuidado de hijos se entenderán referidos a tal periodo “ampliado”.

En cuanto a los elementos de valoración histórico-legales, el Decreto de 20 de agosto de 1970 (Decreto 2310/1970) iniciaba el cómputo a partir de la finalización del descanso obligatorio por maternidad³⁷⁵. Sin embargo, la LRL (art. 25.4) alteró este régimen, estableciendo el que más tarde recogió el ET: el cómputo a partir del momento del parto³⁷⁶. Aunque en ninguno de los supuestos se hacía depender la duración del derecho de la edad del menor.

La clara redacción del precepto actual impide efectuar tal ampliación, por cuanto el cómputo de la duración del derecho se entiende referido a un momento exacto: el del nacimiento del menor, y porque expresamente se establece que la

interpretación más razonable en la identificación del *dies a quo*, que “no puede ser otro que el día siguiente a la finalización de los periodos de descanso o licencia por maternidad, pero sin que ello suponga ampliar la duración de la excedencia más allá del límite de la edad de tres años impuesto por la norma, pues la dicción del art. 46.3 ET no admite otra interpretación que ésta (TORTUERO PLAZA, J.L.: op.cit., ps. 269-270). En el mismo sentido, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE (op.cit., pág. 414), SALA FRANCO et al. (op.cit., pág. 516), SAGARDOY et al. (op.cit.), PÉREZ ALONSO (op.cit., pág. 64) y LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ (op.cit., pág. 36), entre otros. GARCÍA NINET (“La nueva reforma del Estatuto de los Trabajadores. La regulación del permiso parental y por maternidad”. *Tribuna Social*, núm., 52 1995, p. 6) afirma que “no hubiera estado de más prever su retraso, o sea el posible inicio de la excedencia, si la madre de la criatura después del parto hubiera tenido que estar de baja por incapacidad temporal una vez concluido el tiempo de permiso, por así exigírsele su estado de salud, o sea su situación puerperal”.

³⁷⁵ ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*. Universidad de Madrid. 1973, p. 196.

³⁷⁶ Ello significa, como indica la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 14 de julio de 1.994 (A.S. 1.994, 3113), que “tal precepto no prescribe que el beneficio concedido deba comenzar su disfrute en la fecha de nacimiento del hijo, sino que el tope máximo del periodo de excedencia, por dicha razón, se iniciará a contar desde aquel momento, ya que, de seguirse la tesis que propugna la recurrente en ese orden, se podría eliminar el derecho de suspensión con reserva del puesto de trabajo que prevé el siguiente artículo 48.4, derechos, éste de la suspensión y el cuestionado de la excedencia, coordinables y no incompatibles, lo que da lugar a que el beneficiario de dicha excedencia goce de cierta elasticidad en cuanto al momento real de inicio que, normalmente, lo será al finalizar la mencionada suspensión, porque, como se ha dicho, los tres años máximos para gozar la excedencia corran desde el nacimiento del hijo”. En el mismo sentido, SSTCT de 21 y 27 de marzo de 1984 (RTCT 1984, 2624 y 2796), en las que se mantiene que el art. 46.3 concede a la madre y al padre un margen “para que dentro de ese plazo elija aquél que más le convenga en función de las necesidades del hijo y de la incompatibilidad que ello suponga con su actividad laboral” (S. de 21 de marzo), ya que se trata de una excedencia por cuidado de hijos, no por maternidad (S. de 27 de marzo).

excedencia *no será superior a tres años*, contados desde el parto o la constitución de la adopción³⁷⁷.

En todo caso, no debe olvidarse que tal concurrencia se planteará únicamente en el supuesto de que sea la misma persona quien ejercite los derechos que reconocen los arts. 45.1 d) y 46.3 ET. Pues cuando exista un “reparto” de las cargas familiares entre ambos progenitores, de modo que cada uno de ellos disfrute de uno de los dos periodos de suspensión del contrato de trabajo (compatibilidad que resulta perfectamente factible, por cuanto la prohibición de disfrute simultáneo por los dos se refiere a un mismo derecho, no a derechos diferentes³⁷⁸), tal solapamiento no se producirá. En tal caso, el disfrute de cada uno de los derechos discurrirá por cauces diferentes y, por consiguiente, no se producirá el “conflicto” descrito anteriormente.

- Este planteamiento genera una polémica en torno a los efectos “escalonados” o graduales que se anudan a la excedencia -un primer año de reserva del puesto de trabajo y un segundo periodo de reserva de puesto en categoría equivalente-, que se resume en la disyuntiva siguiente: ¿se han de entender referidos al momento en el que el titular del derecho decide ejercerlo o al momento en el que éste nace?. Es decir, la cuestión es si el primer año durante el cual se reserva el puesto de trabajo es el del primer año de vida del hijo o el primer año de ejercicio del derecho. La jurisprudencia parece haber acogido la interpretación más amplia³⁷⁹, estableciendo como momento idóneo de inicio del cómputo el día siguiente a aquel en el que se agotó el periodo de descanso, pues en otro caso la aplicación de la norma en la práctica siempre implicaría un recorte del derecho formalmente reconocido, al reducirse la duración del periodo anual de reserva de puesto a unos límites temporales inferiores, y, además, se condicionaría al trabajador a solicitar el derecho siempre en el año de nacimiento del hijo. Por el contrario, se ha entendido que la opción por un periodo de excedencia inferior al máximo previsto en la ley no significa renunciar al derecho a un año de reserva del mismo puesto de trabajo, que se computa desde el inicio de la excedencia y

³⁷⁷ El Derecho portugués, si bien hace depender la extinción del derecho de la edad del menor, también fijada en tres años, tiene la prudencia de señalar expresamente que el inicio de la licencia se computará desde el agotamiento del permiso por maternidad o adopción (art. 11.2 del Decreto-ley 136/85). En igual sentido, art. L. 122-28-1 del code du travail francés.

³⁷⁸ A favor de tal posibilidad, LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ (op.cit., pág. 33). También BALLESTER PASTOR, que defiende la compatibilidad entre la suspensión por maternidad y la excedencia y la compatibilidad entre ésta y la lactancia, lo cual permitiría que ambos progenitores compartieran la responsabilidad del cuidado de los hijos, "por cuanto el carácter retribuido del permiso de maternidad y lactancia obligaría a que aquella persona que lo solicitara dedicara el tiempo concedido directa o indirectamente al cuidado del hijo" (BALLESTER PASTOR, M.A.: "Las excedencias familiares...", op.cit., p. 27).

³⁷⁹ Vid., entre otras, la SAN de 8 de marzo de 1.990 (R.J. 1.990, 54). También la doctrina se ha manifestado en favor de esta tesis: cfr., TORTUERO PLAZA, op.cit., p. 270.

no desde el nacimiento del hijo, fecha que sólo funciona como momento de nacimiento del derecho a situarse en excedencia (SAN de 8 de marzo de 1990: "no puede afectar sino a lo que se renuncia, que es a la duración máxima de tres años, no a la específica privilegiada de un año en modalidad de forzosa y con reserva de plaza"³⁸⁰)

- El derecho se anuda al hecho del nacimiento del hijo. Ahora bien, la ley no efectúa alusión alguna a la maternidad adoptiva. Podría ello fundar distintas interpretaciones en torno al concepto de "nacimiento". En efecto, si se entiende que el término "nacimiento" tiene el mismo sentido que el del nacimiento natural, el derecho del padre adoptivo puede quedar restringido, si la adopción se produce en un momento posterior a su nacimiento, especialmente si tiene lugar poco antes de cumplir la edad máxima prevista en el precepto. Si, por el contrario, entendemos que el nacimiento es el que tiene lugar de manera "legal", es decir, el momento a partir del cual se produce la adopción, quedará garantizada la igualdad de derechos entre uno y otro tipo de maternidad³⁸¹. Desafortunadamente, la redacción de la norma³⁸² ha impuesto la primera de las interpretaciones, y así ha sido entendido por la doctrina, de modo que el adoptado mayor de tres años tendrá derecho a que se presten cuidados por sus nuevos progenitores en un solo periodo: el correspondiente al descanso por adopción de hijos que regula el art. 48.4.
- El cómputo de la duración del derecho puede verse interrumpido por el nacimiento de un nuevo hijo. Cuando ello tenga lugar, dispone el art. 46.3 que nacerá un nuevo derecho, pero siempre que el beneficiario decida hacer uso del mismo.
- B. Ejercicio del derecho. El art. 46.3 prohíbe, de igual manera que el art. 48.4 respecto del descanso por adopción de menores de cinco años, el ejercicio simultáneo del derecho por ambos progenitores³⁸³, lo cual no es intrínsecamente incompatible con la posible distribución del periodo total entre ambos titulares del derecho.
- Se trata de argumentos ya defendidos al tratar el descanso por maternidad, pero que cobran mayor sentido en este ámbito, en el que reciben mayor fundamento, en virtud de la extensión temporal del derecho, que hace recomendable su distribución

³⁸⁰ R.J. 1990, 54.

³⁸¹ Otra solución se adopta en el Derecho francés, en el que los tres años de duración del "congé parental d'éducation" comienzan a computarse desde la llegada del niño menor de tres años al hogar familiar (art. L. 122-28-1 del code du travail, modificado por las leyes 91-1, 94-629 y 96-604).

³⁸² En palabras de ALONSO OLEA Y CASAS BAAMONDE, "deliberada".

³⁸³ Siempre que ambos trabajen para el mismo empresario (ALONSO OLEA Y CASAS BAAMONDE, op.cit., pág. 414).

entre ambos titulares con objeto de disminuir los perjuicios que su ejercicio puede reportarles en su carrera profesional. No existe razón alguna que impida el reparto de la duración de la excedencia, y por consiguiente la alternancia de su disfrute, máxime cuando la propia ley que reforma la institución -la Ley 4/1.995- se inspira en el principio de reparto de las cargas familiares entre los cónyuges, pese a lo cual olvida introducir los pertinentes mecanismos dirigidos a facilitar tal fin. En cualquier caso, éste debe inclinar la interpretación del precepto en el sentido apuntado³⁸⁴. A ello debe añadirse un dato objetivo: la “sucesión” en el disfrute del derecho no aporta al empresario carga adicional alguna que le suponga una onerosidad sobrevenida mayor que la que deriva del disfrute por parte de una sola persona. Es evidente, pues, la existencia de una laguna legal a este respecto, que debe colmarse acudiendo a los principios que inspiran la institución y su reforma.

Ante la ausencia de previsión expresa, algunos autores³⁸⁵ se pronuncian a favor de que la aplicación del art. 46.3 se realice según la interpretación que acaba de hacerse, e incluso llegan más lejos, entendiendo que el tenor del precepto admite incluso la interrupción en el disfrute de la excedencia, ante la ausencia de prohibición expresa, cuando el art. 48.4 sí impone el disfrute ininterrumpido del descanso por maternidad, si bien la razón y la lógica invalidan tales conclusiones, en vistas del amplio margen de arbitrariedad que introduciría en el ejercicio del derecho por parte de sus titulares y al tiempo de inseguridad jurídica, en perjuicio de la organización productiva³⁸⁶.

Debe insistirse en todo caso en lo injusto de la norma, en mayor grado en esta ocasión, dada la extensa duración de la excedencia, que debería justificar la solución contraria: *el reparto de su disfrute*, de tal modo que el periodo de ausencia del puesto de trabajo fuera menor y se favoreciera, asimismo, la celebración de nuevos contratos de interinaje (precisamente ésta es una de las finalidades de la Ley 4/1.995, en la que se concibe como contrapartida a la extensión del régimen de la excedencia forzosa a la excedencia por cuidado de hijos: sin embargo, olvida este aspecto -el ejercicio compartido del derecho por ambos progenitores- como fuente de nuevas contrataciones)³⁸⁷. Con mayor razón cuando existen especiales circunstancias familiares, como el fallecimiento del progenitor que ejercía el derecho.

A pesar de que no se prevea expresamente la sustitución en el disfrute del derecho de uno de los titulares por fallecimiento del que se hallaba en excedencia,

³⁸⁴ En todo caso, si existe separación o divorcio entre los cónyuges, el derecho corresponderá a quien ejerza la custodia del hijo (SALA FRANCO et al., op. cit.).

³⁸⁵ LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ (op.cit.).

³⁸⁶ TORTUERO PLAZA: op.cit., p. 271.

³⁸⁷ La posibilidad está prevista en el Reglamento de la Ley portuguesa de protección a la maternidad (art. 12), en el que se permite el disfrute sucesivo de la “licencia especial para asistencia a hijos”.

posibilidad a la que sí se alude de forma colateral en el art. 48.4 en caso de fallecimiento de la madre en el parto, la propia finalidad de la norma (que sólo uno de los progenitores suspenda su contrato de trabajo para dedicarse al cuidado del hijo) abona tal interpretación. Que exista ya una designación del progenitor que ha de ejercer el derecho no debe impedir su posterior sustitución, con mayor razón cuando no se trata de una renuncia o revocación del ejercicio del derecho, sino una decisión motivada por razones justificadas y ajenas a la voluntad del trabajador: el fallecimiento del excedente.

En todo caso, el régimen legal puede mejorarse vía negociación colectiva³⁸⁸ o a través del pacto individual entre trabajador y empresario, en virtud de razones organizativas de la empresa.

El ejercicio del derecho no se somete a requisito alguno, salvo su comunicación al empresario³⁸⁹, siendo obligatoria su *concesión* (ya que se trata de derecho absoluto, según ha sido calificado por la jurisprudencia), entendida ésta como “manifestación formal de la empresa”³⁹⁰ o como “requisito o trámite inexcusable para que tenga lugar la declaración de excedencia como una de las situaciones jurídicas en que puede encontrarse el trabajador durante su relación laboral”³⁹¹. Pero será necesaria la previa comunicación al empresario sobre el momento en el que se va a ejercitar el derecho³⁹². Sin perjuicio de que se produzca previo pacto con el empresario, acuerdo que podrá afectar al régimen de duración y de reincorporación al puesto de trabajo en cuanto sea más beneficioso que el previsto por la ley.

13.2.5. Efectos sobre la relación laboral

Tratándose de una suspensión contractual, en la que se prolongan los efectos de la suspensión ordinaria, si bien con la introducción de algunos adicionales (v.gr., convocatoria a cursos de formación con motivo de la reincorporación), los efectos de aquélla (antigüedad...) serán los mismos que en tal suspensión pudieran producirse, razón por la que se elude su reiteración, remitiéndose al apartado 9 de este capítulo.

³⁸⁸ Son nulos los pactos a través de los cuales se pacta un régimen menos favorable que el legal: STSJ de Baleares, de 14 de noviembre de 1.991 (*Relaciones Labores*, número especial Tribunales Superiores de Justicia 1.994, TSJ-245 R) y STSJ de la Comunidad Valenciana, de 17 de noviembre de 1.994 (*Relaciones Laborales*, Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, TSJ-732).

³⁸⁹ STSJ de la Comunidad Valenciana, de 30 de julio de 1996 (A.S. 1996, 2701): “partiendo de que la excedencia de la trabajadora demandante se rige pues por las normas propias de la excedencia forzosa, no es de aplicación la exigencia de su concesión previa por parte de la empresa (...) bastando la notificación a la empresa para situarse en la misma y quedar suspendido el contrato.”

³⁹⁰ STSJ de Baleares, de 2 de julio de 1.992, A.S. 1.992, 3909.

³⁹¹ STSJ de Andalucía/Málaga, de 23 de julio de 1.992 (A.S. 1.992, 3577).

³⁹² La respuesta del empresario no necesita expresarse por escrito ni le es exigible plazo alguno para hacerlo: STSJ de Cataluña, de 21 de abril de 1.992 (A.S. 1.992, 2290).

No serán objeto de atención más que aquellos efectos que le son propios o que pueden resultar alterados en algún grado en el contexto de una excedencia laboral, por su mayor duración: es el caso del reingreso en la empresa tras el agotamiento del periodo de suspensión.

La amplia duración del periodo de suspensión podrá haber dado oportunidad suficiente para introducir variaciones en la organización del trabajo en la empresa. Todo ello sin perjuicio de la posible variación del puesto de trabajo con motivo de su inclusión en una alteración sustancial de condiciones de trabajo, enmarcada en el art. 41.1 f) ET, (sea individual o colectiva) sometida al procedimiento que regula dicho precepto³⁹³. Ello tiene una significación trascendental en lo que atañe al reingreso del excedente, que puede resumirse en los siguientes términos: pueden distinguirse dos situaciones:

- a) Se produce una alteración sustancial de condiciones de trabajo, ex art. 41, en la que queda incluido el puesto de trabajo del excedente (en tal caso, deberá ser expresamente incluido para que la medida le afecte), del mismo modo que el resto de los trabajadores cuyo contrato no está suspendido, en razón de la vigencia del contrato del excedente³⁹⁴.

Dicha circunstancia tendrá plena virtualidad para afectar a lo dispuesto en el art. 46.3 ET, de tal modo que el reingreso en el mismo puesto o en puesto de categoría similar o equivalente habrá de acomodarse a la alteración introducida en el mismo, a la que queda supeditado. De otro modo, la suspensión supondría introducir un reforzamiento de los derechos del trabajador sobre el puesto de trabajo que ni puede deducirse de la ley ni sería justo para el resto de los trabajadores que, prestando su trabajo en régimen de normalidad, resultan de peor condición que aquél que se ha apartado temporalmente de su puesto de trabajo.

Lo que pretende garantizar la figura de la excedencia forzosa, o lo que es lo mismo, la de la suspensión del contrato (pues aquélla no es más que la causa de ésta), y dentro de ella la excedencia por cuidado de hijos, es la igualdad de condiciones entre el trabajador "presente" en la empresa y el "ausente" o excedente, *tratándolo como si estuviera en activo*. Es decir, el objetivo pretendido es que la ausencia temporal de la empresa no comporte al trabajador ningún perjuicio; existirán supuestos en los que el riesgo para el trabajador es mayor o, dicho de otro modo, se halla en inferioridad de condiciones, y de ahí la necesidad de añadir

³⁹³ Vid. al respecto, GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "Movilidad funcional", en *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso GARCÍA*, Madrid (AEDTSS-MARCIAL PONS), 1.995 y RIVERO LAMAS, J.: "La movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/1.994", REDT, 1.994, núm. 67, y "Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET", en *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*. AEDTSS-Marcial Pons. Madrid, 1.995.

³⁹⁴ STSJ de Cataluña, de 3 de junio de 1997 (A.S. 1997, 2431).

medidas compensatorias de su situación que no serían precisas en otro caso y que justifican ese plus de protección frente al resto de los trabajadores. Tal es el caso de la excedencia por cuidado de hijos, en la que la tutela que merece el bien protegido por la norma justifica que se refuercen las garantías otorgadas al trabajador sobre “su” puesto de trabajo. Pero lo que no se puede pretender es que la especial protección desborde sus límites y cree una discriminación con respecto al colectivo de “los que se quedan”.

Dichas razones justifican que también el contrato del excedente quede afectado por las medidas, individuales o colectivas, que la organización empresarial imponga en materia de condiciones de trabajo, y especialmente en cuanto a la movilidad funcional de los trabajadores. Bien es cierto que cabe admitir la existencia de medidas de “discriminación positiva” con fines muy concretos, pero la admisión de las mismas no puede ser tácita: por el contrario, debe ser expresamente prevista por el legislador. Y éste no es el caso de la figura que se está examinando, a pesar de que su reforma y ampliación de sus beneficios obedezca a una razón que pudiera llamarse de discriminación positiva: la ley (que la introduce: Ley 4/1.995), sin embargo, hace alusión al *reparto de cargas familiares*, utilizando una fórmula neutra. Un último argumento lo impide: no existe beneficio similar para la suspensión del contrato por maternidad, regulada en los arts. 45.1 d) y 48.4 ET. No hay, pues, razón que avale otra interpretación para este otro supuesto suspensivo, que, en definitiva, se ha asimilado a la maternidad del art. 45.1 d): tal asimilación no puede suponer superar los beneficios de la primera, sino igualarlos.

Lo que no cabe, por no ser objeto de alteración sustancial, sino de novación, realizada en perjuicio del trabajador y, por tanto, en contra del art. 3.5 ET, es la reincorporación en puesto de naturaleza temporal si el anterior lo era de duración indefinida (STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 9 de septiembre de 1.991³⁹⁵).

- b) No existe variación sustancial alguna que haya de someterse a trámite alguno. En tal caso tiene plena eficacia lo dispuesto en el art. 46.3, ya que no resulta sometido a ninguna condición.

Por otro lado, la naturaleza forzosa de la excedencia impide al empresario ampararse en la amortización de la plaza para retrasar o impedir el reingreso en el puesto reservado³⁹⁶; por el contrario, la afectación del puesto de trabajo del excedente por un despido colectivo debe someterse al procedimiento previsto en el art. 51 ET. La negativa al reingreso es asimilable a un despido improcedente. Sobre el particular debe efectuarse una remisión a lo ya examinado en apartados anteriores.

³⁹⁵ A.S. 1.991, 5078.

³⁹⁶ STSJ de Madrid, de 27 de septiembre de 1.993 (A.S. 1.993, 4215).

El único efecto propio de la excedencia por cuidado de hijos que no pueda predicarse de los descansos por maternidad (ni tampoco de cualquier otra causa de suspensión) se relaciona con la previsión expresa, introducida por la Ley 4/1995, del *derecho del trabajador a participar en cursos de formación profesional* que convoque el empresario, especialmente con ocasión del reingreso. Sobre el particular se harán las siguientes consideraciones:

1. El trabajador tiene derecho a asistir a cursos de formación profesional, pero no está obligado a hacerlo, pues aquél se concibe como derecho o facultad del trabajador, ejercitable a su voluntad: por lo tanto, no puede ser obligado, durante el periodo de excedencia, a asistir a aquéllos. Por tanto, su no realización no justifica la extinción del contrato por causas objetivas *ex art. 52 b) ET*, ya que el trabajador está capacitado para llevar a cabo esa otra función a la que se le destina: ésta es precisamente la razón de que se autorice al empresario a recolocar al trabajador en un puesto de categoría o grupo profesional equivalentes. Ahora bien, la práctica posterior puede demostrar que efectivamente el trabajador no se halla capacitado para asumir las nuevas características del puesto, por no haber seguido los cursos de capacitación necesarios, circunstancia que sí podría llegar a motivar la ineptitud para el mismo³⁹⁷.

No obstante, si la empresa ha introducido en el ínterin nueva tecnología, a la cual sean inherentes determinados riesgos laborales, la pretendida ausencia de obligatoriedad en la asistencia a tales cursos de formación, cuando su contenido se relaciona con la prevención de riesgos laborales, se torna en obligación exigible por el empresario (obligado a su vez a proporcionar información y formación al respecto, *ex arts. 19 ET y 19 Ley 31/1995*³⁹⁸), en tanto de ese conocimiento previo de las nuevas condiciones de trabajo inherentes a su puesto de trabajo se derivará la posibilidad de hacer uso de los medios de prevención y de protección que han de ponerse a su disposición. Si el art. 29 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales impone al trabajador las obligaciones de contribuir a la prevención y de colaborar en dicha tarea con el empresario, asume también la obligación de seguir los cursos de formación en la materia (art. 19.2 ET, si bien este precepto entiende referida la obligación del trabajador al seguimiento de los correspondientes cursos dentro de la jornada de trabajo, lo cual sólo puede predicarse de la reincorporación *ya instada*), especialmente con ocasión de su reingreso, si se han introducido

³⁹⁷ En tal sentido, QUINTANILLA NAVARRO, quien advierte que "la no asistencia una vez que el empresario ha cumplido su deber de convocar no podría ser considerada como infracción del trabajador, aunque podría dificultar la efectiva reincorporación una vez terminado el periodo de excedencia" (QUINTANILLA NAVARRO, B.: "La excedencia para cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995", R.L., núm. 20, 1995, p. 16).

³⁹⁸ Se trata de una obligación cuyo incumplimiento se tipifica en el art.47.8 LPRL como infracción grave si el puesto de trabajo al que es adscrito el trabajador es susceptible de provocar daños para la seguridad o la salud del trabajador.

modificaciones en las condiciones de trabajo que redunden en un peligro para la seguridad o la salud del trabajador excedente. Interpretación que queda avalada por el art. 19.1 del mismo texto legal, según el cual la formación debida por el empresario es exigible especialmente con ocasión del cambio de puesto de trabajo o cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe el trabajador, hipótesis perfectamente predicable de una situación como el reingreso del excedente.

2. Tiene derecho también a ser convocado o invitado a dicha participación por el empresario, cuando se organicen en el seno de la empresa, y a serle comunicada su realización cuando sean organizados por las entidades concertadas en el Acuerdo Nacional de Formación Continua o la Fundación para la Formación Continua (FORCEM). Se entiende que la obligación no alcanza al posible consejo sobre la conveniencia de la participación en los mismos por parte del trabajador, aunque no sería desacertado (salvo en materia de prevención de la salud o la seguridad del trabajador).
3. El empresario tiene la obligación de convocar al trabajador a tales cursos, pero no tiene obligación de organizarlos. El grado de obligatoriedad parece ser más intenso cuando se aproxime el término final de la excedencia, lo cual exige que el trabajador comunique, a su vez, con una mayor anticipación, su fecha de reingreso, pues de lo contrario no podrá alegar que se ha hecho caso omiso de dicho inciso, "especialmente con ocasión de su reincorporación".

Cuando el contenido del curso de formación sea el de la prevención de riesgos laborales, señala el art. 19.4 ET que su realización podrá hacerse tanto con servicios propios como a través de la intervención de servicios oficiales al efecto, utilizando el mecanismo del concierto.

4. Los cursos de formación profesional a los que se convoque al trabajador han de estar relacionados con el puesto de trabajo que ocupa o, en su caso, con el que ocupará a su reingreso. Por tanto, el ámbito de materias de los cursos en los que puede participar se amplía a todas aquellas directamente conectadas con las funciones inherentes a cualquier puesto de trabajo de su grupo profesional o de categoría equivalente, y, en todo caso, con la prevención de riesgos laborales, puesto que, en caso contrario, no se garantizaría la capacitación suficiente del trabajador³⁹⁹.
5. En cuanto al momento oportuno para su realización, puede ser cualquiera, dentro del lapso temporal que comprende la excedencia, desapareciendo la ocasión para ello cuando se produzca la reincorporación, lo cual no debe significar que, una vez

³⁹⁹ Como señala BALLESTER PASTOR ("Las excedencias familiares...", op.cit., p. 27), la inadecuación de la formación no puede utilizarse como argumento empresarial para utilizar la facultad extintiva que brinda el art. 52 b) ET.

iniciado el curso, deba éste extinguirse por el agotamiento del plazo máximo de excedencia, en cuyo caso el trabajador debería conservar el derecho a concluir el curso ya iniciado, con independencia de lo que establezcan en materia de formación las normas generales (ET y convenio colectivo)⁴⁰⁰.

El resto de los efectos -cómputo de antigüedad, reserva de plaza...- son comunes a la suspensión que regulan los arts. 45.1 d) y 48.4 y, por tanto, debe remitirse su examen al lugar correspondiente (vid. 9., "efectos sobre la relación laboral").

13.2.6. Conexión de excedencias por cuidado de hijos.

Dispone el segundo párrafo del art. 46.3 que "los sucesivos hijos darán derecho a un nuevo periodo de excedencia que, en su caso, pondrá fin al que se viniera disfrutando". Se admite, en consecuencia, la sucesión de excedencias motivada por el nacimiento de nuevos hijos, sin límite temporal alguno más que el que imponga la naturaleza o el criterio natalista de los progenitores⁴⁰¹, con lo cual la situación de excedencia podrá prolongarse durante más de una década, si conviene.

Con toda probabilidad, en un periodo temporal tan prolongado el derecho a la reserva de puesto de trabajo podrá quedar reducido a la posibilidad de reingresar en un puesto de igual o similar grupo profesional, pues el puesto reservado si no ha sufrido profundas modificaciones, estará extinguido o "reconvertido".

El nuevo derecho nacido puede ser ejercitado por el mismo titular que disfrutó del primero, pero también puede ser ejercido por el otro progenitor. De esta manera se introduce la posibilidad explícita de repartirse el periodo real de la excedencia, a través del ejercicio de derechos distintos por cada uno de ellos. Lo que no cabe, en virtud del último inciso del párrafo segundo, es que ambos disfruten de un derecho por cada uno de los hijos nacidos, al establecerse expresamente que, cuando el padre y la madre trabajen, sólo uno de ellos podrá ejercitar el derecho.

El trabajador puede decidir no hacer uso del nuevo derecho. Ello significa conceder al trabajador un derecho de opción entre seguir disfrutando de la excedencia hasta agotar su duración máxima o, en su caso, la que hubiera solicitado, o bien solicitar un nuevo periodo de excedencia con ocasión del nacimiento de nuevo hijo. Cuando la elección del trabajador haya sido la descrita como segunda opción, el

⁴⁰⁰ Según ESCUDERO RODRÍGUEZ y MERCADER UGUINA, en tal caso "habrá que estar a lo que resulte en cada caso, según las reglas generales aplicables a cada supuesto: por ejemplo, a la realización o no en tiempo de trabajo y, en este segundo caso, al carácter retribuido o no de los mismos" (op.cit., p. 106).

⁴⁰¹ Ello contrasta con las restricciones propias de la excedencia voluntaria, sometida al respeto de un plazo "intermedio" de cuatro años, que han de transcurrir entre una excedencia y otra. Por lo demás, si la conexión de una excedencia voluntaria se produce con respecto a una excedencia por cuidado de hijos, tal límite desaparece: STSJ de Castilla y León/Burgos, de 11 de septiembre de 1.992. R.L., *número especial*, Tribunales Superiores de Justicia 1.994 (TSJ-391 R.).

nacimiento del nuevo derecho producirá la extinción automática del anterior y a partir de este momento comenzará el cómputo de otro periodo de tres años.

El nacimiento del primer hijo da lugar al del primer derecho, pero ello no significa que éste deba ejercerse en dicho momento, sino que a partir de éste los padres dispondrán de un plazo máximo de tres años para situarse en excedencia, cuya duración irá reduciéndose a medida que transcurra dicho plazo. La cuestión que se plantea, al trasladar dicha conclusión a la hipótesis de sucesión de excedencias, es si los padres poseen el mismo margen temporal para disponer sobre el ejercicio de su derecho o si, por el contrario, la regla de la extinción automática del primer periodo de excedencia por el inicio del segundo previsto en el art. 46.3 (el nuevo periodo de excedencia pondrá fin al que se viniera disfrutando) les obliga a comenzar el disfrute de la segunda excedencia en el mismo momento en el que ésta es susceptible de solicitarse. Parece abonar la primera interpretación el inciso "en su caso" que se acompaña a la extinción del primer derecho. Resulta más sensato y coherente con el derecho del excedente optar por una interpretación más amplia del precepto, en la que se dé acogida a la posibilidad de ejercer el derecho en cualquier momento desde el nacimiento del hijo hasta la edad de tres años de éste (con la reducción proporcional de la duración total de la excedencia), teniendo lugar la extinción del derecho anterior en el momento en el que se inicie el nuevo periodo de excedencia.

Cuando la excedencia sea utilizada en las dos ocasiones por el mismo titular, de la conexión de derechos puede resultar la extensión de las mayores garantías sobre el puesto de trabajo que se conectan al primer año de excedencia, a un periodo de tiempo más amplio, de tal modo que, de producirse el nuevo nacimiento en el segundo o tercer años de la excedencia, la garantía que se anuda al primer año se va a extender a ese periodo intermedio entre el final del primer año y el inicio del nuevo cómputo. El resultado de ello es que el periodo de excedencia con reserva de puesto de trabajo podrá ser de hasta cuatro años, en lugar de uno, al ampliarse ficticiamente -ya que tiene lugar *a posteriori*, una vez consumida buena parte de la duración total- el periodo inicial en virtud del nuevo nacimiento o adopción y del ejercicio del nuevo derecho.

Si la sustitución de un derecho por otro tiene lugar durante la segunda fase de la excedencia (el segundo o tercer año), el nuevo cómputo puede suponer que el empresario haya de volver a reservar la plaza ocupada por el excedente, sobre la que ya había dispuesto. Sin embargo, la excesiva onerosidad que ello supondría para el empresario lleva a algunos autores⁴⁰² a sostener que la reserva haya de ser de puesto de similar categoría, es decir, el que corresponde a este segundo *momento* de la excedencia. El argumento decisivo, no obstante, es el que reside en la propia

⁴⁰² Al respecto, SEMPERE NAVARRO ("La Ley 3/89, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora", R.L., núm. 13, 1989), y LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ (op.cit.). En todo caso, comenzará el cómputo del año de cotización ficticia a la Seguridad Social.

naturaleza de la reserva y no en su posible perjuicio para la organización empresarial, pues, una vez superado el año de reserva del puesto, la reserva deja de ser "infungible", si se permite la comparación con la clasificación de las obligaciones de dar, para pasar a ser fungible. Es decir, deja de referirse al puesto para trasladarse al grupo profesional, ampliándose su ámbito de aplicación, y, en consecuencia, los márgenes de maniobrabilidad del empresario en punto a organización del trabajo. A partir de este momento, no existe ya puesto de trabajo que reservar y, por tanto, instada la nueva excedencia, no podrá operar la reserva de puesto que establece, porque para reservar algo debe existir previamente, y ya ha desaparecido. Así pues, la nueva excedencia servirá para mantener la reserva que venía obligando al empresario: la de puesto de la misma categoría profesional del trabajador u otra similar o equivalente. Por el contrario, si el nuevo derecho nace durante el transcurso del primer año, la prórroga de la reserva del puesto de trabajo vacante sí tendrá lugar, ampliándose a dos años no completos (pues hay que descontar el descanso por maternidad anterior al primero de los dos años)⁴⁰³.

En la hipótesis de disfrute sucesivo por el mismo trabajador, se plantea el problema de la compatibilidad o incompatibilidad de los periodos de descanso por maternidad y la excedencia por cuidado de hijos, que se ha venido disfrutando hasta el momento. La solución a tal cuestión, cuya importancia estriba en que de ello dependerá que el trabajador pueda acceder al subsidio por maternidad, pasa por la distinción del modo y el momento en el que la nueva situación acontece⁴⁰⁴:

- Si se ha instado el reingreso, aunque no haya tenido lugar todavía, el parto o la adopción se habrán producido durante el desarrollo habitual de la relación laboral, en la que el trabajo era debido y debía devengar salario, por lo cual procede la suspensión sobre la base del art. 45.2 d) ET.
- Si, por el contrario, no existe el reingreso, el contexto en el que tiene lugar el nuevo nacimiento será el de una situación de suspensión del contrato, que absorberá a la nueva suspensión, pues, no existiendo trabajo que prestar (la relación laboral está suspendida), no procederá tampoco su suspensión por parto o adopción, ni el acceso al subsidio por maternidad, pues la excedencia no constituye, a tenor de los arts. 125 LGSS, 4 de la OM de 13 de octubre de 1967 y

⁴⁰³ Así lo entiende también TORTUERO PLAZA (op.cit., p. 275), aunque en relación a la excedencia anterior a su reforma por la Ley 4/1995, abogando por su necesaria reforma. Una vez acometida ésta, algunas de las dudas que suscitaba el anterior escalonamiento en dos secuencias temporales siguen sin resolverse en la ley. Los mismos efectos se deducen de la superposición de una excedencia forzosa y la excedencia por cuidado de hijos cuando, transcurrido el primer año, se produce el nacimiento de una excedencia forzosa ex art. 46.1 ET.

⁴⁰⁴ TORTUERO PLAZA (op.cit., p. 275) considera que el nacimiento del nuevo derecho siempre va precedido del correspondiente periodo de descanso por maternidad.

17 del RD 356/1991, de 15 de marzo, situación asimilada al alta a tales efectos⁴⁰⁵. Las situaciones de excedencia se sucederán sin solución de continuidad, comenzándose a computar de nuevo el periodo de reserva del puesto de trabajo correspondiente al primer año de la excedencia y, por tanto, "recuperándose" el puesto que podía haberse perdido por el agotamiento de dicho periodo y el inicio del segundo año de excedencia. De este modo el nuevo periodo de excedencia podrá tener la duración íntegra de tres años prevista en la norma.

13.2.7. La extinción del derecho

El ET no alude en ninguno de los párrafos del art. 46.3 a las causas de extinción del derecho a la excedencia, de lo que podría inferirse que sólo está prevista su extinción por agotamiento de la duración máxima, los tres años de edad del hijo en cuyo nacimiento se basa la concesión de aquél, sin perjuicio de la extinción de un periodo por el inicio de otro, al nacer un nuevo hijo.

Sin embargo, si es la existencia del menor y su edad los presupuestos de hecho de la norma, que a la vez sirven de elementos para modular su duración, necesariamente también afectarán al derecho otras incidencias relacionadas con la propia existencia del menor. Por consiguiente, aunque no se prevea expresamente la muerte del hijo como causa de extinción del derecho (tampoco prevista respecto del descanso por maternidad en el art. 48.4), la interpretación finalista de la norma no lleva a otra conclusión que ésa: desaparecido el fundamento del derecho, debe desaparecer también éste. Se trata, por tanto, de una causa de extinción ajena a la voluntad del titular del derecho, de igual modo que lo sería la extinción del propio contrato de trabajo que le da vida.

13.2.8. La reincorporación⁴⁰⁶

Una vez agotado el disfrute de la excedencia, el trabajador excedente deberá instar el reingreso, pues, en caso contrario, se tendrá por extinción del contrato debida a abandono o dimisión del trabajador⁴⁰⁷. En definitiva, se entenderá que

⁴⁰⁵ Tales preceptos excluían la protección por la contingencia de incapacidad laboral transitoria cuando en la misma quedaba comprendida la maternidad. La duda que surge de su regulación independiente a partir de la Ley 42/1994 es si dicha exclusión le alcanza o no. Vid. sobre el tema la introducción, capítulo 2, de este trabajo.

⁴⁰⁶ Sirva el discurso que sigue, con las pertinentes salvedades, como continuación de lo ya dicho en materia de reincorporación al trabajo tras la suspensión por parto, adopción o acogimiento ex art. 45.1 d) ET.

⁴⁰⁷ Por tanto, no habrá lugar a indemnización alguna. No ocurre lo mismo en el Derecho argentino, en el que la reincorporación puede sustituirse por la rescisión del contrato de trabajo con derecho a indemnización, a opción de la interesada. No es éste el único caso en el que se permite la extinción indemnizable del contrato por voluntad de la trabajadora con motivo de su maternidad.

renuncia a la reincorporación⁴⁰⁸, aunque exista una situación que lo impida (incapacidad temporal), si ésta no se comunica debidamente o se insta previamente el reingreso para iniciar nueva situación de suspensión⁴⁰⁹. Cuando la conducta omisiva se sitúe en la esfera del empresario, será calificada como despido improcedente (STSJ de Navarra, de 23 de diciembre de 1996⁴¹⁰), a menos que, en realidad, se trate de una prolongación de la situación suspensiva aceptada por el empresario (lo cual convierte a este nuevo periodo en suspensión de mutuo acuerdo)⁴¹¹.

En torno al tema de la reincorporación del trabajador excedente surgen las siguientes cuestiones, a las que trataremos de dar respuesta:

- *Forma de solicitar la reincorporación*: la dinámica del derecho y el principio de buena fe parecen imponer al trabajador el deber de comunicación previa al empresario de su intención de reingreso en la empresa⁴¹², para que éste pueda disponer la organización del trabajo, tanto si la excedencia se solicitó por un año como si lo fue por más tiempo, pues en un caso habrá de "devolver" su puesto de trabajo al excedente y en otro habrá de "habilitar" un puesto análogo. En todo caso, debe entenderse preceptivo también por una segunda razón, que se desprende de la primera: para que el trabajador interino que ocupa la plaza que el excedente dejó vacante pueda a su vez ser preavisado por el empresario sobre la extinción de su contrato⁴¹³.

Sin embargo, la observación del régimen de ejercicio del derecho permite llegar a conclusión contraria: la obligación de comunicar la intención de reincorporación a la empresa deviene innecesaria cuando ésta ya conoce la fecha de la misma de antemano, de lo cual se deduce que sólo en un supuesto se mantendrá vigente tal deber: cuando el reingreso se produzca *ante tempus*. No obstante, teniendo en cuenta que el trabajador puede instar la reincorporación en cualquier momento, sin necesidad de indicar al inicio del disfrute de la excedencia la fecha en la que tendrá lugar, el argumento esgrimido deja de tener relevancia, desde el momento en que la regla general es precisamente la ausencia de comunicación sobre la fecha del reingreso, porque el derecho se concibe como de libre ejercicio. Y, por tanto, el

⁴⁰⁸ STSJ de Extremadura, de 5 de octubre de 1.993 (A.S. 1.993, 4370) y STSJ Andalucía, de 26 abril 1.991 (A.S. 1.991, 2780).

⁴⁰⁹ La STSJ de Cantabria, de 31 de julio de 1997 (A.S. 1997, 2426) estima que existe dimisión cuando el fin de la excedencia se conecta con una incapacidad temporal, pues es preciso solicitar previamente el reingreso.

⁴¹⁰ A.S. 1996, 3949.

⁴¹¹ STSJ de Canarias/Las Palmas, de 11 de junio de 1996 (A.S. 1996, 3104).

⁴¹² Dicha comunicación debe sustituirse por la de inclusión en expediente de regulación de empleo que se esté tramitando en el momento de la reincorporación si éste se afecta a la totalidad de la plantilla: STSJ de Aragón, de 8 de julio de 1.992, A.S. 1.992, 3898.

⁴¹³ DILLA CATALÁ (op.cit.) plantea la posibilidad de que la reincorporación se realice sin comunicación previa, y únicamente lo considera recomendable *de lege ferenda*.

trabajador puede determinar, sobre la marcha de los acontecimientos y en función de sus necesidades (hay que entender las del niño), cuándo se producirá la vuelta al trabajo. Y si ésta es la regla general, no podrá hablarse de reingreso "ante tempus" mas que como contraposición al retorno en el momento en el que el hijo alcance la edad de tres años. De todo ello se deducen las siguientes conclusiones:

- 1º. La comunicación será preceptiva siempre que el trabajador ejercite su derecho a modular la duración del derecho y opte por una duración inferior a la máxima prevista, pues el empresario desconoce sus intenciones y, al mismo tiempo, tiene la obligación de aceptar la reincorporación del excedente (lo cual puede exigirle la ejecución de determinadas actuaciones en materia organizativa, tales como comunicar al trabajador que ocupa interinamente el puesto de trabajo reservado su cese).
- 2º. No será necesario notificar al empresario el reingreso cuando el derecho se agote en su duración máxima, lo cual hace presumir a aquél la vuelta al puesto de trabajo del excedente por la aproximación de la fecha de extinción del término final de la suspensión contractual.

No debe olvidarse que la reincorporación no se solicita, sino que se ejercita y, por tanto, se comunica el reingreso, no la solicitud del mismo.

Por lo demás, no es necesario que la comunicación se realice por escrito⁴¹⁴.

Por último, hay que tener en cuenta la posibilidad de que el convenio colectivo de aplicación establezca la obligación de preaviso, debiendo juzgarse sobre la admisibilidad de dicha cláusula, por la que se impone una carga adicional al trabajador. En tal situación el mecanismo habitual para solucionar la cuestión es someter la institución regulada a un balance general, que, si resulta beneficioso para el trabajador, inclinará la decisión hacia la admisión de aquélla. En otras palabras, si el régimen jurídico de la excedencia es mejorado por el convenio, será aceptable que imponga ciertas condiciones para su disfrute, tales como la notificación o preaviso de la fecha de reincorporación. En caso contrario, el trabajador podrá rechazar la aplicación del convenio y la sumisión de la cuestión a la regulación legal, en la que no estén previstas tales limitaciones al derecho, sin perjuicio de la invalidez de una cláusula que altera *in peius* el contenido de una norma de Derecho necesario relativo⁴¹⁵.

Existen en el Derecho comparado soluciones más acertadas que la prevista en el Derecho español, en el que se detectan ciertas lagunas de importancia en torno al

⁴¹⁴ Tampoco puede imponerse unilateralmente por la empresa al trabajador excedente, en virtud del "más elemental respeto a la buena fe que debe regir las relaciones de trabajo" (STSJ de Murcia, de 20 de julio de 1.993, A.S. 1.993, 3486).

⁴¹⁵ En el mismo sentido, TORTUERO PLAZA (op.cit., p. 273), que cita las Sentencias de los TSJ de Baleares, de 3 de julio y 27 de diciembre de 1991, y de Madrid, de 28 de junio de 1991.

momento y modo de instar el reingreso. Concretamente, el Derecho portugués regula expresamente la posibilidad de regreso anticipado (por tanto, no debe inducirse a través de la interpretación de la ley), en el art. 15 del Decreto-ley nº 136/85, de 3 de mayo, por la que se desarrolla la Ley nº 4/84, *de protección de la maternidad y de la paternidad*, disponiéndose que “en el caso de anticipación del término de la interrupción de la prestación de trabajo..., la entidad empleadora está obligada a atribuir al trabajador la primera vacante que se produzca en la empresa, dentro de la misma profesión y categoría”. Es decir, se concede al titular del derecho la posibilidad de regresar, en las mismas condiciones en ambos casos, tanto en el momento del agotamiento de la duración máxima como en un momento anterior. Para ejercer tal derecho, el trabajador debe comunicar a la empresa, por escrito y con una antelación mínima de quince días al término de la licencia, su intención de regresar al trabajo, considerándose la falta de comunicación como prórroga automática de la licencia, por igual periodo, hasta el límite máximo de dos años⁴¹⁶.

- *Plazo de solicitud del reingreso.* No estableciéndose plazo alguno en el art. 46.3 ET⁴¹⁷, debe entenderse que habrá de producirse en el momento de agotarse el plazo de duración fijado o pactado. Bastará que se formule la comunicación⁴¹⁸ antes de concluir el periodo de excedencia (STS de 6 de marzo de 1986 y de 25 de enero de 1988⁴¹⁹)⁴²⁰. Por tanto, el trabajador deberá volver a su puesto de trabajo en la fecha inicialmente indicada en el momento de hacer uso del derecho⁴²¹, en la fecha

⁴¹⁶ Como puede comprobarse, el Derecho portugués regula con mayor detalle todos los aspectos de la excedencia, tanto en lo que se refiere al contenido del derecho como en los aspectos formales.

⁴¹⁷ La STSJ de Andalucía/Málaga, de 26 de abril de 1.991 (A.S. 1.991, 2779) entiende que el silencio de la ley al respecto debe interpretarse como deber de reincorporación “desde que desaparece la causa que produce (la suspensión), pero por extensión analógica en los restantes casos y por expresa manifestación del art. 46.1, ha de estimarse aplicable el plazo de 30 días”. Tampoco se prevé en el 46.2 para la voluntaria, pero sí en el 46.1 para la forzosa por ejercicio de cargo público. Pueden aplicarse, ante la identidad de razón, las conclusiones jurisprudenciales en torno a los plazos preceptivos en caso de excedencia voluntaria.

⁴¹⁸ Pues en todo caso es necesario que ello se realice, ya que “el silencio del Estatuto de los Trabajadores sólo significa que no es necesario cumplir ningún plazo *especial* de preaviso” (STSJ de Cantabria, de 1 de marzo de 1.991, A.S. 1.991, 1940 y las del TCT de 23 de octubre de 1986, RTCT 1986, 10118, y de 28 de junio de 1988, RTCT 1988, 4479).

⁴¹⁹ R.J. 1986, 1479 y 1988, 45. En el mismo sentido, SSTCT de 14 de octubre de 1982 y de 15 de diciembre de 1982 (RTCT 1982, 5418 y 7404). Asimismo, STSJ de Cantabria de 1 de marzo de 1.991 (A.S. 1.991, 1940), según la cual “es indispensable que ello se haga antes de cumplirse el tiempo de excedencia” y STSJ de Andalucía de 26 de abril de 1.991 (A.S. 1.991,2780): a partir de que desaparece la situación que determinó la excedencia. En este caso cabe entender que se produciría la extinción automática de la misma por alcanzar el menor la edad de tres años.

⁴²⁰ ÁLVAREZ ALCOLEA (op.cit.), que opta por la reincorporación inmediata a la finalización del supuesto de suspensión. Entiende MONTROYA (op.cit., pág. 419) que, a pesar del silencio del ET al respecto, por analogía con la excedencia forzosa, cuya naturaleza comparte, el plazo de reincorporación debe ser el mismo: el de un mes, a contar desde el agotamiento de la excedencia.

⁴²¹ STSJ de Galicia, de 27 de febrero de 1.992 (A.S. 1.992, 733).

pactada⁴²², salvo que la reincorporación no pueda realizarse por causa de fuerza mayor (v.g., accidente que exige hospitalización e impide la reincorporación⁴²³)⁴²⁴ y, en todo caso, el día siguiente a aquel en el que el hijo alcance la edad de tres años⁴²⁵, ya que, a menos que se establezca un plazo especial, debe entenderse que en todas las causas de suspensión previstas en el art. 45 ET *la reincorporación es inmediata*. En otras ocasiones, la jurisprudencia ha entendido que la situación de excedencia forzosa tiene eficacia por sí misma, lo cual obliga al trabajador a reincorporarse al servicio activo en el día siguiente a la terminación del año de excedencia, pues “la constatación escrita no puede tener otro significado que recordar un cumplimiento ineludible en todo caso para el trabajador”⁴²⁶.

Cuando la reincorporación se produzca por fallecimiento del hijo que motivó la concesión del derecho, habrá que tener en cuenta los dos días de permiso que por tal evento reconoce el art. 37.3 b) ET, lo cual produce un retraso en la reincorporación que debe ser comunicado al empresario, como exige el enunciado del precepto (“previo aviso y justificación”), debiendo entenderse tal comunicación como solicitud de reingreso.

Debe plantearse la posibilidad de que la reincorporación tenga lugar con anterioridad o posterioridad al agotamiento del periodo máximo de tres años:

a) *Con anterioridad a la finalización del periodo solicitado*. El trabajador, renunciando el trabajador a parte del periodo de excedencia, puede solicitar el reingreso *ante tempus*, pues la norma no le obliga a anunciar *ab initio* la duración final de la misma. En cualquier caso, aunque así lo haya hecho, nada le impide instar el reingreso anticipado⁴²⁷.

⁴²² No es en absoluto exigible la reincorporación en la fecha impuesta por voluntad unilateral del empresario. En tal caso, dicha cláusula restrictiva de los derechos del trabajador habrá de tenerse por no puesta y, por tanto, la negativa al reingreso como despido nulo: STSJ de Andalucía/Granada, de 21 de noviembre de 1.990 (A.S. 1.990, 2883). Pero sí la pactada en convenio colectivo: SSTSJ de Canarias/Las Palmas, de 10 y de 18 de junio de 1.991 (A.S. 1.991, 3935 y 3941) y STSJ de Murcia, de 20 de julio de 1.993 (A.S. 1.993, 3486), sobre excedencia *por maternidad*.

⁴²³ STSJ de Madrid, de 22 de mayo de 1.990 (RTSJ 1.990, 1789).

⁴²⁴ Equivale a la solicitud de reingreso la de una nueva excedencia: STSJ de Extremadura, de 5 de octubre de 1.993 (A.S. 1.993, 4370).

⁴²⁵ El retraso en la incorporación se considerará conducta abusiva del trabajador: STSJ de Andalucía/Granada, de 21 de noviembre de 1.990 (A.S. 1.990, 2885), que aplica la misma regla para el trabajador fijo discontinuo, aunque no se haya iniciado la campaña.

⁴²⁶ STSJ de Andalucía/Málaga, de 23 de julio de 1.992 (A.S. 1.992, 3577), y STSJ de Madrid, de 17 de marzo de 1.994 (A.S. 1.994, 1164). VIDA SORIA (*Comentarios...*, op. cit., pág. 134), sostiene que se trata en todo caso de una “simple comunicación formal”.

⁴²⁷ LÓPEZ GANDÍA y BLASCO SEGURA (op.cit.) sostienen la tesis de que no es necesario esperar al transcurso del periodo de un año o de tres años en su caso para pedir el reingreso, sino que caben márgenes de flexibilización y modulación de esta garantía. En el mismo sentido, ESCUDERO (op.cit., pág. 96) y TORTUERO PLAZA, que contempla la decisión de disfrutar de tiempos inferiores como causa de extinción de la excedencia (TORTUERO PLAZA: op.cit., p. 273). La STSJ de Madrid, de 7 de

Ha de tenerse en cuenta que la reserva se había entendido por un tiempo determinado, durante el cual nada impide al empresario disponer temporalmente de ella, a través de la contratación de un interino al amparo de la Ley 4/1.995 (en la que precisamente se fomenta la celebración de contratos de duración temporal para sustituir a los *excedentes*) y en uso del derecho organizativo que le reconoce el art. 53 CE. Establece el art. 4.2 c) del R.D. 2546/1.994, de 29 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 ET, que los contratos de interinidad -cuya duración en principio es la del tiempo durante el cual subsista el derecho del sustituido a la reserva de puesto de trabajo- se extinguirán en el momento en el que se produzca el reingreso del trabajador sustituido, porque precisamente su término final se conecta con el regreso del titular de la plaza ocupada⁴²⁸. La propia naturaleza forzosa de la excedencia impone al empresario la reserva del puesto de trabajo, de lo que se deduce que el trabajador puede reincorporarse a su puesto de trabajo en cualquier momento.

- b) *Solicitud de prórroga de excedencia*⁴²⁹: la cuestión aquí planteada es la de si es exigible por parte del trabajador la prórroga de la excedencia que venía disfrutando, ampliando su duración inicial. Si partimos de la presunción de que el periodo a disfrutar es en principio el máximo previsto en la ley, pudiendo disponer el trabajador de todo o sólo de parte del periodo, según las necesidades del hijo al que atiende, habrá que afirmar el principio de libre disposición del

febrero de 1.990 (RTSJ 1.990, 613), si bien sobre un caso de excedencia voluntaria, estima que la empresa no está obligada a la reincorporación "si se pide la misma antes de la finalización del plazo estipulado, ya que hasta dicho momento no se acaba la suspensión del contrato". En similares términos, STSJ de Madrid, de 10 de octubre de 1989 (RTSJ 1989, 1671) entiende que sí cabe la renuncia a la excedencia y consiguiente reanudación de prestación de servicios, así como las de 8 de febrero y de 1 de marzo de 1.994 (A.S. 1.994, 836 y 1128). Asimismo, STSJ de Murcia, de 28 de enero de 1.993 (A.S. 1.993, 253) y STSJ de Andalucía/Granada, de 15 de enero de 1997 (A.S. 1997, 237): "solicitado el reingreso a la actividad laboral antes de haber cesado la situación que lo posibilitaba, ha de producirse el mismo (...) sin que sea lícito, presumiendo una actuación abusiva, negar un derecho que la Ley otorga". Si la reincorporación se pretende realizar antes de finalizar el primer año de excedencia (y hoy, también durante el resto del periodo), entiende la STSJ del País Vasco, de 25 de noviembre de 1.994 (A.S. 1.994, 4312), que no cabe reingreso anticipado, por ser un año la duración única de tal periodo, no modulable. En sentido contrario, DILLA CATALÁ, que sólo admite el reingreso anticipado a la fecha inicialmente señalada en el caso de que el empresario acepte la revocación parcial de la decisión inicial, pues aceptar la libertad de reingreso del trabajador significa dejar "la organización empresarial en manos del capricho de los excedentes" (op.cit., p. 697).

⁴²⁸ La doctrina del Tribunal Supremo, sentada en las Sentencias de 17 de noviembre de 1983, 18 de julio de 1986 y reiterada en la de 22 de enero de 1987 (R.J. 1983, 5608; 1986, 4245; y 1987, 108) y referida a la excedencia voluntaria, en la que las garantías de reserva de puesto son menos intensas, es la de que "la amortización de vacantes, al margen de las prescripciones legales correspondientes no puede perjudicar el derecho expectante de los trabajadores en excedencia a reincorporarse a la empresa", pero esta tesis se refiere al derecho a la reincorporación, pero no a la posible reincorporación temprana.

⁴²⁹ Según señala DILLA CATALÁ (op.cit., quien no obstante lo concibe como facultad *unilateral* del trabajador), podrá acordarse una *duración inicial prorrogable* posteriormente según las necesidades organizativas de la empresa.

derecho por parte del trabajador en todas sus manifestaciones y, por tanto, también en cuanto a su duración. La respuesta jurisprudencial se inscribe en esta línea, siempre que el periodo total disfrutado no exceda del máximo previsto en la ley (STSJ de Madrid, de 18 de julio de 1.991 y STSJ de Castilla y León/Burgos, de 11 de septiembre de 1.992)⁴³⁰.

- *Condiciones del reingreso*: el reingreso significa volver a ocupar el mismo puesto de trabajo, en las mismas condiciones que se venían disfrutando con anterioridad a la excedencia, además de las que se hayan consolidado durante la suspensión del contrato⁴³¹. Por tanto, no cabe celebrar nuevo contrato, pues ya existía uno en vigor, ni que se nove, sustituyendo el de duración indefinida por otro de duración temporal (STCT de 22 de mayo de 1985⁴³²).

Deben ser objeto de especial atención los siguientes aspectos:

- 1) *Reserva de puesto de trabajo durante el primer año*: si se conserva el puesto de trabajo, se han de mantener también las condiciones esenciales inherentes al mismo. Ahora bien, tratándose de un contrato que se halla en suspensión, puede experimentar alteraciones aunque el trabajador no desempeñe las funciones inherentes al mismo. Así, las que se deriven de la transmisión de la empresa (art. 44 ET) o de una modificación colectiva de condiciones de trabajo ex art. 41 ET, pues la reserva de puesto no puede entenderse como derecho patrimonial sobre

⁴³⁰ A.S. 1.991, 4693 y 1.992, 4135. Las soluciones provienen todas de supuestos de excedencia voluntaria, pero la identidad apreciable entre ambas situaciones en este aspecto permite extender su aplicabilidad también a la excedencia forzosa. Sobre prórroga establecida por resolución judicial ante la negativa empresarial en excedencia voluntaria, vid. STSJ de Galicia, de 27 de junio de 1.991 (A.S. 1.991, 3737) y STSJ de Madrid, de 18 de julio de 1.991 (A.S. 1.991, 4693). Las Sentencias del TS, de 12 de febrero de 1991, y del TSJ de Cataluña, de 8 de mayo de 1992 (A.S. 1992, 2819), entienden, en un supuesto de excedencia voluntaria, que, en todo caso, le es exigible al trabajador, además de la solicitud de prórroga, la de reingreso, pues son dos acciones autónomas. Según la segunda de las sentencias citadas, admitir lo contrario "sería tanto como sentar el precedente de no resultar necesaria la fijación de ningún plazo sobre el mínimo legal, pues bastaría al trabajador con ir autorrenovándose la excedencia mediante prórrogas que sólo se agotarían ante la llegada del límite legal máximo del término de reincorporación, y sin que las empresas supieran, ni siquiera aproximadamente, la fecha de ocupación efectiva del puesto de trabajo, bastando con un simple preaviso del trabajador para que la empresa quedara inerte ante él". La STSJ de Cataluña, de 24 de febrero de 1997 (A.S. 1997, 1837), reinterpreta la doctrina anterior, concluyendo que dicho principio de autonomía ha de referirse a la acción judicial para solicitar la prórroga en relación al reingreso en la empresa, sin perjuicio de la necesaria solicitud de reincorporación en tiempo oportuno, como única forma de mantener vivo el vínculo contractual al que se anuda la pretensión material de prórroga.

⁴³¹ Además de las condiciones más beneficiosas ya incorporadas al mismo (VIDA SORIA, op.cit., pág. 135).

⁴³² Nº colex 813, 1985. En el mismo sentido, STSJ de Murcia de 2 de octubre de 1.992 (A.S. 1.992, 5046) y STSJ de Galicia, de 5 de diciembre de 1.990 (A.S. 1.990, 240) y todas las que allí se citan, sobre inexistencia de acuerdo novatorio en el momento del reingreso tras excedencia.

el mismo⁴³³. En definitiva, las condiciones del reingreso serán las mismas que las ya examinadas al tratar la suspensión del contrato por maternidad. No obstante, tal como apunta PÉREZ ALONSO⁴³⁴, se introducen medidas complementarias para lograr de manera indirecta la recuperación del puesto de trabajo ocupado con anterioridad a la excedencia: el fomento, mediante el establecimiento de la reducción de cuotas a la Seguridad social, de la contratación de trabajadores interinos en sustitución del excedente (D.A. 14ª ET).

- 2) *Reserva de puesto de trabajo de categoría equivalente*⁴³⁵ durante los años segundo y tercero: en este caso se operará un cambio en las condiciones de trabajo, y, por lo tanto, el trabajador habrá de asumir esas nuevas condiciones, inherentes a ese otro puesto⁴³⁶: los pluses de puesto cambiarán (STCT de 15 de enero de 1986⁴³⁷), conservándose los personales⁴³⁸. Como venía admitiéndose en materia de excedencia voluntaria o mixta por cuidado de hijos, en los que también es posible la reincorporación en puesto de trabajo distinto dentro de la misma categoría u otra equivalente, el reingreso podrá producirse en un puesto localizado en *otro* centro de trabajo, ubicado en diferente localidad⁴³⁹. Sin embargo, otra corriente jurisprudencial se inclina por la solución contraria, entendiendo que el reingreso en otro centro de trabajo podría alterar sustancialmente la situación originaria del trabajador, irrogándole un perjuicio⁴⁴⁰. De lo que no cabe duda es de que, si el reingreso implica un cambio de residencia, ha de entenderse que, tratándose de un supuesto de movilidad

⁴³³ ESCUDERO RODRÍGUEZ y MERCADER UGUINA: op.cit., p. 107. Sin embargo, la Ley 4/1995 (art. 4) sí dispone expresamente el derecho al reingreso en puesto de la misma localidad y de igual nivel y retribución, cuando se trate de un funcionario. Luego, como señala PÉREZ ALONSO ("La nueva excedencia por cuidado de hijos en el ámbito laboral". *Poder Judicial*, núm. 38, 1995, p. 236), se está privilegiando a los funcionarios sobre los trabajadores sometidos a la legislación laboral.

⁴³⁴ Op.cit. en nota anterior, p. 237.

⁴³⁵ Pero no de superior categoría, aunque en el ínterin se haya obtenido la titulación necesaria: STSJ de Canarias/Las Palmas, de 25 de abril de 1997 (A.S. 1997, 1487). Tampoco cabe entender que hay semejanza de categoría cuando se trata de categoría inferior, como entiende la STSJ de Madrid, de 24 de abril de 1.990 (RTSJ 1.990, 1602). Y si ello se produce, no significará renuncia por parte del trabajador a ocupar plaza de su categoría (STSJ del País Vasco, de 10 de marzo de 1.994, A.S. 1.994, 962).

⁴³⁶ STSJ de Baleares, de 23 de diciembre de 1.994 (A.S. 1.994, 5075).

⁴³⁷ N° Colex 215, 1986, sobre plus de idiomas. Ahora bien, la STCT de 29 de julio de 1986, n° colex 1333, dispone, para el caso de reincorporación a plaza de análoga categoría, la conservación del plus.

⁴³⁸ La retribución será la dimanante de la plaza ocupada (STSJ de Extremadura de 21 de marzo de 1.994, A.S. 1.994, 1028 y STSJ de Madrid, de 8 de enero de 1.996, A.S. 1.996, 87).

⁴³⁹ STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 25 de octubre de 1994 (A.S. 1994, 3804), que entiende referida la reserva a puesto dentro de *la empresa*, no del centro de trabajo.

⁴⁴⁰ STS de 12 de diciembre de 1988 (R.J. 1988, 9597) y STSJ de la Comunidad Valenciana, de 27 de junio de 1996 (A.S. 1996, 1787).

geográfica, debe someterse al procedimiento adecuado, regulado por el art. 40 ET (STSJ de la Comunidad Valenciana, de 27 de junio de 1996⁴⁴¹).

En todo caso, la redacción del precepto -"la reserva quedará referida"- es de índole potestativa hacia el empresario: es decir, se trata de concederle ciertas facultades de disposición, en el marco de su capacidad organizativa, pero no de imponerle que el reingreso se realice en ese otro puesto. En definitiva, la ley concede una opción en favor del empresario, que le permite disponer entre la reincorporación en el mismo puesto que dejó vacante el excedente o el reingreso en puesto diferente pero de condiciones similares, al encuadrarse dentro del mismo grupo profesional o de categoría equivalente⁴⁴².

- 3) La reincorporación se rige por la norma al amparo de la cual fue concedido el derecho, en virtud del principio "tempus regis actum" (SSTSJ de Galicia, de 26 de junio de 1.991 y de Madrid, de 7 de enero de 1997⁴⁴³). Ello quiere decir que si se basó en la Ley 3/89, no existe derecho a reserva de puesto si su duración fue superior a un año: SSTSJ Madrid, de 25 de octubre de 1989 y de 12 de febrero de 1.992⁴⁴⁴. No sucede lo mismo respecto de las situaciones nacidas con anterioridad a la Ley 3/89, a las que, en virtud de su disposición transitoria, les es de aplicación ésta⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ A.S. 1996, 1787. Cita la del TS de 12 de diciembre de 1988.

⁴⁴² Señala BALLESTER PASTOR ("Las excedencias familiares...", op.cit., p. 25) que, si el puesto de trabajo es cubierto por un interino, y éste puede ser destinado a puesto de trabajo correspondiente a otras funciones dentro de la misma categoría o grupo profesional (porque así lo prevé el art. 4 del RD 2546/1994), el excedente se reincorporará al puesto de trabajo que haya estado ocupando tal interino y, en consecuencia, asumirá sus funciones, sin que tal modificación se someta al procedimiento oportuno de modificación funcional (art. 39 ET). Ahora bien, tal previsión no es necesario desprenderla de modo indirecto, aplicando la regulación prevista para el trabajador que sustituye al excedente y que, por tanto, debe resultar ajena, sino del propio texto del art. 46.3 ET, que así lo prevé. Ello significa que, de admitirse tal interpretación, su aplicación quedaría restringida a un ámbito temporal específico: el primer año, en el que se garantiza la reserva del mismo puesto de trabajo. Si así se establece expresamente, no puede entenderse de otro modo acudiendo a una norma indirectamente relacionada con la reserva de puesto, extrapolando la regulación del trabajo del interino a la del excedente, como entiende la propia autora.

⁴⁴³ A.S. 1.991, 3729 y 1997, 70. En la segunda de ellas, en la que la norma aplicable es un convenio colectivo, se señala que "cuando al tratarse de un supuesto no de extinción del contrato, sino sólo de la interrupción o suspensión temporal del mismo, no pueden afectar al trabajador excedente las normas que se hayan dictado con posterioridad", como se establece en la STC de 29 de noviembre de 1988 (RTC 1988, 227), sobre aplicación retroactiva de convenio colectivo. Asimismo, STSJ de Madrid, de 25 de octubre de 1989. RTSJ 1989, 1707.

⁴⁴⁴ A.L. núm. 3, 1.990; A.S. 1.992, 988. En el mismo sentido, STCT de 1 septiembre 1988 (RTCT 1988,5420, y de 10 febrero 1987 (RTCT 1987, 2807) y STSJ de Asturias, de 26 de enero de 1.996 (A.S. 1.996, 65). Según la STCT de 22 de mayo de 1985 (nº Colex 813), la mujer que solicitó excedencia por maternidad antes de la vigencia del ET debe ser readmitida cuando solicita su reingreso, pues no está pendiente de plaza de su categoría.

⁴⁴⁵ STSJ de Madrid, de 9 de octubre de 1.990 (RTSJ 1.990, 2658).

- *Efectos*: el reingreso en la empresa se producirá con los efectos que se derivan de la suspensión con reserva de puesto de trabajo (art. 45.2 ET): es decir, computándose como antigüedad en la empresa el tiempo transcurrido en excedencia, a todos los efectos, porque así lo prevé expresamente el art. 46.3 ET, que ha querido despejar las dudas interpretativas sobre el alcance de la suspensión que regula. Dicho beneficio está dirigido a evitar los perjuicios que pudiera irrogar al trabajador su periodo de inasistencia al trabajo⁴⁴⁶. Por tanto, sus efectos alcanzarán, entre otras materias, al sistema de ascensos (art. 24.1.2º ET) o a los beneficios económicos que puedan haberse devengado durante la suspensión: plus de antigüedad⁴⁴⁷, salvo que la negociación colectiva (a la que se remite la regulación de esta materia: art. 26.3) no anude beneficio económico alguno a la mayor antigüedad⁴⁴⁸. En tal caso, tal derecho, que prevé expresamente el art. 46, quedaría parcialmente vacío de contenido. También será computable como periodo de antigüedad para acceder a una excedencia voluntaria, así como a cualquier otro beneficio que se anude a la ostentación de una cierta antigüedad en la empresa. No va a añadirse, no obstante, nada más a lo ya tratado sobre el tema con anterioridad (vid. supra, 9.3, sobre los efectos en materia de antigüedad).
- *Retraso en la reincorporación*: cuando el empresario retrase la reincorporación, nacerá, en virtud del art. 1.100 C.c. (en el que se establece la obligación de indemnizar por cumplimiento moroso), el derecho del trabajador a ser indemnizado, en la cuantía equivalente a los salarios dejados de percibir a causa de la conducta de incumplimiento de la empresa, desde la conciliación o reclamación administrativa previas a la reclamación judicial, pues desde tal momento "se puede presumir con suficiente seguridad que el trabajador excedente con derecho a reingreso pone a disposición de la empresa su fuerza de trabajo y que la negativa empresarial a su ocupación le causa una pérdida indemnizable de rentas de trabajo", en aplicación del art. 1100 C.c., según el cual la mora del deudor se inicia cuando sea exigido, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de la correspondiente obligación, la de reingreso (STS de 14 de marzo de 1995, u.d. y de 21 de enero de 1997, u.d.⁴⁴⁹)⁴⁵⁰. Sin embargo, dicha doctrina, nacida con ocasión del

⁴⁴⁶ STSJ del País Vasco, de 13 de enero de 1.993 (A.S. 1.993, 378).

⁴⁴⁷ Así como a efectos de cálculo de indemnizaciones (STSJ País Vasco, arriba mencionada).

⁴⁴⁸ En este sentido, QUINTANILLA NAVARRO: "La excedencia para cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1.995. Primeras Impresiones", en AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Tecnos, 1.996.

⁴⁴⁹ R.J. 1995, 2170. Su doctrina se reitera en la jurisprudencia de suplicación (entre las últimas resoluciones, STSJ de Cataluña, de 9 de junio de 1997, A.S. 1997, 2440) La posterior sentencia del TS de 12 de junio de 1996 sintetiza la doctrina recogida en aquélla, "a tenor de la cual dicha doctrina puede ser resumida en los siguientes puntos: 1) se presume que la reincorporación tardía del trabajador excedente da lugar a una indemnización de daños y perjuicios, 2) la cuantía de la indemnización se cifra en principio en los salarios dejados de percibir a causa de la conducta de incumplimiento de la empresa desde la conciliación o reclamación administrativa previas a la reclamación judicial, o desde esta última si por una u otra razón se ha interpuesto antes; 3) corresponde al trabajador la acreditación de daños y perjuicios superiores que considere se han

enjuiciamiento de hipótesis de reingreso en excedencia voluntaria, no puede ser aplicada a la excedencia forzosa, por cuanto el incumplimiento empresarial en ésta se produce en el mismo momento de instar el trabajador el reingreso, pues éste no está condicionado a la existencia de vacante. Por consiguiente, como el propio Tribunal sopesa en la Sentencia de 21 de enero de 1997 (preguntándose si la mora podría comenzar desde que se produce la vacante, a pesar de lo cual se inclina por la solución contraria), la mora se inicia en el momento de la interpelación realizada por el trabajador al empresario, sin necesidad de reclamación previa a la vía judicial (o conciliación *prejudicial*), ya que en tal momento la obligación es exigible. Se deduce del texto de la sentencia, así como del Voto Particular a la misma⁴⁵¹, que en caso de excedencia forzosa, la mora comienza a partir de la interpelación de reingreso, ya que, según prevé el propio art. 1100 C.c., si bien es necesaria la intimación al acreedor para que la mora exista, exonera de tal requisito

producido; y 4) corresponde al empresario la acreditación de los hechos impositivos de las indemnizaciones reclamadas". Sin embargo, el propio tribunal dicta otra sentencia en el mismo año 1995, contradictoria con la primera: la de 17 de octubre de 1995 (en la que el *dies a quo* se fija en el momento de producirse la vacante, en un supuesto de excedencia voluntaria), lo cual motiva que se inste un nuevo recurso de casación en unificación de doctrina, dando lugar a la STS de 21 de enero de 1997 (R.J. 1997, 623, Ponente: Sr. D. R. Martínez Emperador), en la que se confirma la doctrina de la de 14 de marzo de 1995 y se rectifica la de 17 de octubre del mismo año. Sin embargo, en lo que respecta al supuesto que está siendo examinado -una excedencia forzosa-, carece de relevancia la vacilación del Tribunal en la fijación del *dies a quo*, pues la excedencia forzosa no está condicionada a la existencia de vacante. En consecuencia, dicha doctrina resulta aplicable, ajustándose a la naturaleza de la excedencia forzosa, sobre la que no existe jurisprudencia del alto tribunal. Por otra parte, las SSTs de 11 de marzo de 1986 (R.J. 1986, 1299), de 8 de octubre de 1983 (R.J. 1983, 5080) y de 26 de septiembre y 17 de octubre de 1984 (R.J. 1984, 4481 y 5289) entienden que no será de aplicación el art. 30 ET. En el mismo sentido, STSJ de Madrid, de 26 de febrero de 1.990 (RTSJ 1.990, 671). Todas ellas se fundan en que existe todavía suspensión del contrato, al no haber reincorporación efectiva. Sin embargo, ello sólo puede ser de aplicación a la excedencia voluntaria, en la que la reincorporación está condicionada, pero no a la excedencia por cuidado de hijos, que opera de forma automática.

⁴⁵⁰ Sin embargo, el propio tribunal dicta otra sentencia en el mismo año 1995, contradictoria con la primera: la de 17 de octubre de 1995 (en la que el *dies a quo* se fija en el momento de producirse la vacante, en un supuesto de excedencia voluntaria), lo cual motiva que se inste un nuevo recurso de casación en unificación de doctrina, dando lugar a la STS de 21 de enero de 1997 (R.J. 1997, 623, Ponente: Sr. D. R. Martínez Emperador), en la que se confirma la doctrina de la de 14 de marzo de 1995 y se rectifica la de 17 de octubre del mismo año. Sin embargo, en lo que respecta al supuesto que está siendo examinado -una excedencia forzosa-, carece de relevancia la vacilación del Tribunal en la fijación del *dies a quo*, pues la excedencia forzosa no está condicionada a la existencia de vacante. En consecuencia, dicha doctrina resulta aplicable, ajustándose a la naturaleza de la excedencia forzosa, sobre la que no existe jurisprudencia del alto tribunal. Por otra parte, las SSTs de 11 de marzo de 1986 (R.J. 1986, 1299), de 8 de octubre de 1983 (R.J. 1983, 5080) y de 26 de septiembre y 17 de octubre de 1984 (R.J. 1984, 4481 y 5289) entienden que no será de aplicación el art. 30 ET. En el mismo sentido, STSJ de Madrid, de 26 de febrero de 1.990 (RTSJ 1.990, 671). Todas ellas se fundan en que existe todavía suspensión del contrato, al no haber reincorporación efectiva. Sin embargo, ello sólo puede ser de aplicación a la excedencia voluntaria, en la que la reincorporación está condicionada, pero no a la excedencia por cuidado de hijos, que opera de forma automática.

⁴⁵¹ Formulado por el Sr. D. M. Sampedro Corral, al que se adhieren los Sres. D. A. Fernández López, D. L. Bris Montes, D. P.M. Cachón Villar y D. Fernando Salinas Molina.

cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente, lo cual sucede en materia de excedencia forzosa.

Título III:

**Efectos de la suspensión del contrato de
trabajo por nacimiento o adopción de hijos
en el ámbito del sistema
de la Seguridad Social**

CAPÍTULO I:

**LA MATERNIDAD Y SU ESPECIAL TUTELA POR LOS SISTEMAS
PÚBLICOS DE SEGURIDAD SOCIAL.**

**1. La atención de los sistemas de Seguridad social a la maternidad.
Fundamentación jurídico-social.**

Es la prestación por maternidad la que completa o cierra el círculo de protección que el Ordenamiento jurídico-laboral brinda al hecho de la maternidad, pues en bien poca cosa quedaría dicha tutela si al derecho de suspensión de la relación laboral que por tal motivo concede el Derecho del Trabajo no se acompañara una medida garantista de la situación económica de quien haga uso de tal derecho, evitando que ello le supusiera un perjuicio económico en muchas ocasiones difícil de sostener y, por tanto, frustrando su ejercicio en la práctica¹. De ahí que GARCÍA NINET lo califique de “supuesto a mitad de camino entre la suspensión del contrato y los permisos retribuidos, pues gozan de la naturaleza de la primera, pero de los efectos de los segundos, aunque no a costa del empresario, sino de la Seguridad Social”².

De poco sirve garantizar el derecho al descanso si la pérdida del salario que se produce con motivo del alumbramiento no resulta compensado a través de otra vía. Ésta es la razón que motiva la ampliación de la cuantía del subsidio por la Ley 42/1994 y la que impulsó en su día la creación del seguro de maternidad en todos los países occidentales, si bien las razones de fondo sean muy diferentes en una y otra época. La ausencia de ganancia salarial ocasionaba en un primer momento que fuera incumplida sistemáticamente la ley reguladora del derecho al descanso, por parte de la propia trabajadora, cuyos mínimos ingresos no podían sufrir la pérdida de la remuneración más allá de los días estrictamente indispensables. De ello se colegía que en la práctica la norma era precisamente la contraria a la prevista en la ley: la falta del descanso puerperal necesario para la íntegra recuperación de la salud de la madre (la atención al bebé ni siquiera aparecía ya como función intrínseca del reposo legal), siendo las muertes, tanto de la madre, como del recién nacido, tragedia cotidiana. Si ésta era la razón básica de la creación de los seguros de maternidad, la base de la última de las

¹ Así lo declara el Preámbulo de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, del Consejo.

² GARCÍA NINET, J.I.: “La maternidad”, en AA.VV.: *Derecho de la Seguridad Social*. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 379.

reformas legales es, como la coyuntura histórica, otra muy diferente: la pérdida del salario durante un breve periodo de tiempo, si bien puede ser un factor no despreciable, no es lo que pueda guiar el desprecio de la norma y, por tanto, del reposo obligatorio, sino, junto a todos los factores que conforman el trabajo de la mujer (de los cuales es más decisivo es precisamente la maternidad) la menor predisposición a la procreación, y, en consecuencia, el descenso de la natalidad.

No obstante, el impacto de una norma desfavorable hacia la procreación puede decirse que una medida justamente contraria, es decir, a través de la que se fomente su aumento, no provocará tanto perjuicio como consecuencias favorables hacia el índice de natalidad. Ahí es donde se sitúa la mejora de la protección de la maternidad desde el ámbito de la Seguridad Social y donde entrarían otras medidas, cuyo tratamiento debe realizarse en el lugar oportuno, como el refuerzo de las garantías de estabilidad en el empleo en favor de la mujer embarazada o lactante. De esa necesidad surgieron las primeras iniciativas privadas³, antes de hacerse eco las autoridades públicas de la importancia del problema, dándole primero cobertura estrictamente laboral y, ante su insuficiencia, prestacional.

Desde el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, resultaba imprescindible, pues, la intervención legislativa (si cabe con más fuerza que en las situaciones suspensivas derivadas de incapacidad temporal, pues estamos ante un bien jurídico que trasciende lo individual para convertirse en colectivo) para poner remedio a lo que sin cobertura protectora convertiría un hecho biológico y necesario por razones estrictamente naturalistas o biológicas en un *handicap* para la participación de la mujer en el mercado de trabajo⁴.

Así lo señala la Organización Internacional del Trabajo, en el Convenio número 156 de 1981 (ratificado por España en 1985), preocupada por la conservación de la relación laboral en caso de advenimiento de responsabilidades familiares o, lo que es lo mismo, por la conciliación entre los intereses familiares y los profesionales, en los que no debe interferir la existencia de cargas familiares⁵. La *función social* de la

³ Destacan en Francia las primeras iniciativas, con nombre propio: Mlle Chaptal, creadora de la primera fundación dedicada a la atención de la mujer en dicha situación: la institución Plaisance, entre otras existentes en el mismo país, como nos recuerda Alberto L. ARGÜELLO ("El seguro de maternidad (Datos y experiencias)". Conferencia Nacional del Seguro de enfermedad, invalidez y maternidad. Noviembre de 1922. Documentos de información, núm. 4. Editorial Ibérica, Madrid, 1922, p. 53).

⁴ En palabras de ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA (*Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 1995, pág. 257), "la motivación latente de estas medidas no es tanto la promoción activa de la maternidad como el deseo de impedir que las condiciones laborales hagan desistir a las familias de tener un hijo cuando lo deseen."

⁵ En el mismo sentido, la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, *sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia*, que en su Preámbulo considera "que las disposiciones relativas al permiso de maternidad no tendrían efecto útil si no estuvieran acompañadas del mantenimiento de los

maternidad constituye, asimismo, fuente de inspiración de normas protectoras de la mujer, como sujeto de aquélla, dirigidas a remover los obstáculos que la impiden o limitan, si fuere necesario mediante medidas de discriminación positiva (así, la Convención de la ONU de 1979, *sobre eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer*⁶).

El mecanismo del que se valga el legislador para la consecución de esta tutela ha de dirigirse, pues, a garantizar la conservación o mantenimiento de las rentas procedentes del trabajo -que temporalmente se deja de prestar-, bien disponiendo su percepción íntegra durante el periodo de duración del descanso a cargo del empresario (lo cual significa imponerle a éste una carga demasiado gravosa y, en definitiva, un coste laboral adicional que desincentivaría la contratación de personal femenino), o bien su sustitución por rentas periódicas a cargo del sistema de la Seguridad Social en forma de prestación económica. Alternativa que se deduce principalmente de tres textos: dos programáticos o declarativos de principios: el art. 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966⁷ y el art. 8 de la Carta Social Europea, hecha en Turín en 1961⁸, y otro de signo coercitivo o de obligado cumplimiento: el art. 11.2 b) de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, *relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia*⁹. En el mismo se dispone la cobertura económica suficiente de dicha contingencia, permitiendo que los Estados miembros opten por la vía que consideren más adecuada: la retribución (es decir, la conservación del salario) o la prestación económica (esto es, sustituir el salario por otras rentas, de naturaleza pública), por tanto, privatizándolo o publicándolo. O de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, *relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental*, si bien ésta se remite en materia de Seguridad Social a lo previsto en la legislación nacional, instando únicamente al mantenimiento “de los derechos a las prestaciones de seguridad social para los diferentes riesgos, y en particular los cuidados sanitarios.”

derechos relacionados con el contrato de trabajo y del *mantenimiento de una remuneración y/o del beneficio de una prestación adecuada*”.

⁶ Su art. 4 dispone que “la adopción por los Estados partes de medidas especiales encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.” Nos remitimos en este asunto a lo ya expuesto en el capítulo II del Título II.

⁷ Su texto reza: “se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de Seguridad Social”.

⁸ Según el cual la protección especial de las madres trabajadoras consiste en descanso tras el parto de una duración mínima de doce semanas, “sea mediante vacaciones pagadas, sea por prestaciones adecuadas de la Seguridad Social o por subsidios sufragados con fondos públicos”.

⁹ DOCE n° L 348, de 28 de noviembre de 1992.

Por su parte, el Convenio núm. 103 de la OIT¹⁰ no admite más que una opción de cobertura: la pública a través de seguro social obligatorio o con cargo a los fondos públicos (art. 4. 4¹¹), debiendo comprender tanto las *prestaciones en dinero* como las *médicas*¹². En el mismo sentido, el *Código Europeo de Seguridad Social*, de 16 de abril de 1964, cuyo art. 46 impone a los Estados firmantes la concesión de prestaciones de maternidad¹³.

Es la última de las soluciones propuestas la adoptada por el sistema español, que asume el coste laboral de la maternidad a través del sistema público de protección del trabajador asalariado o autónomo, instrumentándose por medio de las prestaciones por maternidad -*económica*: el subsidio por maternidad y *de servicios*: la prestación de asistencia sanitaria¹⁴-, considerada esta contingencia como bien jurídico de entidad propia a los efectos de beneficiarse de la protección pública¹⁵.

El Ordenamiento jurídico laboral, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 39.2 de la Constitución española, así como del art. 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁶, atiende al hecho de la paternidad (bien sea de forma natural o vía adopción) y a su tutela posterior, facilitando su atención y cuidado y ayudando a su bienestar, pero lo hace desde dos puntos de vista, coincidentes con los subsistemas de normas que componen el campo del Derecho del Trabajo: desde la perspectiva de la relación laboral -de la incidencia del hecho de la maternidad/paternidad y cuidado de hijos sobre las vicisitudes del contrato de trabajo: suspensión del contrato, permisos retribuidos...- y desde la óptica del sistema de la Seguridad Social¹⁷.

¹⁰ Adoptado por la Conferencia General el 28 de junio de 1952 y ratificado por España mediante instrumento de 20 de agosto de 1966 (BOE de 31 de agosto de 1966).

¹¹ “Las prestaciones en dinero y las prestaciones médicas -que comprenden las prestaciones por maternidad- serán concedidas en virtud de un sistema de seguro social obligatorio o con cargo a los fondos públicos”.

¹² Por su parte, la Recomendación número 95, sobre la protección de la maternidad, aconseja en su Parte II.6 unir a estas prestaciones otras de tipo complementario, en dinero o en especie, “tales como canastillas o una asignación para la compra de canastillas, el suministro de leche o una asignación de lactancia a las mujeres que lacten a sus hijos...” Fruto de estos textos son los primeros *seguros de maternidad*, establecidos por RDL de 22 de marzo de 1929 (desarrollado y reestructurado por el RD de 21 de agosto de 1923).

¹³ El art. 49 describe el contenido que han de tener las prestaciones por maternidad.

¹⁴ En virtud del art. 4.3 del Convenio núm. 103 OIT, “las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia durante el embarazo, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal, prestada por una comadrona diplomada o por un médico, y la hospitalización, cuando ello fuere necesario”; esta regla fue desarrollada por la Recomendación núm. 95, parte II. No obstante, aludiremos en este capítulo sólo al subsidio económico, prescindiendo de la prestación en especie.

¹⁵ STSJ de Castilla-La Mancha, de 6 de mayo de 1992 (A.S. 1992, 2346): “no es una enfermedad y tiene como objetivo primordial el favorecer las relaciones madre e hijo y a su vez asegurar la adecuada salud de la madre.”

¹⁶ Según el cual “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.”

¹⁷ Así se configura la protección de la maternidad por la Directiva 92/85/CEE, en la que se distinguen nítidamente tres ámbitos de tutela o actuación de los Poderes Públicos: desde la perspectiva de la salud -de la madre y del hijo-, de la conservación del puesto de trabajo -a través del

Y desde este ámbito, la intervención de la Seguridad Social en el hecho de la atención a la infancia ha sido y es múltiple, pues da lugar al nacimiento de prestaciones y produce al tiempo una serie de efectos dentro de este campo, principalmente en materia de cotización.

Se trata, pues, de prestaciones o ayudas creadas y dirigidas expresamente a la cobertura de ese aumento de gastos -o disminución de ingresos, en el caso del parto- que generan las cargas familiares¹⁸. En el fondo de este interés de los Poderes públicos por la protección de la maternidad subyacen no sólo motivaciones relacionadas con la caída de la tasa de la natalidad, sino la preocupación por facilitar y garantizar, además de la compatibilidad de las responsabilidades familiares con la relación laboral, la inserción profesional de la mujer¹⁹. En definitiva, remover los obstáculos que impiden en la práctica la igualdad entre los sexos. Así se declara expresamente en el Preámbulo y en las Consideraciones Generales del *Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental*, aprobado por Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996²⁰.

Por lo que respecta a la incidencia de las situaciones derivadas de la maternidad/paternidad en el sistema de la Seguridad Social, son varias las situaciones amparadas:

- El descanso por maternidad o por paternidad, que da lugar a la *prestación económica por maternidad*.
- La excedencia por cuidado de hijos, de la que nace la “prestación por excedencia” (la ley no le asigna denominación específica alguna, más que la de prestación no económica por hijo a cargo), consistente en considerar al primero de los años dedicados a tal finalidad como de *cotización efectiva* al Sistema de la Seguridad Social.

Debe advertirse que, como ya se indicó al inicio de esta exposición, el interés del presente estudio se centra en el análisis de la incidencia o de las alteraciones que producen en el contrato de trabajo la maternidad y la paternidad y que a su vez repercuten en la relación jurídica de Seguridad Social. Por ello se prescindirá de aquellas prestaciones sociales que, dirigidas a la protección de la familia, ya analizadas anteriormente (véase Título II) y, más concretamente, de los hijos menores (o disminuidos), no están orientadas a cubrir las necesidades que genera la suspensión del

mantenimiento de la relación laboral vía concesión de un periodo de descanso- y de la preservación de la retribución mediante la concesión de “prestaciones económicas adecuadas”.

¹⁸ Coincidimos en ello con ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA (*Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 1995, pág. 258), quienes entienden que no debería ubicarse la cobertura de la maternidad entre la incapacidad temporal y la permanente, sino en capítulo específico dedicado a la protección a la familia, junto a las prestaciones por hijo a cargo.

¹⁹ Ya abordada por el Real Decreto 721/1980, de 11 de abril, sobre promoción del empleo de la mujer con responsabilidades familiares.

²⁰ DOCE núm. L 145/4, de 19 de junio.

contrato de trabajo por tal causa (periodos de descanso por maternidad o paternidad, y excedencia por cuidado de hijos), principal objeto de análisis en este trabajo.

A través de la prestación por maternidad (en la que se centrará prioritariamente nuestra atención), el Sistema de la Seguridad Social protege a la familia²¹, como a través de las prestaciones por hijo a cargo. Pero mientras la primera atiende a un primer momento -el del nacimiento de hijos-, las segundas -las prestaciones por hijo a cargo- se fijan en un momento posterior -el de las necesidades económicas que genera para los padres el cuidado de los hijos menores de edad o discapacitados- y brindan una protección mucho menor que la primera (inversamente proporcional a su duración en el tiempo).

Si se efectúa una comparación entre los efectos del nacimiento de hijos sobre la relación laboral y su cobertura social por parte del sistema de la Seguridad Social, puede constatarse la existencia de una traslación o correspondencia entre unos y otros términos comparativos. De manera tal que la prestación por maternidad vendría a cubrir el periodo de descanso por maternidad, adopción y acogimiento (lo cual es un hecho incontrovertido, que se desprende de la propia regulación de la prestación contenida en la LGSS -el art. 133 bis remite expresamente al art. 48.4 del ET-), y la excedencia por cuidado de hijos, a través de la prestación no económica (la *presunción* de cotización o consideración del periodo como cotizado) con la que se beneficia al trabajador excedente durante el primer año del periodo de excedencia²².

Por otra parte, las normas de la Seguridad Social no afectan sólo a las prestaciones -normas sobre acceso a la prestación y sobre el contenido de la misma- otorgadas cuando se actualiza la contingencia prevista -bien sea en el momento del nacimiento del hijo como el posterior de su cuidado y atención-, sino que precisamente ésta genera una nueva situación que a su vez va a tener efectos en materia de Seguridad Social. A la regulación de los mismos se dirige también la legislación de Seguridad Social. Se está haciendo referencia a las siguientes situaciones:

1. Cómo se transforma o, en su caso desaparece, la obligación de cotizar inherente a la situación de alta en el sistema (transformándose en la situación de maternidad y extinguiéndose en caso de excedencia).

²¹ La STSJ de Asturias, de 12 de septiembre de 1997 (AS 1997, 2955) la califica de mecanismo de "protección genérica a la familia". También el Derecho comunitario la incluye entre las "prestaciones familiares" en el Reglamento 1408/1971 (STJCE (Sala Quinta), de 10 de octubre de 1996, Asuntos *Hoever* y *Zachow* contra Land Nordrhein-Westfalen (C-245/1994 y C-312/1994, acumulados), RTJCE 1996, 179).

²² En cuanto al régimen legal de permisos destinados a exámenes prenatales y lactancia, el amparo viene proporcionado directamente por la normativa laboral, disponiendo el mantenimiento del salario íntegro durante la duración de aquéllos.

2. Cómo se articula la situación con el posible acceso a otra prestación del sistema de la Seguridad Social, fundamentalmente el subsidio por incapacidad temporal y la prestación por desempleo.

Antes de entrar en el examen de las citadas cuestiones, debe hacerse una última advertencia, de carácter metodológico. Y es que, por razones sistemáticas, se ha preferido obviar en este capítulo todas aquellos temas previos relativos a la delimitación de la situación protegida, por haber sido ya objeto de tratamiento pormenorizado en capítulos precedentes. Con ello se quiere rehuir la duplicidad de estudios, que serían repetitivos y, en consecuencia, innecesarios. Queda remitido, pues, y así será indicado, a aquellos capítulos donde el tema en cuestión haya sido protagonista destacado.

2. El sistema español de cobertura. Desarrollo histórico.

2.1. Líneas generales.

La maternidad ha sido tutelada en la historia de nuestra legislación social como hecho biológico digno de la mayor protección. Sin embargo, los mecanismos legales dirigidos a tal fin han experimentado transformaciones de importancia, desde su tutela a través de instrumentos creados *ad hoc* (subsidio por maternidad) a su asimilación a la enfermedad (subsidio de incapacidad laboral transitoria), para recuperar finalmente su verdadera entidad como hecho natural, no patológico, tanto desde el punto de vista formal como material.

En efecto, en la cronología del Derecho del Trabajo históricamente se ha venido equiparando, por influencia de las normas de Seguridad Social, la maternidad -hecho biológico- con la enfermedad -hecho patológico-. Error que se mantuvo incluso en el Proyecto de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, de 1979, en el que se regulaba, como causa de suspensión del contrato, junto a la enfermedad en la letra f) del art. 43.¹²³.

En dicha senda histórico legal son especialmente notorios los avances sociales impulsados a partir de la segunda década del presente siglo. La sistematización de la evolución de este lento transcurrir jurídico-social (en el tratamiento jurídico de la maternidad por parte del sistema público de previsión (sistema histórico de seguros sociales y vigente sistema de la Seguridad social) pasa por destacar los siguientes hitos históricos:

1. La primera norma en la que se instaura un seguro social en favor de la maternidad (o, en expresión más correcta, en favor de la madre trabajadora) es el *Real Decreto*

²³ Sobre la evolución del tratamiento de la suspensión hasta la entrada en vigor del ET, vid. ÁLVAREZ ALCOLEA: "La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores", REDT, núm. 5, 1981.

de 21 de agosto de 1923. Su precedente inmediato es la ley de 1.900, pero en ella no se preveía cobertura económica alguna durante la interrupción de la prestación laboral.

2. Se articula finalmente con la legislación del seguro de maternidad -Real Decreto-ley de 22 de marzo de 1929, desarrollado por Reglamento de 29 de enero de 1.930-.
3. Orden de 30 de abril de 1940, Decreto de 6 de diciembre de 1941 y Ley de 18 de junio de 1942.
4. Ley de 14 de diciembre de 1942 y Reglamento de 11 de noviembre de 1943, por la que se establece el *Seguro Obligatorio de Enfermedad*, que absorbe el de maternidad, si bien provisionalmente, siendo definido a partir del Decreto de 13 de diciembre de 1946 (que no tuvo efectos hasta el 1 de enero de 1948, D. de 9 de julio de 1948).
5. Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 (aprobada por Decreto 907/1966, de 21 de abril) y Orden de 13 de octubre de 1967, Reglamento de la ley para el desarrollo de las normas sobre el Subsidio de incapacidad laboral transitoria, en el que se incluye, como contingencia específica, la maternidad.

2.2. Precedentes

La Conferencia de Berlín de 1890 es el primer foro internacional donde se plantea por vez primera la necesidad de proteger a la madre trabajadora contra los riesgos ocasionados por el trabajo desempeñado en las fechas próximas al parto.

En este contexto, la tutela hacia tal específica circunstancia se contempla como un objetivo de la política social internacional. No obstante, como no podía ser de otra manera, se aprecia que el primer paso de la protección de la maternidad no es el reconocimiento de un derecho patrimonial (costeado con fondos públicos), sino la interdicción del trabajo en tales circunstancias.

Sin duda, se trata de una medida configurada como presupuesto básico de cualquier otra, ante el serio peligro que se cierne sobre la salud -e incluso la vida- de la trabajadora (y del recién nacido) como consecuencia de una temprana reincorporación al trabajo después del parto. Dicha propuesta, que hoy puede parecer tan obvia (y que, desde otras perspectivas, como la médica, también lo era entonces²⁴), aparecía en tal momento como un importante, y al tiempo imprescindible, avance social. Su innegable valor social hizo que fuera pronto acogida por todos los

²⁴ Téngase en cuenta que ya, varios siglos antes, pueden hallarse prohibiciones de realizar trabajos en la época de pre y postparto, en normas de adaptación del trabajo de las mujeres embarazadas: cfr., Legislación de Indias: Ley u Ordenanza de Burgos de 27 de diciembre de 1512 (cita en BOU VIDAL., M.: *El contrato de trabajo de las mujeres*. Bosch, Barcelona, 1962, p. 186).

Estados europeos, como ya se ha tenido ocasión de comentar en páginas precedentes (véase supra, Título II)²⁵.

Sin embargo, esa vieja aspiración no podía entenderse íntegramente satisfecha en tanto ese apartamiento temporal del trabajo no produjera un beneficio a la salud de la madre y del bebé pero una amenaza a su sustento económico, que diluyera el logro alcanzado, siendo incumplido sistemáticamente por la propia destinataria de la tutela.

No fue hasta la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Washington el 29 de octubre de 1919 (y de la que saldría el Convenio OIT número 3 sobre el empleo de la mujer antes del parto), cuando se tomó conciencia internacional de la inquietante situación de la obrera parturienta, necesitada de amparo legal frente a la necesidad representada por la ausencia temporal de rentas económicas procedentes del trabajo, con motivo del alumbramiento. Así se establece en el art. 3 de dicho texto, en el que se le reconoce el derecho a una *indemnización*, suficiente para su manutención, durante todo el periodo en que permanezca ausente.

Dicho impulso internacional sentó las bases para la construcción de un sistema de previsión pública en torno a la maternidad. Este primer texto constituye sólo un primer, aunque destacable, estadio en el proceso hacia la protección social de la maternidad, ya que se aborda la financiación y naturaleza del seguro desde una amplia perspectiva, dejando la cuestión abierta a dos posibilidades: el establecimiento de un seguro o la cobertura asistencial pública, financiada públicamente o a través de un seguro (con participación de la propia beneficiaria).

Debe tenerse presente que ya con anterioridad se habían lanzado las primeras propuestas de seguros de maternidad en los países pioneros en el sistema de los seguros sociales, ante el fracaso de las medidas protectoras del derecho al reposo pre y postparto. Así, en Alemania, donde se instituyó en 1883 un seguro de enfermedad-maternidad que otorgaba prestaciones en especie (asistencia médica y medicamentos) o en metálico (subsidio abonable durante dos semanas antes y seis meses después del parto)²⁶, Austria (1888, subsidio durante las cuatro semanas posteriores al parto), Noruega (1909, subsidio de seis semanas y prestación médica), Países Bajos (1913) o

²⁵ A lo que sólo debe añadirse aquello que entraña un beneficio en forma de prestación. En este sentido, todos los sistemas de protección que por tales fechas (con anterioridad a la primera Guerra Mundial) habían establecido un seguro de maternidad seguían un régimen similar: el pago de las cuotas es compartido por trabajadora y empresario (en algunos Estados, v.gr., Reino Unido, en cuantía proporcional a los salarios), siendo la cuantía de la prestación en metálico, como norma general, fija, no proporcional a la remuneración. Vid. sobre el particular: LÓPEZ VALENCIA, F.: *Información sobre los seguros sociales obligatorios en el extranjero*. Madrid, 1917.

²⁶ Las prestaciones en metálico consistían en un subsidio de maternidad (cuya cuantía alcanzaba, según la ordenanza de 18 de mayo de 1929, el 75% del salario base; la ley de 17 de mayo de 1942 altera la cuantía por la del promedio de los salarios correspondientes a las últimas trece semanas, abonable por la caja del seguro de maternidad o por empresario), un subsidio de parto, y un subsidio de lactancia.

Reino Unido (1911, donde la cuantía del subsidio difiere según la mujer, además de ostentar ella tal condición, sea o no esposa de un trabajador asegurado). También en Estados Unidos la “Standard Bill”, de la Asociación Americana para la Legislación del Trabajo, reconoce el derecho a una ayuda en metálico durante las dos semanas anteriores al parto y las seis posteriores, además de la asistencia médica. Posterior es el seguro francés, fruto de la Ley *Strauss*, de 17 de junio de 1913²⁷, por el que se reconoce a la púérpera un subsidio económico que se prolonga como mínimo durante cuatro semanas y por un plazo máximo de ocho semanas tras el parto, condicionado a la efectiva observancia del descanso.

Entretanto y en espera de hallar un sistema idóneo y un momento propicio para su implantación efectiva, es la iniciativa privada²⁸ la que colma el vacío institucional²⁹, a través de las Obras maternas³⁰ o las Cajas de ahorros, si bien tampoco debe pasarse por alto que también en este terreno los intentos son escasos. Destaca especialmente la *Obra maternal* del *Instituto de la mujer que trabaja*, integrado en la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros de Barcelona, con mil asociadas a principios de los años 20 del presente siglo. Tal Obra otorga a sus afiliadas -siempre que la maternidad sea *legítima*- los beneficios de asistencia médica -obstetricia y clínica maternal- y de puericultura, así como un subsidio diario (de cuatro pesetas) durante las cuatro semanas anteriores y las cuatro posteriores al parto³¹. Otros intentos, ensayados en otras provincias (v.gr., Caja Provincial de Ahorros de Guipúzcoa), fueron fallidos. Tampoco desde el ámbito empresarial, salvo contadas excepciones, se presta atención a la previsión social de la maternidad, a pesar de que sí se establecen en las empresas beneficios sociales de otra índole (pensiones, viviendas...).

²⁷ Desarrollada por Reglamento de 17 de diciembre de 1913.

²⁸ Con independencia de que, en virtud de la Ley de 12 de agosto de 1904 y Reglamento de 24 de enero de 1908, se arbitrara una suerte de protección de la maternidad, si bien desde la perspectiva sanitaria y de subsistencia para las madres sin recursos.

²⁹ Institución a caballo entre la caridad privada y la idea de protección social nacida de la Revolución francesa de 1789.

³⁰ El derecho comparado ofrece ejemplos similares, contemporáneos a los examinados: cfr., Decreto francés de 28 de junio de 1793 (impulsado por la revolución de 1789), por el que el Estado asume la protección social de la mujer soltera durante la gestación en casas de maternidad o *maisons maternelles* (LO MONACO-APRILE, A.: *La protezione sociale della madre e del fanciullo in Italia ed all'estero*. Istituto Italiano di Igiene, Previdenza ed Assistenza Sociale. Bologna, Nicola Zanichelli, 1923, p. XXX). Con posterioridad, la ley de 15 de julio de 1893 reconoce el derecho a toda mujer de ser asistida clínicamente durante el parto.

³¹ Ni siquiera la acción pública alcanza, de manera indiscriminada, a la protección médica, existiendo ejemplos en el Derecho comparado que se remontan a un siglo atrás a estas fechas. Cfr., Italia, Ley de 17 de julio de 1890, n. 6972, sobre la institución pública de beneficencia, que impone a los centros hospitalarios la obligación de acoger y atender médicamente a la mujer sin derecho a habitación en caso de parto inminente (LO MONACO-APRILE, A.: op.cit., p. 7).

La acción pública en España no tiene parangón con los países de su entorno³². Como señala ARGÜELLO, en una crónica de la época (año 1922, en el que se celebra el Congreso de París, de protección materna e infantil), “es triste confesarlo, pero en España, no solamente no existe forma alguna de seguro maternal, sino que hasta en punto a protección a las madres y a los niños es harto escaso el haber del Estado español. La protección a algunas instituciones de caridad, la creación de los sanatorios marítimos de Pedrosa y Oza³³, utilizando los antiguos lazaretos en ambos puntos establecidos, en donde hoy recobran la salud o se fortalecen, en su lucha contra la tuberculosis, numerosos niños débiles y depauperados, las Juntas de protección a la infancia³⁴ y la Ley de 13 de marzo de 1900 fijando las condiciones del trabajo de las mujer y de los niños, constituyen casi todo lo hecho, hasta ahora, por los Poderes públicos.”³⁵

³² En Francia, Odile CÓSIGNY alude a las "Gotas de leche" (también existentes en España), a las primas a la natalidad, a las Sociedades de Caridad maternal, las Cámaras de lactancia, o las Ayudas para Familias numerosas (articuladas a través de una red de "auxiliares familiares", con formación de enfermeras), en fin, toda una batería de medidas cuya aplicación produjo el rápido descenso de la mortalidad infantil (CÓSIGNY: "Maternité et travail. La mère et le nouveau-né dans la famille ouvrière". *La Réforme Sociale*, 1927, T.7, ps.102 y ss.). Por parte de las empresas, se preveía en muchas de ellas, mediante convenio colectivo, la concesión de una indemnización o subsidio: cfr. Convenio de 26 de octubre de 1892, para la industria de confección de París: se prevé un subsidio de 75 francos (cuantía incrementada en los años siguientes, llegando en 1920 a ser de diez meses de salario) para las mujeres casadas, forzadas a interrumpir su trabajo con ocasión del parto, con la condición de que descansen seis semanas ("Le Travail Féminin à Paris, avant et depuis la guerre, dans les industries du vêtement. *Bulletin du Ministère du Travail*, 1926, núms. 4-5-6). Durante los años previos a la primera Guerra Mundial, se suceden las leyes relativas al establecimiento de ayuda pública a las familias necesitadas o a la madre trabajadora: la Ley de 17 junio 1913, modificada por la de 2 de diciembre de 1917. Prevé en favor de las mujeres francesas "privadas de recursos suficientes" el derecho a una ayuda diaria durante el periodo anterior y posterior al parto, de ocho semanas en total. La ley de 30 de julio de 1913 fija una ayuda de entre 0,50 y 1,50 francos por día. A partir de la Ley de 24 de octubre de 1919, la prima de lactancia puede obtenerse durante los doce meses posteriores al parto, siendo íntegramente a cargo del Estado. Por su parte, la Ley de 14 de julio de 1917, relativa a la asistencia a las familias numerosas, establece un subsidio para los cabezas de familia sin recursos suficientes. Vid. sobre el tema: MULON, C.: "La maternité et le travail", *Revue Philantropique*, 1917, p. 273, y .: "La protection de la maternité", *Revue Philantropique*, 1920, p. 422; BONNAIRE, E.: "La loi Strauss sur le repos des femmes en couches et le rôle des dames visiteuses", *Revue Philantropique*, 1914, p. 128; y BELLEGARDE, P. DE: "Le projet de loi sur les assurances sociales", *Revue Philantropique*, 1921, p. 483.

³³ En Italia, LO MONACO APRILE (op.cit., ps. 10 y ss.) cita el Asilo Materno de Roma, fundado en 1903 por iniciativa particular, que en el año 1922 había acogido gratuita e incondicionalmente a 2496 jóvenes embarazadas; así como el Spedale degli Innocenti de Florencia, que daba asilo a las gestantes *ilegítimas* a partir del octavo mes de embarazo (v. Dotti, G.A.: *Gli apprestamenti e i risultati dell'assistenza sanitaria nel R. Spedale degli Innocenti di Firenze*, citado por LO MONACO). En Francia, existían instituciones de este tipo -casas maternas- en París (Asilo Michelet, 1893, y Refugio obrero Paoline Roland), Lyon, Tours, Blois, Tulle, Marsella y Bordeaux.

³⁴ Creadas por Ley de 12 de agosto de 1904.

³⁵ Op.cit., p. 61.

2.3. El Real Decreto de 21 de agosto de 1923.

En España también se habían alzado voces en demanda de tal mejora social (principalmente desde el ámbito sindicalista: Unión General de Trabajadores, Conferencia de Sindicatos Obreros Católicos, así como políticos: Grupo de la Democracia Cristiana, o desde la asamblea de la *Acción católica de la mujer...*), que se plasmaron en la Primera Conferencia Nacional de Seguros sociales, celebrada en Madrid en 1917.

El Convenio OIT fue ratificado por Ley de 13 de julio de 1922, por la que se crea la Caja de seguro obligatorio de maternidad, para la aplicación del citado Convenio (a través de esta ley de ratificación se opta ya por la vía del seguro para la cobertura de la protección)³⁶.

Seguidamente la Ley de Presupuestos de 26 de julio de dicho año en su art. 32 autoriza al Ministro de Trabajo para establecer un sistema de seguros, con subvención del Estado, para la efectividad del derecho de la mujer a indemnización con ocasión del parto, autorizando un crédito al efecto³⁷.

La efectiva constitución del mismo hubo de someterse, por imperativo de dichas leyes, a consulta con el Instituto Nacional de Previsión, a cuyo efecto se organizó en Barcelona, entre los días 20 y 26 de noviembre de 1922, una Conferencia Nacional sobre los Seguros de enfermedad, invalidez y maternidad³⁸.

De ello surgieron las bases que dicho Instituto presentó el 15 de febrero de 1923 al Ministro de Trabajo, cuya nota más sobresaliente es la unión en un mismo seguro del de maternidad y el de enfermedad, en virtud del siguiente argumento (que figuraba en la base segunda): “para los efectos de esta Ley, el parto será considerado como una enfermedad, y, por lo tanto, el Seguro obligatorio de maternidad deberá fundirse y estar comprendido en el Seguro de enfermedad”, tanto por su naturaleza como por razones financieras (el coste del seguro sería el mismo, a lo cual debe añadirse que ello suponía imponer a todas las obreras, y no sólo a las casadas y en edad fértil, la obligación de asegurarse).

La propuesta fue rechazada por el Ministro, Sr. Chapaprieta, en una Real Orden de 26 de abril de 1923, arguyendo que el compromiso del Gobierno se limitaba a la creación de un seguro de maternidad, cuya implantación debía ser inmediata (por lo

³⁶ Así se declara en diversas ocasiones, con ocasión del establecimiento del subsidio por maternidad, mediante la el Real decreto de 21 de agosto de 1923: cfr. Art. 3. G): "...estos subsidios, que inician la aplicación en España del Convenio internacional de protección a la mujer obrera con ocasión del parto..."

³⁷ Dicho crédito era de 100.000 pts, siendo requisito para su aplicación la previa consulta al Instituto de Reformas sociales y el Instituto Nacional de Previsión (art. 32).

³⁸ Tales trabajos fueron recogidos por el Instituto Nacional de Previsión en *Conferencia nacional de Seguros de enfermedad, invalidez y maternidad (Ponencias, actas, conclusiones, documentos de información)*. INP, Madrid, 1922.

demás, la creación de dos seguros hubiera supuesto un coste demasiado elevado para el Estado). En consonancia con ello, se ordena a través de la referida norma, que se proceda, con la mayor urgencia posible, a la adaptación y desarrollo de las bases contenidas en el citado informe.

Finalmente, la Comisión Paritaria Nacional para los seguros sociales, ante las dificultades de preparación y organización del seguro (en vista de la ausencia de estadísticas y de experiencias anteriores), que llevaría al Instituto un tiempo demasiado extenso para constituir el seguro en las fechas en las que era demandado, resolvió sobre la conveniencia de crear un subsidio provisional, en tanto se preparaba e implantaba el definitivo seguro. La idea que expresó la referida Comisión era la siguiente: "...una solución provisional inmediata mientras se realiza la especial organización técnica, administrativa y social, basada aquélla en subsidio, a cargo del Estado, de una cantidad fija por cada parto, que será completado después con los restantes auxilios económicos, con el concurso de justificadas colaboraciones profesionales." La base pública del subsidio se justifica en la proyección social de la maternidad, cuya importancia desmerece la función de este modesto subsidio, que se presenta como un primer paso, aunque nada despreciable³⁹, en la protección social de la maternidad, amén de la desprotección económica y con ello sanitaria en la que quedan las trabajadoras con ocasión del parto, que las obliga a trabajar en los días cercanos al parto, circunstancia que aumenta su mortalidad y su morbilidad.

Ello tuvo lugar con el Real decreto de 21 de agosto de 1923, cuyo art. 2 concede al Ministro de Trabajo un plazo, que expiraría el 31 de marzo de 1925, para dictar las normas y la reglamentación de un sistema de Caja de Seguro obligatorio, con subvención del Estado, encargándose su estudio al Instituto Nacional de Previsión. Para cubrir el periodo intermedio, el art. 3 establece "un régimen de subsidio tutelar de la obrera", consistente en un subsidio de 50 pesetas, destinado a costear la asistencia adecuada en el alumbramiento y para el sostenimiento de la madre y del hijo durante un mínimo de reposo obligatorio, cuya gestión y administración se encomienda al Instituto Nacional de Previsión (en el que se inserta un *Fondo inicial de maternidad*) en colaboración con las Mutualidades maternas locales (y, en su defecto, las Sociedades de socorros mutuos y Montepíos de los que las beneficiarias fuesen mutualistas).

El apartado b) de dicho precepto señala como destinatarias del subsidio, efectivo a partir del 15 de octubre de 1923, a "todas las obreras o empleadas", siempre y cuando reúnan unas condiciones: 1ª estar afiliadas al régimen obligatorio de retiro obrero (lo cual garantizaba la condición de obrera de la parturienta, unificando las

³⁹ En el citado folleto (INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN: "El subsidio de maternidad". Segunda edición. Madrid, 1923) se concluye la argumentación sobre el porqué del subsidio con una frase lapidaria: "debe conservar en el recuerdo la fecha de ese decreto como la fecha de una fiesta, de una conquista, de un gran bien."

condiciones de acceso a ambos seguros)⁴⁰, 2ª no abandonar al recién nacido⁴¹, 3ª abstenerse de todo trabajo durante dos semanas⁴². El bien jurídico que se protege, según declara el Instituto Nacional de Previsión (INP)⁴³, lo es tanto la madre como el hijo, lo cual motiva que “sin hijo no haya subsidio”, es decir que no son situaciones protegidas ni el aborto ni el parto del que nace un hijo muerto. Llama la atención este aspecto por la disociación que más tarde se producirá entre ambas situaciones, siendo una acogida bajo el concepto de maternidad (parto frustrado) y la otra desplazada hacia la figura de la incapacidad temporal.

Por lo demás, el subsidio no se concedía a todas las obreras, sino, en virtud de la unificación de condiciones con el seguro de vejez, a aquellas cuyos salarios anuales fueran inferiores a 4.000 pesetas. En contrapartida, no se exigía requisito alguno de carencia⁴⁴.

2.4. El seguro obligatorio de maternidad (Real Decreto-ley de 22 de marzo de 1929).

El plazo inicialmente previsto para la implantación del Seguro (el 31 de marzo de 1925) se atrasó finalmente hasta cuatro años después, no viendo la luz el proyecto hasta 1929, a través del Real Decreto-Ley núm. 938, de 23 de mayo de 1929, desarrollado por Reglamento núm. 300, de 29 de enero de 1.930. El Decreto de 26 de mayo de 1931 (elevado a Ley por las Cortes Constituyentes el 9 de septiembre del mismo año) procede a su implantación. Por tanto, queda implantado desde el 1 de octubre de 1931⁴⁵.

El anteproyecto de seguro de maternidad elaborado por el Instituto Nacional de Previsión (y sometido a partir del 15 de abril de 1927 a información pública) define la

⁴⁰ Esta norma supuso indirectamente un considerable incremento de la afiliación a dicho seguro.

⁴¹ Se entiende por abandono el internamiento en una Casa de Maternidad o la más absoluta despreocupación por el bienestar del hijo.

⁴² Su solicitud debía realizarse forzosamente dentro de los tres meses siguientes, ante la Caja colaboradora del INP correspondiente a la localidad donde la trabajadora diera a luz y con la aportación de certificado médico acreditativo del parto.

⁴³ INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN: “El subsidio de maternidad”. Segunda edición. Madrid, 1923, p. 6.

⁴⁴ Se trata (y así lo declara el preámbulo de la propia norma creadora) de un modelo inspirado en seguros análogos ensayados en el Derecho comparado. V.g., el italiano, instaurado por Ley de 17 de julio de 1910, n. 520, y vehiculado en una Caja Nacional de Maternidad (sección autónoma de la Caja Nacional de Previsión). Consistía dicho seguro en un subsidio de cuantía fija, otorgado a ciertas categorías de madres trabajadoras con edades comprendidas entre los 15 y los 50 años, obligadas a contribuir anualmente a su sostenimiento, a través de cuota única co-financiada por el empleador (LO MONACO-APRILE, A.: op.cit., ps. 6 y ss.).

⁴⁵ Se detecta en un principio cierta oposición por parte de determinados sectores en Cataluña, especialmente de la industria textil, donde se concentra el mayor número de obreras. Que son precisamente las que forman la oposición a la implantación del seguro, aduciendo, entre otras razones, además de su obligatoriedad (y consiguiente descuento de los salarios), la inclusión de las solteras.

finalidad del seguro como la “conservación y mayor vigor de la especie”, y la disminución de la morbilidad y mortalidad infantiles, a través de la garantía de asistencia facultativa a las madres y de los recursos necesarios para el cese temporal en el trabajo (Base 1ª).

En efecto, en la justificación de las bases del anteproyecto elaborado por el INP se recogen las escalofriantes cifras de niños nacidos muertos o fallecidos durante su primer año de vida durante los años precedentes, pudiendo apreciarse un promedio estable, ligeramente variable por años, de aproximadamente 17.000 muertes anuales en el parto, siendo la cifra de niños muertos durante su primer año de vida de 1.945.507 en los años 1906 a 1925, muy superior a la de cualquier otro país europeo (en los que ya se ha implantado un seguro de maternidad⁴⁶)⁴⁷. En cuanto a las mujeres muertas en el parto o con ocasión de él, ascienden a una media anual de más de 3.000, casi todas ellas por razones sanitarias o por anticipación de la fecha de retorno al trabajo. A la vista de tales cifras no es de extrañar que la preocupación por el seguro de maternidad se convirtiera para el INP en tarea prioritaria y que se habilitara entretanto un subsidio provisional, habida cuenta de que el índice de mortandad se concentra en las clases más desfavorecidas (en 1923, falleció el 46,7% de los hijos de madres trabajadoras).

El anteproyecto proclama en su base 2ª que sus beneficios se extienden a un mayor número de trabajadoras que las beneficiarias previstas en el Convenio de Washington, ya que se amplía hasta las obreras del campo, las trabajadoras a domicilio, las empleadas públicas. En general, abarca a todas las afiliadas al Régimen obligatorio del Retiro obrero (es decir, asalariadas cuyos ingresos no superen los límites previstos en tal Seguro, art. 2 del *Reglamento General del Régimen obligatorio del Seguro de Maternidad*, aprobado por RD de 29 de enero de 1930⁴⁸), cualquiera que sea su edad, nacionalidad o estado civil (pues la Constitución de la República española declara la igualdad de los hijos, con independencia de su origen matrimonial o extramatrimonial, a lo que debe añadirse que la legislación civil no admite en las actas de inscripción declaración sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos). Por tanto, tal como se hiciera en el caso del subsidio implantado en 1923.

⁴⁶ En la citada publicación del INP (El seguro de maternidad. Anteproyecto y justificación de sus bases". Madrid, 1928), se citan como Estados en los que se ha optado por implantar un sistema de seguro a Alemania, Austria, Bulgaria, Francia, Checoslovaquia, Chile, Estonia, Hungría, Inglaterra, Irlanda, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Portugal, Rumanía, Rusia, Suiza y Yugoslavia.

⁴⁷ A título de ejemplo, en los años 1923 a 1925 las cifras de muertes de niños en edades inferiores a un año son de 73.283, 64.280 y 68.367 respectivamente, siendo la tasa del 9,6%, 8,5 % y 8,8 % en cada uno de los casos. Fuente: CÔSIGNY, ODILE: “Maternité et travail. La mère et le nouveau-né dans la famille ouvrière”. *La Réforme Sociale*, 1927, T.7, pág. 97.

⁴⁸ Dicho límite, fijado con carácter anual, era de 6.000 pesetas, siendo elevado a 9.000 por Decreto de 6 de diciembre de 1941. El Decreto 56/1963, de 17 de enero, fijó dicha cuantía (en relación con las bases de cotización) en 66.000 pesetas anuales.

Se aduce que no existe razón alguna para amparar a unas y excluir a otras, haciéndolas de peor condición, siendo todas ellas trabajadoras. Sin embargo, se excluye a “las domésticas”, alegando que “no sería justo obligar a esa familia a reservar su plaza para cuando hubiera terminado su descanso legal”.

En la D.T. 2ª del RD-Ley de 22 de marzo de 1929 se propone la ampliación del ámbito de extensión, dando cobijo a las trabajadoras autónomas y a las esposas de los trabajadores. Sin embargo, la primera de las previsiones no llegó nunca a materializarse, al preverse en la misma norma que, de estar ya preparado el Seguro de Enfermedad en la fecha de reforma del Seguro de maternidad, este quedaría englobado dentro de aquél. En cuanto a la segunda, se llevó a cabo por la Ley de 18 de junio de 1942, por la que se amplió no sólo a las esposas de los trabajadores, sino también a las aseguradas en el régimen de Subsidios Familiares que no lo estuvieran en el de Maternidad por superar el límite de retribuciones establecido.

En cuanto a los beneficios previstos, la base 3ª incluye

- en primer lugar el servicio médico en el parto, y los servicios médico y farmacéutico (este último no previsto en el Convenio de Washington) durante el tiempo de reposo legal, siendo libre la elección de facultativo (base 4ª),
- en segundo lugar el descanso o abstención del trabajo, previa presentación de declaración médica,
- y, en tercer lugar, la utilización gratuita de los Dispensarios de Obstetricia, instituciones de Puericultura, Gotas de Leche, Casascunas, Maternidades, Clínicas y demás Obras de protección a la maternidad y a la infancia, cuyo sostenimiento se garantiza mediante la constitución de un *Fondo Maternal e Infantil* (base 6ª)⁴⁹. Sin embargo, este último beneficio no se garantiza absolutamente, sino sólo en la medida en que se vayan organizando y donde sea posible.

El cuadro de beneficios con ocasión de la maternidad de la mujer trabajadora se completa con

- un subsidio de lactancia para aquellas madres que lacten a sus hijos, regulado en los arts. 38 y 39 del Reglamento, y cuya duración puede prolongarse por tiempo máximo de diez semanas⁵⁰,
- y una indemnización extraordinaria en casos especiales, tales como la “enfermedad persistente” del hijo (desde el fin del descanso legal hasta

⁴⁹ Su composición se basa en un porcentaje de los excedentes del propio Seguro, con una aportación estatal, con las subvenciones o donativos de los Ayuntamientos y entidades de carácter público o privado, y con las multas a que diere lugar la aplicación del Seguro.

⁵⁰ Se trata de un subsidio en especie, consistente en la entrega de leche o de otras sustancias alimenticias destinadas a la nutrición de la madre.

terminar el sexto mes posterior al parto) o una enfermedad derivada del parto, que haga necesaria la prolongación del descanso puerperal, o en caso de parto múltiple, así como “en caso de parto forzoso de la madre que exceda de los plazos en que tiene derecho a que se le reserve la plaza”, que se regula en los arts. 40 a 42 del Reglamento.

Las indemnizaciones especiales de referencia no tienen el mismo carácter en todos los casos, diversificándose entre prestaciones en servicios (en los dos primeros casos) y prestaciones en metálico (dando lugar a la conservación del subsidio que se percibía durante el descanso legal).

Dejando a un lado los servicios médicos y farmacéuticos, y entrando en el examen de la prestación económica, el subsidio consiste, según se anuncia en la base 5ª, en una cantidad máxima de 200 pesetas, cuyo origen se detalla a continuación: 15 pesetas por cada cuota trimestral que por la trabajadora se haya satisfecho en el trienio anterior a la primera semana de reposo legal o al parto si no hubo reposo previo (se trata, por tanto, de un sistema proporcional, estrictamente contributivo), y una bonificación del Estado igual a 50 pesetas por alumbramiento.

El nacimiento de tal derecho se condiciona a la concurrencia de varios requisitos:

1. la inscripción previa con 18 meses de anticipación al parto (pudiendo sustituirse esta condición por otra alternativa, para que puedan beneficiarse del seguro quienes no alcancen el periodo exigido: el cumplimiento de la condición c) y el pago de la cuota correspondiente al trimestre o trimestres en los que hubiese trabajado),
2. el pago de tres cuotas trimestrales en trimestres distintos, con diez meses de anticipación al parto (el texto definitivo del Real Decreto-Ley hace referencia en su art. 5.2 b) al pago de las cuotas correspondientes a los trimestres en que haya trabajado, requisito que se unifica con el siguiente),
3. estar al corriente de sus cuotas (éste es sustituido en el texto definitivo por un requisito adicional: “que, a ser posible, al sentirse encinta, o al menos dentro de los dos meses anteriores al parto, sea reconocida y asesorada facultativamente”), y
4. garantizar que hizo uso de la asistencia facultativa y que descansó en el periodo legal (la omisión de este deber da lugar a la pérdida del derecho si aun no hubiera recibido el subsidio o, en caso contrario, a su devolución por parte del empresario, si el reinicio del trabajo se debió a orden suya o a amenaza de despido, así como a la multa de pérdida del mismo en el parto siguiente, Base 14ª). En el texto definitivo del Real Decreto-Ley, art. 9, se concreta dicha previsión, estableciéndose que “cuando no se abstuviese del trabajo durante el reposo obligatorio, dejará de percibir las indemnizaciones correspondientes a los días en que trabajó”. El art. 13.2 exime a la trabajadora de responsabilidad si se demostrase que su actitud fue forzada por coacción del patrono, quien incurrirá en multa de 150 a 500 pesetas. La Inspección del Seguro Maternal (ejercida por el cuerpo dedicado a tales funciones en el Seguro de Retiro obrero) se encarga de velar por el cumplimiento de tales obligaciones y de imponer las sanciones correspondientes (art. 17 RD-Ley).

La obligación de descansar se regula en el art. 27 del Reglamento, en el que se exige la certificación del médico o de la matrona del Seguro de maternidad, pronosticando la fecha del parto. El error al respecto no dará lugar a la restitución de las cantidades indebidamente satisfechas (salvo falsedad en la certificación). Por su parte, el art. 28 define lo que haya de entenderse por “descanso legal”, directamente conectado con la realización de actividades que puedan ejercer influencia nociva sobre el proceso de gestación.

En el caso de la bonificación del Estado, el requisito *sine qua non* es la previa satisfacción de las cuotas correspondientes a un mínimo de un trimestre en cada uno de los años del trienio anterior al parto (Base 10^a)⁵¹, que ascienden, con carácter provisional, a seis pesetas anuales para la obrera e idéntica cantidad para el patrono (Base 11^a)⁵², encargado de su ingreso trimestral (previo descuento de la cuota obrera). Dichas cuotas fueron incrementadas en el texto definitivo hasta 7,50 pesetas respectivamente. Debe destacarse el derecho de las beneficiarias a acogerse a mejoras voluntarias de la prestación, mediante la aportación de cuotas más elevadas.

Su pago -siendo anticipado por las Mutualidades de la maternidad o las sociedades de socorros mutuos, o, en su defecto, por el empresario- efectúa de modo fraccionado: hasta el 25% es entregado con anterioridad al parto, si la madre opta por reposo prenatal, en la primera semana de descanso puerperal se hace entrega de la mitad restante (que será abonada en alimentos cuando la madre, según certificación facultativa, no pueda criar a su hijo) y la última parte al comienzo de la sexta semana (Base 8^a).

⁵¹ El motivo de que el abono de las cuotas sea trimestral es “la poca estabilidad del trabajo de la mujer” y la insignificancia económica de las mismas, que hace innecesario su devengo en plazos inferiores. Por otra parte, tampoco se opta por el pago anual, como sucedía en el sistema italiano, porque ello evita al empresario el pago de las cuotas por aquellas trabajadoras que ya no están a su servicio.

⁵² El pago de dicha cuota es obligatorio para las obreras de edades comprendidas entre los 16 y los 45 años (las demás serían beneficiarias, pero no cotizantes, dado lo aislado de tales supuestos), casadas o solteras. Se argumenta que “si se impusiera sólo a las casadas, el patrono preferiría a las solteras para eludir el pago de sus cuotas, y entonces un régimen de seguro que se daba para proteger a las madres sería su tortura, porque les privaría de trabajo, y, por tanto, de pan, si no las empujaba a las prácticas criminosas y antisociales del neomalthusianismo” (Instituto Nacional de Previsión: *Ante proyecto de Seguro de Maternidad. Bases sometidas a información pública del 15 de abril al 15 de junio de 1927*. Madrid, 1927. P. 26). El texto definitivo del Real Decreto-Ley, de 22 de marzo de 1929, amplió dicha edad hasta los 50 años. En cuanto a su gestión, su recaudación se realiza conjuntamente con el Seguro de Retiro Obrero, siendo administrado el seguro por el INP y sus Cajas colaboradoras. El art. 10 del Real Decreto-Ley impone al Estado, a los Ayuntamientos y a las Diputaciones, la obligación de colaborar en la realización de aportaciones al Seguro. La aportación de los Ayuntamientos consiste, según se especifica en el número 3, en proporcionar a las beneficiarias de la Beneficencia municipal una prestación sanitaria al menos igual a la que garantiza el Seguro, en el reconocimiento facultativo de todas las gestantes aseguradas, y en facilitarles la utilización de sus Clínicas, Hospitales, etc. Por lo que respecta a la aportación de la Diputación, consistirá en facilitar los servicios hospitalarios.

La prestación se devenga íntegramente aunque el hijo fallezca durante el periodo de reposo, yendo a parar al padre -tutor o persona o institución que lo acoja- si fuera la madre la que muriese.

2.5. El Seguro Obligatorio de Enfermedad

La D.T. 2ª del RD-Ley de 22 de marzo de 1929, por el que se instaura el Seguro de maternidad, prevé la inclusión de éste en el Seguro de Enfermedad si, al terminar el primer trienio de su aplicación, dicho Seguro estuviera ya preparado. Decía PÉREZ BOTIJA en el año 1955 que “aun cuando la finalidad del Seguro de Maternidad sea la protección de la familia (...), desde el punto de vista jurídico se halla inmerso en el actual seguro de enfermedad, pudiendo considerarse como una subespecie del mismo”⁵³.

El *Seguro Obligatorio de Enfermedad* fue establecido por la Ley de 14 de diciembre de 1942, siendo desarrollado por Reglamento de 11 de noviembre de 1943. Sin embargo, la absorción del Seguro de Maternidad no fue inmediata, demorándose hasta la íntegra implantación de dicho seguro. Ello tuvo lugar por Decreto de 13 de diciembre de 1946, aunque sus efectos no se producen hasta 1948 (Decreto de 9 de julio de 1948).

Como su propia denominación indica, su carácter es obligatorio, lo cual significa que se sustituye un seguro voluntario (nacido al amparo de las mutualidades o montepíos de carácter sindical) por otro obligatorio. Sin embargo, ya gozaba de tal carácter el seguro de maternidad, que, por tanto, no experimenta el cambio que sufre a partir del año 1942 la protección de la enfermedad⁵⁴.

Dicho Seguro es gestionado a través de un doble sistema⁵⁵, público y privado (pues junto a la Caja Nacional que centraliza el INP y las Cajas autónomas se da entrada a la intervención de entidades colaboradoras⁵⁶).

Su carácter obligatorio es solamente parcial, al perder su condición forzosa cuando los ingresos salariales del trabajador protegido superen un límite mensual, adquiriendo la naturaleza de seguro voluntario y, en consecuencia, trasladan la carga financiera íntegra de la cotización al asegurado (que pasa de contribuir en un porcentaje, una cuota del 10% total sobre su salario, a costear la cuota íntegra).

⁵³ PÉREZ BOTIJA, E.: *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 1955, ps. 528-529.

⁵⁴ Vid. sobre el tema: JORNADA DE POZAS: "Caracteres del Seguro español de enfermedad", Boletín Informativo del INP, mayo 1944 y LÓPEZ TEJEIRO, L.: "El Seguro de Enfermedad", número extraordinario de la Revista de Trabajo 1945.

⁵⁵ Que algunos autores llaman "sistema mixto" (PÉREZ BOTIJA, E.: *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 1955, ps 531-532).

⁵⁶ Pueden ser colaboradoras, entre otras entidades, las empresas, mutualidades y montepíos, la organización sindical, y Cajas de Empresas (Decretos de 2 de marzo de 1944 y de 7 de junio de 1949).

Las prestaciones se reconocen como mínimos mejorables por las empresas. Se prevén tres tipos de prestaciones económicas:

1. *Indemnización por descanso* (el previsto en el art. 168 LCT, prorrogándose en caso de error en la fecha presunta del parto), de cuantía equivalente al 60% del salario.
2. *Premio por parto múltiple*, consistente en añadir a la cuantía del subsidio originario otro tanto por cada hijo a partir del segundo. Se trata de un derecho ya previsto por el Seguro de maternidad, si bien en tal ocasión su finalidad era cubrir económicamente ese periodo adicional durante el cual se prolongaba el descanso puerperal obligatorio.
3. *Indemnización por lactancia*, durante un periodo máximo de diez semanas (o quince en caso de parto múltiple), al que pueden acceder también las trabajadoras en paro involuntario.

La regulación de la indemnización por descanso planteaba serias dudas al intérprete en cuanto a las relaciones entre las dos situaciones protegidas bajo una misma contingencia en la ley: la incapacidad temporal y la maternidad (es decir, a las enfermedades que, producto del proceso de maternidad, pudieran prolongar los periodos inicialmente previstos como de duración ordinaria del descanso maternal).

La controversia provenía de la limitación que el art. 167 de la LCT (al que se remitía la fijación de los periodos cubiertos por el seguro de enfermedad) imponía a la duración de la enfermedad debida a maternidad (por causa del embarazo o del parto), reducida a un periodo máximo de veinte semanas, haciendo de peor condición a la mujer que contraía una enfermedad consecuencia del parto, frente a otra cuya enfermedad no tenía tal origen.

Para salvar esta limitación, la doctrina optó por entender que se trataba de prestaciones autónomas, pudiendo sustituirse el vacío que dejaba la prestación por maternidad por la de enfermedad. Ésta es la solución que más tarde adoptó la Orden de 13 de octubre de 1967, por la que se desarrollaba la Ley de Seguridad social de 1966 en materia de prestaciones por incapacidad laboral transitoria.

De ello se deducía, por tanto, la incompatibilidad con el subsidio por enfermedad (art. 86.2 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Enfermedad), que permitía optar entre ambos⁵⁷.

⁵⁷ Así lo entendían GRANELL RUIZ: *La reserva de plaza*. BOSCH, BARCELONA, 1957, p. 68; CARRO IGELMO, A.J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Barcelona, 1959, p. 83; y BOU VIDAL, Martín: *El contrato de Trabajo de las mujeres*. Bosch, Barcelona, 1962, ps. 245 a 247.

2.6. El Subsidio de ILT en el nuevo “sistema de Seguridad Social”.

Como ya hiciera la Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad, desde el año 1948, el legislador vuelve, con la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, *de Bases de la Seguridad Social*, a introducir un elemento de distorsión en la regulación de las prestaciones por maternidad. Este factor, si con anterioridad había encontrado explicación en el sistema de los seguros sociales, y, por tanto, en la necesidad de ahorrar costes de gestión, no halla la misma justificación en el nuevo sistema unificado de seguridad social.

La única razón que parece imponer tal criterio es el afán unificador y homogeneizador de la protección que movía al legislador de la época, con mayor énfasis en el primer proyecto: la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Seguridad Social. En efecto, ésta instaba en su Preámbulo -apartados I y II- a la unificación o “consideración conjunta de las contingencias”, en un esfuerzo por superar el entonces vigente sistema disgregado de seguros sociales independientes entre sí.

La consecución de un sistema integrado fue llevado más allá de los límites necesarios, resultando de ello la unificación de dos contingencias completamente diferentes, por más que ambas fueran de naturaleza “común” y, por tanto, no acreedoras del trato privilegiado propio de las contingencias de índole profesional. Si esto puede considerarse un error, desde el punto de vista sistemático y desde la configuración jurídica que va a recibir la maternidad desde el ámbito de la legislación de Seguridad Social (siéndole de aplicación idénticos criterios que a la incapacidad temporal), hay que afirmar que entonces será un error que perdurará en el tiempo, pues no ha sido corregido hasta prácticamente el año 1.995.

Dicha integración entre la incapacidad temporal podía entenderse también⁵⁸ como simple asimilación a efectos de protección social, no como supuesto equiparable por razones intrínsecas (la naturaleza propia de la incapacidad temporal), configurándose como “cajón de sastre”⁵⁹, si bien, en virtud de los singulares caracteres que concurren en la maternidad, se articularon una serie de especialidades cuya finalidad no fue establecer ninguna clase de privilegio⁶⁰.

Dejando a un lado tales consideraciones, y entrando en el análisis del régimen jurídico de tales prestaciones, teniendo en cuenta que se mantiene casi íntegramente intacto y, por tanto, se impone la brevedad, al ser objeto de examen en el próximo

⁵⁸ Así se sostiene por ESCUDERO RODRÍGUEZ (“La ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros”, R.L., núm. 11, 1989).

⁵⁹ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 1994, pág. 257.

⁶⁰ TEJERINA ALONSO, J.I.: “Las recientes modificaciones del régimen de protección de la incapacidad temporal ante los planes de reforma general de la Seguridad social”. *Revista de Seguridad social*, número 6, 1980, p. 45

capítulo, la citada Ley de Bases fue desarrollada por el Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la misma.

En él, siguiendo las directrices que marcara la base séptima, se alude a las prestaciones por maternidad en el art. 126 c), que establece que “tendrán la consideración de estados o situaciones determinantes de incapacidad laboral transitoria los periodos de descanso, voluntario y obligatorio, que procedan en caso de maternidad”.

Por su parte, el art. 129.4 dispone: “en el caso de maternidad el subsidio se abonará durante los periodos de descanso, voluntario y obligatorio, que reglamentariamente se fijen, y que en ningún caso podrán ser inferiores a los previstos en la vigente Ley del Contrato de Trabajo.”

Posteriormente, el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas), en su art. 2 establece la cuantía de la prestación de incapacidad laboral transitoria. Consisten ésta en un subsidio equivalente al 75% de la base de cotización de la trabajadora en la fecha del descanso, al que se acumula, en caso de parto múltiple, un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que le corresponda percibir por el primero durante el periodo de descanso obligatorio (art. 2.2).

Los arts. 6 a 8 de dicho texto legal construyen el régimen jurídico de la prestación por maternidad, que puede sintetizarse en las siguientes notas básicas:

- Se entiende por *descanso obligatorio* el correspondiente a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, “así como el que, en su caso, prescriba el Médico que le preste la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y que podrá alcanzar, como máximo, hasta seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto.” Dicho periodo será respetado en todo caso, aun cuando fallezca el hijo.
- El descanso obligatorio puerperal puede prolongarse por causa patológica (lo cual ha de ser avalado por la necesidad de asistencia sanitaria y la existencia de situación imposibilitante de la prestación laboral), dando lugar al inicio de una situación de incapacidad laboral transitoria por enfermedad común, “iniciándose a partir de este momento, sin solución de continuidad, el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación, con absoluta independencia de los periodos de descanso disfrutados por maternidad.”
- El *descanso voluntario* se define como “aquel que, no prescrito como obligatorio por el Médico que preste a la beneficiaria asistencia sanitaria de la Seguridad social, disfrute la trabajadora por propia decisión, durante un periodo de tiempo inmediatamente anterior a la fecha prevista por el Médico para el parto y con un límite de seis semanas.”

Según se dispone en la Orden de 28 de diciembre de 1966, *por la que se regulan las mejoras voluntarias de la acción protectora el Régimen General de la Seguridad Social* (modificada por la Orden de 21 de abril de 1967), tales prestaciones pueden ser objeto de mejora directa (art. 11.2). Sin perjuicio de ello, el Decreto 2310/1970, de 20 de agosto, prevé en su art. 4.2 que, cuando la asegurada sea madre de familia numerosa, la prestación será complementada, hasta alcanzar el 100% de la base reguladora, a cargo del Fondo Nacional de Protección al Trabajo.

2.7. Las prestaciones por maternidad en el texto refundido de 1994 y su regulación autónoma: la ley 42/1994.

El régimen de la prestación por maternidad, tal como ha quedado diseñado en la Ley de Seguridad Social, desarrollada por la Orden de 13 de octubre de 1967, ha sido el vigente durante largos años, no siendo objeto de modificación más que en el aspecto de la duración del subsidio, por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se ampliaba el periodo de descanso, de doce a dieciseis semanas, y se daba amparo a la maternidad adoptiva. Lo mismo cabe decir de la posterior reforma de 1992, en la que únicamente se procedió a la asimilación del acogimiento preadoptivo con la maternidad natural, de igual modo que con anterioridad habían sido acogidas las reformas en materia de filiación adoptiva.

Sin embargo, la prestación en sí misma considerada no sufrió alteración alguna hasta ser modificado el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 29 de junio) por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, *de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social*. En consecuencia, durante todo ese tiempo mantuvo su asimilación a la de incapacidad temporal, como circunstancia invalidante temporalmente para el trabajo, categoría legal sin correspondencia jurisprudencial ni doctrinal⁶¹, ni siquiera acorde con el propio contenido de la ley, que ha venido ostentando hasta la reforma de la prestación por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre.

⁶¹ Tanto doctrina como jurisprudencia han defendido durante los últimos años la profunda distancia que separa a una contingencia de otra, en razón de la diferente esencia de las dos. En lo que respecta a la jurisprudencia de suplicación, sólo por citar algunas de ellas, destacamos las sentencias del TSJ de La Rioja, de 11 de mayo de 1992 (A.S. 1992, 2485), en la que se afirma que “la necesidad protegida por la incapacidad laboral transitoria consiste en la pérdida temporal de la capacidad de ganancia, debida (...) a causas biológicas (no patológicas)” y que, mientras en la incapacidad temporal dicha necesidad “tiene un carácter fáctico”, mientras que “en los supuestos de maternidad (...) la incapacidad, que puede no existir de hecho, *se presume como consecuencia de normas imperativas o dispositivas*”, siendo “un descanso obligatorio por disposición legal - independientemente del estado real de salud de la beneficiaria-” . Y del TSJ de Castilla-La Mancha, de 6 de mayo de 1992 (A.S. 1992, 2346): “la maternidad, que desde luego no es una enfermedad, tiene como objetivo primordial el favorecer las relaciones madre e hijo y a su vez asegurar la adecuada salud de la madre.”

Dicha Ley, por la que se introduce un nuevo capítulo en la LGSS (el Capítulo IV bis del Título II), dedicado a la protección de la maternidad, y por la que se mejora sensiblemente la protección por dicha contingencia, supone el abandono de la concepción tradicional de la maternidad como situación presuntamente⁶² incapacitante (excluyendo su calificación como supuesto específico comprendido en el amplio concepto que de la extinguida *Incapacidad Laboral Transitoria* realizaba el anterior art. 128 LGSS y considerando, por tanto, a la maternidad como situación propia, sin las connotaciones invalidantes que le confería dicho precepto)⁶³, y el paso a una nueva idea de la maternidad, más acorde con la normativa europea⁶⁴.

Así lo declara la Memoria explicativa del Anteproyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que se convertiría en la Ley 42/1994, si bien se aludía a una supuesta evolución de la contingencia de la maternidad en los últimos años, que motivaba que, según se desprende del texto de la citada Memoria, debiera configurarse como contingencia específica, no sólo por su “carácter específico”⁶⁵, sino por esa evolución a la que se alude. Luego se entiende que lo que da carácter autónomo a la maternidad no es su propia esencia, sino su evolución histórica, especialmente en los últimos años, lo cual significa que con anterioridad *sí era una situación determinante de incapacidad*. Se dice así que “la maternidad se configura como una situación protegible independiente de la incapacidad temporal, debido a su carácter específico y al hecho de que, como consecuencia de la evolución experimentada en los últimos años, *ya no cabe considerar la maternidad como una situación determinante de incapacidad...*”

En cualquier caso, desde la reforma del derecho al descanso llevada a cabo por la Ley 3/1989, se estaba reconociendo implícitamente que la maternidad no debía ser apreciada más que como hecho natural, no incapacitante, al permitir al padre el disfrute de cierto periodo del descanso (las cuatro últimas semanas). Asimismo al

⁶² Ya que no se exigía la demostración, ni siquiera la existencia, de una ineptitud temporal para el desempeño del trabajo, sino que su funcionamiento era automático, por el mero hecho del parto o su proximidad.

⁶³ Por no hablar de las connotaciones discriminatorias que dicha concepción comporta para la mujer y su relación el mundo laboral, derivada de esa supuesta incapacidad profesional.

⁶⁴ En efecto, dispone expresamente la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, que la equiparación de la protección de la maternidad a la de la salud no puede entenderse en ningún modo como equiparación de ambas situaciones o la asimilación de la maternidad a la enfermedad. En el mismo sentido, la *Declaración del Consejo y de la Comisión relativa al punto 3 del artículo 11 de aquella* (Luxemburgo, 19 de octubre de 1992), aclarando que “la relación que se establece con la prestación (por enfermedad) pretende sencillamente indicar una cuantía de referencia concreta y fija en todos los Estados miembros, con el fin de determinar la cantidad mínima que percibirá la trabajadora en concepto de prestación de maternidad.”

⁶⁵ Que no debe confundirse con la caracterización que de la maternidad hace TEJERINA ALONSO (TEJERINA ALONSO, J.I.: “Las recientes modificaciones del régimen de protección de la incapacidad temporal ante los planes de reforma general de la Seguridad social”. *Revista de Seguridad social*, número 6, 1980, p. 43), definiéndola como “enfermedad cualificada”, si bien ligada a la voluntad humana. .

condicionarlo precisamente al hecho de que la madre hubiera recuperado íntegramente su salud (lo cual tiene lugar en las primeras semanas del puerperio, siendo *otra* la finalidad perseguida a través de la ampliación del periodo más allá de las semanas necesarias para la recuperación total de la integridad física)⁶⁶.

La prestación por maternidad se configura así como mecanismo de cobertura del sistema de Seguridad Social para el periodo de suspensión del contrato de trabajo concedido a la madre para su recuperación física durante el puerperio (llamado descanso obligatorio) y a los progenitores para el cuidado del recién nacido (descanso voluntario). Aquél se lleva a cabo a través de un subsidio económico sustitutivo de las rentas del trabajo, financiado por el sistema de la Seguridad Social y gestionado directamente por las instituciones por medio de las cuales éste actúa, así como a través de prestaciones adicionales en especie: la prestación de asistencia sanitaria, proporcionada tanto a la madre como al hijo durante los periodos de gestación, parto y puerperio.

La vigente regulación de la materia, respondiendo a una repetida demanda de la doctrina y, habría que añadir, del sentido común, además de las exigencias internacionales (Convenio de la OIT núm. 102, de 1952, *sobre Norma Mínima en materia de Seguridad Social*⁶⁷), sitúa a la maternidad dentro de sus justos límites, pues la configura como una *contingencia específica* objeto de regulación particular propia y cualificada. Y ello en razón de la existencia de un bien jurídico específico que la Ley trata de proteger y que no viene referida, como en el caso de la ILT, a la salud, sino a la tenencia y cuidado de hijos, en definitiva, la procreación -reproducción-.

Al tiempo, la reforma de la prestación económica ha supuesto una profunda metamorfosis de aquélla, al considerarse su objeto de protección bien jurídico de singular trascendencia o digno de tutela especial o cualificada sobre la incapacidad temporal, desde una posición menos favorecida que la de alteración de la salud. Pues no debe olvidarse la existencia de un requisito adicional -el de la antigüedad de la afiliación-, inexistente en la prestación de incapacidad temporal por enfermedad común, que respondía a un momento histórico distinto, en el que se consideraba más apropiado primar la defensa de la legalidad -evitando el fraude de afiliaciones próximas al momento del parto para beneficiarse de las prestaciones- sobre la natalidad. En cuanto a ésta, su rápida evolución progresiva en el momento del nacimiento del sistema de la Seguridad Social (años 60) y, por consiguiente, de la

⁶⁶ En aras de una mayor coherencia con la finalidad del permiso por maternidad, deberían ser objeto de reforma las relaciones entre éste y la incapacidad temporal, permitiendo la simultaneidad de ambas situaciones entre los dos progenitores cuando el que disfruta del permiso se halle incapacitado para el trabajo, siempre y cuando dicha incapacidad le impida también hacerse cargo del cuidado del hijo.

⁶⁷ Ratificado por el Estado Español el 17 de mayo de 1988 (BOE de 6 de octubre, rectificado en el de 8 de abril de 1989).

normativa que le daba regulación, no hacía peligrar la tasa de crecimiento de la población.

Lo cual resultaba favorecido por la ausencia de la mujer del mercado de trabajo, que hacía innecesario arbitrar más medida que las de índole puramente económica, dirigidas al sostenimiento o manutención de los hijos, pero no a la promoción profesional de la mujer.

Por el contrario, el momento demográfico presente conoce el fenómeno inverso: el crecimiento negativo o, cuanto menos, el receso, de la tasa de natalidad y el envejecimiento de la población activa (el promedio de la edad de ésta sigue creciendo). En consecuencia, los Poderes Públicos deben situarse en la perspectiva opuesta, primando el fomento de la natalidad sobre la presunción de fraude, ya que, desde la envergadura que representa la procreación para una pareja joven, en un momento de precariedad del empleo, en el marco de una importante recesión económica, el problema de la vivienda... Ello, junto a la propia necesidad de evitar que una exigencia biológica impida a la mujer desarrollarse profesionalmente y lograr su plena inserción en el mundo laboral, difícilmente se verá compensada por la prestación económica de maternidad que le brinda la Seguridad Social: en otras palabras, el móvil será insuficiente para motivar la intención de fraude.

Muy al contrario, la diferencia de trato carecía de justificación, incurriendo con ello en una discriminación, contraria por lo demás a la Directiva 79/7, de 19 de Diciembre de 1978, *sobre no discriminación por razón de sexo en materia de Seguridad Social*, que habría de haber sido erradicada ya con anterioridad, si la reforma acometida por la Ley 3/1989 hubiera influido también en el régimen de prestaciones para tal situación⁶⁸. Y así viene avalado por el RD 53/1980, de 11 de enero, que modifica el art. 2 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (Reglamento General de Prestaciones), por el que se rebajó la protección de la incapacidad temporal derivada de causa común (utilizando el mecanismo de la división en dos tramos, de protección desigual, del periodo de incapacidad laboral transitoria), con el objeto de sancionar y corregir el absentismo fraudulento, del que fue excluida la prestación por maternidad.

La aludida reforma, que ha afectado a los arts. 38.1 c) y 106.4 y ha introducido un nuevo capítulo -el IV bis- al Título II de la LGSS, y que no debe entenderse completada en tanto no sea dictado el correspondiente Reglamento de desarrollo de la prestación (que, al desgajarse de la contingencia de incapacidad temporal, ha quedado sin regulación positiva reglamentaria), se materializa en las siguientes modificaciones o transformaciones experimentadas por la prestación:

1. La mejora de la protección de la maternidad, a través de una triple vía:

⁶⁸ Así había sido señalado por BLASCO LAHOZ, GARCÍA NINET, LÓPEZ GANDÍA y MOMPALER CARRASCO en *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 1994, pág. 260.

- Mejora de la prestación económica, al incrementarse el porcentaje aplicable a la base reguladora desde el 75% correspondiente a la incapacidad laboral transitoria⁶⁹ -hoy incapacidad temporal- hasta el 100%, o, lo que es lo mismo, la conservación íntegra de las percepciones salariales. De esta forma se acomoda la normativa española a las recomendaciones de la OIT (así se prevé en el apartado II. 2. 1 de la Recomendación número 95), garantizándose la permanencia de la mujer en el mercado laboral.
- Reducción de los requisitos para acceder a la prestación, al suprimirse el de la afiliación en los 9 meses anteriores⁷⁰ y flexibilizarse el periodo de carencia “específica” en el que ha de haberse completado la cotización exigida (180 días), que se amplía desde un año hasta los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante.
- Homogeneización de la prestación en todos los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad social (art. 37 de la Ley 42/1994), lo cual, además de consagrar los principios de solidaridad (pues todavía existían colectivos excluidos del derecho a la prestación) y uniformidad de la protección, redundaba en beneficio de la seguridad jurídica y, por supuesto, del análisis doctrinal. Ello evitará, pues, la duplicidad de tratamientos de la prestación según el Régimen que corresponda en las páginas que siguen.

Todo ello significa un gran paso en términos de tutela, desde una situación de igualdad (e incluso de inferioridad con anterioridad al RD 53/1980) con la incapacidad temporal derivada de riesgos comunes, pues si bien el porcentaje aplicable a la Base reguladora era del 75% durante todo el periodo y no sólo a partir del vigesimoprimer día de prestación, por otro lado se endurecía especialmente el acceso a la misma. En efecto, exigiéndose el requisito adicional de la antigüedad en la afiliación y el requisito cualificado de la cotización (siendo la carencia específica exigida -de un año, inmediatamente anterior al hecho causante-, mucho más dura que la derivada de incapacidad temporal por causa común -de cinco años-), se creaba una clara diferencia respecto del régimen de la incapacidad laboral transitoria “común”. Ello obedecía, sin embargo, a que la prestación por maternidad no había sido objeto de idéntica reforma a la experimentada por la de incapacidad laboral transitoria común vía RD 53/1980, de 11 de enero, por el que se “escaló” en tramos desiguales el subsidio económico,

⁶⁹ R.D. 53/1980, de 11 de enero, por el que se modifica el art. 2 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (Reglamento General de Prestaciones) y art. 2.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967.

⁷⁰ Este requisito adicional endurecía injustamente el acceso a la prestación por maternidad. Por contra, el aborto no estaba sometido a tales condicionamientos. Paradójicamente, con la reforma de la prestación, la situación se ha invertido, de tal modo que hoy es el aborto, como circunstancia reconducible a contingencia distinta -la de incapacidad temporal-, la situación que recibe peor trato -en valoración de conjunto- por el sistema de la Seguridad social.

por la razón de que dicha prestación no se prestaba a conductas fraudulentas producto del absentismo laboral intencionado.

Así, pues, pueden señalarse tres grandes hitos en la evolución de la prestación, desde su regulación por la Ley de Seguridad Social -y el Texto Refundido de la misma- y la Orden de desarrollo de 13 de octubre de 1967, pasando por la diversificación operada por el RD 53/1980, hasta alcanzar, a través de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, un trato privilegiado próximo a la incapacidad temporal derivada de riesgo profesional

2. Traslado de atribuciones o competencias en materia de gestión desde el empresario a la propia Administración de la Seguridad social -I.N.S.S.-, al establecerse un límite tajante y por ello inderogable -la norma es estricta y taxativa al respecto-, pues el art.38 de la Ley 42/94, que añade la D. A. Undécima ter a la LGSS, dispone que en ningún caso cabrá la gestión de dicha prestación -ni directa ni delegada- por sujetos ajenos a la Administración de la Seguridad Social. Debe destacarse, en consecuencia, la descarga de obligaciones empresariales en materia de protección pública brindada por el Estado a los progenitores del recién nacido, pues se excluye tanto de la financiación directa de la prestación (lo contrario redundaría sin duda en perjuicio de la mujer trabajadora) como de su gestión (abono en pago delegado).

En lo que se refiere al contenido de la prestación, continúan siendo de aplicación las normas relativas a la incapacidad temporal, por más que la reforma introducida por la Ley 42/1994 haya motivado su escisión en dos contingencias y prestaciones distintas. La falta de una correlativa actualización de la normativa de desarrollo de tales prestaciones nos obliga a seguir acudiendo a la regulación de la prestación de incapacidad temporal⁷¹ para regular esta nueva contingencia, así como a efectuar un cauteloso deslinde entre las reglas que resultan o no aplicables a la contingencia de maternidad, como nos indica el número primero de la Disposición Final Tercera de la Ley 42/1994⁷², o a cuestionarnos la vigencia de determinadas normas, aunque no sean compartidas con la contingencia de incapacidad temporal (v.gr., subsidio por parto múltiple). Ello en razón de la propia esencia de la novedad legislativa, no limitada a la creación *ex novo* de la prestación, sino dirigida a dotarle de normas específicas diferentes por completo de las vigentes respecto de las alteraciones incapacitantes de la salud, no únicamente en materia de cuantía y de inicio de la prestación (ya existentes con anterioridad, si bien como especialidades de una misma circunstancia),

⁷¹ Incapacidad laboral transitoria *strictu sensu*, pues la normativa de referencia (básicamente la OM de 13 de octubre de 1967) es la que desarrolla tal prestación.

⁷² “Las referencias que en la legislación vigente se efectúan a las situaciones de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional se entenderán realizadas a la situación de incapacidad temporal. Asimismo, las referencias que se efectúan a la situación de incapacidad laboral transitoria derivada de maternidad, se entenderán efectuadas a la situación de maternidad.”

sino también en materia de gestión de la misma, ahora sustraída a la competencia empresarial.

En cualquier caso, se echa en falta un Reglamento de desarrollo que aclare las dudas más acuciantes, tales como las situaciones protegidas (v.gr., aborto...) o la duración y cuantía del subsidio en caso de parto múltiple. En su lugar, la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social ha procedido a dictar una serie de normas aclaratorias en su Resolución de 21 de abril de 1995, *sobre diversas dudas que se plantean respecto de la prestación económica por maternidad, según la nueva redacción dada a la Ley General de la Seguridad Social por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre*.

La última reforma de la prestación, la que realiza la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, *de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social*, tiene el mismo alcance que las innovaciones introducidas con anterioridad a la Ley 42/1994, al afectar, directa y exclusivamente, a la situación protegida, ya que se equipara la maternidad natural a la adoptiva a efectos de duración del descanso. En consecuencia, se mantiene el doble tramo temporal de éste, según la edad del hijo adoptado, pero se entiende que la adopción de un bebé es asimilable a la maternidad que deriva del parto.

3. Las “prestaciones por maternidad” en el sistema vigente.

La regulación actual de las prestaciones por maternidad se contiene en los arts. 131 bis, ter, quater y quinquies de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 29 de junio, modificado por las Leyes 42/1994 y 13/1996, desarrollada, en lo que al cálculo de la base reguladora del subsidio respecta, por la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967 (OILT), Reglamento de la antigua prestación de incapacidad laboral transitoria.

Se hace mención de “las prestaciones”, en plural, porque el hecho de la maternidad, entendido como parto y adopción de menores de cinco años, da lugar al nacimiento de dos tipos específicos de prestaciones, que conforman la cobertura social de la maternidad desde el sistema de previsión pública. Se trata de las prestaciones en especie -la sanitaria- y en metálico -la económica, o subsidio por maternidad-.

Las prestaciones sanitarias por maternidad comprenden (RD 63/1995, de 20 de enero, *sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud*) la atención primaria y la especializada, es decir la medicina obstétrica y ginecológica (en consultas, en “hospital de día”, en régimen de hospitalización, en la que se incluye el tratamiento y estancia, sin participación de la beneficiaria en su coste, en hospitales de la Seguridad Social o centros concertados, y la atención de urgencia, así como el diagnóstico prenatal en grupos de riesgo y la genética).

En cuanto a las prestaciones en metálico, consisten en un subsidio económico, con cargo a la Seguridad Social (y financiado a través de la previa cotización, que constituye requisito indispensable para su reconocimiento legal), cuya función es sustituir el salario que se deja de percibir como consecuencia de la interrupción temporal de la prestación de servicios (o, en su caso, la actividad correspondiente).

4. Las “prestaciones por excedencia” . Desarrollo y sistema vigente

4.1. La excedencia por cuidado de hijos. Su protección desde el sistema de la Seguridad Social.

La situación de excedencia con motivo del cuidado de los hijos no daba lugar, hasta fechas muy recientes, a ningún tipo de protección especial desde el ámbito de la Seguridad social, no devengándose derechos especiales en tales circunstancias, más que la conservación de ciertas prestaciones de protección a la familia.

La introducción de la prestación no económica por hijo a cargo o prestación por excedencia para el cuidado de hijos tuvo lugar por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de *Prestaciones no contributivas* (desarrollada por el Real Decreto 356/1991, de 15 de marzo), por la que se modificó la redacción del ar. 167.1 del Texto Refundido de la LGSS de 1974.

Se complementaba así, desde su modalidad contributiva, el nuevo régimen jurídico de la excedencia por cuidado de hijos, construyendo, por tanto, un sistema integrado de prestaciones. Se recuperaban, del mismo modo, las viejas prestaciones familiares de contenido económico o asignaciones familiares. Finalmente, se introducía una nueva prestación no económica, de nuevo cuño en el sistema español de Seguridad social: la prestación no económica por hijo a cargo, para cuya denominación no es erróneo utilizar la expresión de “prestación por excedencia para el cuidado de hijos”, pues las nuevas prestaciones por hijo a cargo son en realidad dos prestaciones autónomas, previstas para cubrir contingencias diferentes y dirigidas a la tutela de bienes jurídicos distintos.

Aunque en ambos casos y desde la modalidad contributiva de la prestación, el beneficiario de la prestación sea un trabajador vinculado a un empresario por un contrato de trabajo (sin perjuicio de la universalidad de la prestación, pues se reconoce en favor tanto de trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia, que no son objeto de estudio en este trabajo), las dos prestaciones quedan desvinculadas desde que entra en juego el elemento dinámico de la relación laboral. Es decir, que ésta esté en activo o esté suspendida, en cuyo caso la prestación que se reconoce es distinta. Lo cual significa que una de las prestaciones -la no económica- queda reservada para cubrir el vacío que supone la suspensión del contrato de trabajo en relación con el sistema de la Seguridad social y precisamente con tal fin. De ahí que pueda calificarse de “prestación por excedencia” y que, en consecuencia, sea objeto de tratamiento específico en este lugar, junto a la prestación por maternidad que nace

de otra situación suspensiva motivada por un evento que en esencia es el mismo: el nacimiento de un hijo.

Si quiere sistematizarse en breves pinceladas o reducirse a un sencillo esquema el régimen jurídico de dichas prestaciones, consideradas en su conjunto (es decir, con carácter previo al análisis de la que nos ocupa), podrían obtenerse los siguientes rasgos principales, entre los cuales merece destacarse especialmente la tendencia, a medida que se va descendiendo en la pirámide a través de la cual puede representarse el contenido de estas prestaciones, a reducir el ámbito de sujetos protegidos. En efecto, desde la universalidad (pues en un principio, y desde la existencia de una modalidad no contributiva de la prestación, los destinatarios de las mismas son todos los residentes en territorio español), pasando por el criterio de la contributividad y, por tanto, reduciéndose el espectro de sujetos protegidos a los trabajadores activos y cotizantes (tanto por cuenta ajena como por cuenta propia), se llega por último hasta el ámbito de aplicación de una prestación de las que componen el conjunto de prestaciones por hijos a cargo, de la que quedan excluidos los trabajadores por cuenta propia, pues se trata de una prestación ligada precisamente a un *estado* del contrato de trabajo (la suspensión):

- Existen dos modalidades de la prestación: la contributiva y la no contributiva, de contenido esencialmente idéntico en lo tocante a prestaciones de contenido económico.
- Dentro de la modalidad contributiva, pueden distinguirse dos tipos de prestaciones: la *asignación económica*, cuya finalidad es ayudar al sostenimiento de las cargas familiares de aquellos trabajadores que tengan hijos menores a cargo y recursos económicos insuficientes o bien hijos minusválidos que sostener, y la *prestación no económica*, para aquellos trabajadores por cuenta ajena que hagan uso de una excedencia para el cuidado de hijos.

Ambas prestaciones actúan en momentos distintos dentro del desarrollo de la relación laboral: en un caso respecto de un contrato en activo y en el otro en relación con un contrato en suspenso, si bien el criterio que impera entre ellas es el de la independencia (pues al constituir la excedencia situación asimilada al alta para acceder a las prestaciones puede mantenerse su percepción; es más, de no ser así, podría “recuperarse” por la vía no contributiva, ya que el criterio de atribución usado en esta modalidad es el mismo que en la contributiva: el del umbral de rentas anuales o el de la minusvalía⁷³). Éste es el punto de conexión de estas prestaciones con las prestaciones por maternidad. Tanto en un caso como en otro, se trata de prestaciones dirigidas a la cobertura social de las situaciones

⁷³ Por tanto, en definitiva, lo que separa a una modalidad de otra es la existencia de una prestación no económica en la contributiva, ausente en la modalidad no contributiva.

que configuran el régimen de la suspensión del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

- Finalmente, y aludiendo al contenido de las mismas, no puede dejar de señalarse que su alcance dista mucho de aproximarse, especialmente en lo que atañe a las asignaciones económicas, al nivel de protección instaurado en la mayor parte de los sistemas de Seguridad social europeos.

La nueva Ley 26/1990, de 20 de diciembre, *de prestaciones no contributivas* (LPNC), vino a instaurar, en sustitución del viejo sistema de prestaciones familiares, la prestación por hijo a cargo, estableciendo un nuevo régimen jurídico en los arts. 167 a 170 del viejo texto refundido. Éste pasó al vigente texto de 1994, habiendo sido objeto de modificación por la Ley 4/1995, *sobre el permiso parental*, ya que la nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos -su carácter de forzosa durante todo el periodo de tres años- imponía la introducción de ciertos retoques en su contenido protector. Sin embargo, no debe obviarse el hecho de que tales reformas han resultado francamente insuficientes con respecto a las verdaderas necesidades legislativas que impone la nueva configuración de la excedencia, siendo precisas, por tanto, modificaciones de mayor envergadura. Sería recomendable, pues, la adaptación del periodo de cotización presunta, reducido a un año (y acorde con la regulación nacida de la Ley 3/1989, pero no con la que proviene de la Ley 4/1995), al nuevo carácter forzoso de la excedencia por cuidado de hijos, que se extiende a la totalidad del periodo y no sólo al primer año. El balance de dicha reforma es, pues, parcialmente satisfactorio, ya que se ha mejorado la cobertura protectora, permitiendo el acceso a cualquier prestación de la Seguridad social (salvo a la de incapacidad temporal) desde la situación de excedencia, a la que se dota del carácter de situación asimilada (durante todo el periodo de tres años). Sin embargo, se ha mantenido la prestación de cotización tal como fue prevista en su instauración, es decir, reducida a un solo año.

4.2. Sistema vigente.

Las prestaciones que dan cobertura a la situación de excedencia por cuidado de hijos se regulan, junto al resto de las prestaciones que conforman las prestaciones por hijo a cargo (entre las que se integran aquéllas), en los arts. 180 a 190 LGSS y en el criticado RD 356/991, de 15 de marzo⁷⁴.

Las prestaciones por hijo a cargo que diseña la Ley 26/1990 (que estructura su protección en dos niveles, el contributivo y el no contributivo, a pesar de que su objeto sean las *prestaciones no contributivas*), incorporada al texto de la LGSS, se articulan en dos momentos y derechos diferentes:

⁷⁴Especialmente críticos, en torno a la ilegalidad de dicho reglamento, son PÉREZ ALONSO, M.A. Y MORRO LÓPEZ, J.J.: "La protección familiar en el ámbito de la Seguridad Social: las prestaciones económicas por hijos a cargo". *Revista de Treball*, número 15, 1991.

1. El primero de ellos es el que nace de la existencia de una relación laboral en vigor y, por tanto, de una situación de alta en el sistema de la Seguridad Social: la prestación económica por hijo a cargo. Consiste en una *asignación económica* por cada hijo menor de 18 años o afectado por una minusvalía en grado igual o superior al 65%. Dicha prestación, al exigir el alta en el sistema, quedará suspendida (en el nivel contributivo se entiende) entretanto se mantenga la suspensión del contrato. Ello la exime de un examen más detallado, ya que el interés perseguido en esta parte del trabajo, como ya se ha venido indicando, es la búsqueda de aquellos beneficios que nazcan precisamente del hecho de la suspensión, y la prestación económica se dirige a cubrir una necesidad que no altera en modo alguno el desarrollo de la relación laboral.
2. El segundo de ellos sí cumple tales condiciones, al conectarse con la situación de excedencia: se trata de una prestación no económica, consistente en el mantenimiento ficticio del vínculo que une al trabajador con el sistema de la Seguridad Social *como si estuviera en activo*, a través del mecanismo de la asimilación al alta, que se completa con la consideración de que, al menos durante un año (el año que, hasta la reforma de la figura de la excedencia por cuidado de hijos en el año 1995, recibía el tratamiento de excedencia forzosa), *el trabajador estuvo cotizando al sistema de la Seguridad social*, a pesar de que no se mantenga dicha obligación.

Tales prestaciones comprenden, pues, una asignación económica -prestación dineraria, cuya cuantía depende del número de hijos a cargo del trabajador-, y una asignación o *prestación no económica* -la consideración del primer año de excedencia por cuidado de hijos como periodo cotizado-, siendo intrínsecamente incompatibles entre sí, tanto en su finalidad como en su percepción, por cuanto ambas se dirigen a la cobertura de situaciones producidas en momentos temporales diferentes.

En efecto, mientras que la prestación de naturaleza dineraria -la asignación por hijo a cargo- se abona mientras existe situación de alta del trabajador (es decir, cuando la relación laboral se halla en pleno vigor), la prestación no económica se dirige precisamente a cubrir el periodo en el que, no prestándose servicios remunerados, y por tanto *perdiéndose el derecho a la asignación económica* por baja en el Sistema de la Seguridad Social, el trabajador está dedicado precisamente al cuidado del hijo por el que antes percibía o podría haber percibido tal asignación (en caso de concurrencia de los requisitos necesarios), con la consiguiente pérdida de rentas salariales que se derivan de la suspensión de su contrato.

Por ello puede decirse que esta prestación viene a reforzar las garantías que estableciera la Ley 3/1989, a la que complementa la Ley 26/1990. De tal modo, y ésta es la filosofía que inspira su instauración, se evita parte de los perjuicios que pudiera provocar en la carrera de seguro del trabajador la separación temporal de su puesto de trabajo, en razón del interés al que sirve la excedencia.

Dentro de la modalidad *contributiva* de las prestaciones por hijo a cargo, el sistema español de Seguridad Social reconoce el derecho a dos tipos diferenciados de prestaciones con motivo de la suspensión del contrato por excedencia para el cuidado de hijos, o “prestación por excedencia”:

1. La consideración como periodo de cotización efectiva del primer año con reserva de puesto de trabajo de dicho periodo, remitiéndose en cuanto a la calificación jurídica de la excedencia a la “legislación aplicable” (es decir, el art. 46.3 ET).
2. El mantenimiento del derecho a la prestación de asistencia sanitaria durante el mismo periodo (art. 16.2 RD 356/1991, de 15 de marzo), en la línea marcada por la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, *sobre el permiso parental*, que en sus consideraciones generales (la número 10) impone a los Estados miembros el deber de mantener “las prestaciones en especie pagadas en concepto de seguro de enfermedad durante la duración mínima del permiso parental”⁷⁵.

El periodo de suspensión de la relación laboral por excedencia tiene, pues, trascendentales consecuencias en materia de Seguridad social, en especial en lo que se refiere al *primer año de excedencia* por cuidado de hijos, puesto que la legislación de la Seguridad social considera dicho periodo como de cotización efectiva, a efectos de futuras prestaciones, aunque no lo sea en realidad, ya que durante el mismo la relación de cotización también queda suspendida.

5. Perspectiva internacional.

La normativa internacional incide en cuanto a las prestaciones por maternidad con menor intensidad que en materia de regulación del descanso o en lo relacionado con la protección de la salud de la trabajadora gestante o lactante. Sin embargo, puede hacerse mención de varios textos que funcionan como marco de referencia o norma mínima en la materia:

Desde la Organización Internacional del Trabajo, debe hacerse mención del dos convenios: el Convenio número 102, *relativo a la norma mínima de seguridad social*, y el Convenio número 103, adoptado en la Conferencia de Ginebra de 28 de junio de 1952, *relativo a la protección de la maternidad*.

En cuanto al Convenio número 103 (se prescinde del análisis del número 102, puesto que su contenido es reproducido por el Código Europeo de Seguridad Social, por el que se mejora la protección que nace de aquél), el tratamiento a la maternidad, desde la vertiente de la Seguridad Social, puede hallarse en la Parte VII, bajo la rúbrica

⁷⁵ Considerando que la duración mínima de éste es la de tres meses, las previsiones de nuestra legislación superan con creces la normativa comunitaria, que, en el Proyecto era más ambiciosa, disponiendo la conservación de las prestaciones de Seguridad Social durante su duración. El texto definitivo remite tal cuestión a la legislación nacional (Cláusula 2. 8).

“Protección de la maternidad” (arts. 46 a 50). Concretamente, el precepto dedicado específicamente a las prestaciones por maternidad es el art. 48, en el que se establece que la ausencia durante los periodos que regula el art. 47 (descanso mínimo de doce semanas) dará “derecho a recibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas”. Sin embargo, y por lo que respecta a las primeras, no fija cuantía alguna, remitiendo su establecimiento a la “legislación nacional”, “de suerte que sean suficientes para garantizar plenamente la manutención de la mujer y de su hijo en buenas condiciones de higiene y de acuerdo con un nivel de vida adecuado.” A lo cual únicamente añade en su número 3 que, cuando la financiación o contribución al pago de tales prestaciones sea asumida de forma conjunta por empleadores y trabajadores, deberán contribuir a su sostenimiento respecto de todos los trabajadores de la empresa, sin distinción de sexo.

Todo ello significa que, si en los otros aspectos de la maternidad que aparecen regulados en este texto internacional, la norma es más o menos exhaustiva (lo es especialmente en materia de duración del descanso por parto), en el aspecto económico de la cuestión, o sea, en cuanto a la prestación económica por la que se cubre el vacío económico que el descanso maternal provoca, se limita a hacer remisión a la legislación interna de los Estados firmantes.

Desde el ámbito europeo, y distinguiendo entre la normativa convencional y el Derecho comunitario europeo, merecen destacarse especialmente los siguientes textos jurídicos:

- **Derecho convencional:**

1. La *Carta Social Europea*, Turín, 1961 (ratificada por España el 29 de abril de 1980), prevé en su Parte II.8 el derecho a descanso remunerado en caso de maternidad.
2. El *Código Europeo de Seguridad Social*, hecho en Estrasburgo el 16 de abril de 1964, fue ratificado por Instrumento de 12 de febrero de 1993, en el que se suscriben Partes obligatorias, y, entre las optativas, las de maternidad (parte VIII), se declara en su Preámbulo como régimen por el que se pretende mejorar el nivel mínimo de protección garantizado por el Convenio de la OIT número 102, relativo a la norma mínima de seguridad social. De hecho, si se observa su contenido, puede apreciarse una identidad total entre sus preceptos, que siguen incluso la misma numeración y texto, salvo en aquellas referencias al cálculo de la cuantía de las prestaciones que aparecen en los artículos 65 y 66 (por lo que se refiere a las prestaciones por maternidad).

El art. 46, ubicado en la Parte VIII, que lleva por título “Prestaciones de maternidad”, anuncia que la concesión de las prestaciones por maternidad en los Estados firmantes se sujetará a las prescripciones de los artículos 47 a 52.

Para definir su ámbito de aplicación, en materia de prestaciones económicas, el art. 48 utiliza una fórmula genérica de signo alternativo: o bien “todas las mujeres pertenecientes a categorías prescritas de asalariados que en total constituya, por lo

menos, el 50 por 100 de todos los asalariados”, o “a todas las mujeres que pertenezcan a categorías prescritas de la población económicamente activa, categorías que en total constituyan el 20 por 100 por lo menos, de todos los residentes...” De lo que se deduce una directriz general, que permite a los países ratificantes del acuerdo adoptar las medidas que estimen más convenientes, siempre y cuando garanticen el mínimo previsto en dicha norma, y ésta no acude a la enumeración de los beneficiarios de las prestaciones, sino al establecimiento de un espectro numérico de titulares del derecho: lo serán o el 50% de los asalariados o el 20% de todos los residentes.

El art. 49 y siguientes regulan los beneficios comprendidos en el concepto de “prestaciones”: las de carácter médico (art. 49) y la de carácter económico (art. 50). En cuanto a ésta, “consistirá en un pago periódico calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 65 o en el artículo 66”. Y esta fórmula consiste en una cantidad por lo menos igual al porcentaje indicado en el anexo (el 45%) “en relación con el total de la ganancia anterior del beneficiario o de su sostén de familia y del importe de los subsidios familiares pagados a una persona protegida que tenga las mismas cargas familiares que el beneficiario tipo” (el beneficiario tipo es la mujer).

Según el art. 66, y “con respecto a cualquier pago periódico... la cuantía de la prestación, incrementada con el importe de los subsidios familiares pagados durante la contingencia, deberá ser tal que, para el beneficiario tipo al que se refiere el cuadro anexo a la presente parte, sea por lo menos igual, para la contingencia de que se trate, al porcentaje indicado en dicho cuadro del total del salario del trabajador ordinario no calificado adulto del sexo masculino, y del importe de los subsidios familiares pagados a una persona protegida que tenga las mismas cargas que el beneficiario tipo.”

Añade el art. 50 que “la cuantía del pago periódico puede variar en el transcurso de la contingencia a condición de que el importe medio sea conforme a las disposiciones susodichas”.

Por último, dispone el art. 52 que “los pagos periódicos podrán limitarse a doce semanas, a menos que la legislación nacional imponga o autorice un periodo más largo de abstención del trabajo, en cuyo caso los pagos no podrán limitarse a un periodo de menor duración”, es decir, la duración del subsidio será la del descanso en todo caso, sea éste de doce semanas o de duración superior, como viene impuesto por la normativa comunitaria posterior a dicho convenio (Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre).

El art. 51 articula una especial garantía en favor del reconocimiento del derecho por las legislaciones nacionales a la mujer “que pertenezca a las categorías protegidas y que haya cumplido el periodo de calificación que se considere necesario para evitar los abusos”; estableciendo asimismo que las prestaciones sanitarias “deberán garantizarse también a las cónyuges de los trabajadores de las categorías protegidas cuando éstos hayan cumplido el periodo de calificación previsto”.

Todas las anteriores previsiones son cumplidas por el Derecho español vigente.

- **Derecho comunitario**

La Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, *sobre medidas destinadas a promover la mejora de la salud y la seguridad de las trabajadoras grávidas, puérperas y lactantes*, es la única norma de origen comunitario que contiene preceptos reguladores de protección a la maternidad desde el punto de vista de la Seguridad Social. Concretamente, la referencia se contiene en el art. 11, 2), en el que se establece que durante el periodo de descanso que regula el art. 8 deberá garantizarse “el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras...”. Norma que resulta completada por el número 3 del mismo artículo, según el cual dicha prestación “se considerará adecuada cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales.” Es decir, el legislador europeo impone como límite mínimo de las prestaciones el equivalente al subsidio que correspondería en caso de incapacidad temporal (al que se ajustaba el Derecho español antes de la reforma del año 1.994).

No se obliga a los Estados miembros a la concesión indiscriminada de las prestaciones por maternidad, sino que, por el contrario, se permite condicionar el nacimiento de las mismas al cumplimiento de ciertos requisitos, entre los que *no se podrán contemplar en ningún caso periodos de trabajo previo superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto*.

Al margen de dicha norma, de signo armonizador, sólo los Reglamentos Comunitarios número 1.408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y sus familiares que se desplazan dentro de la Comunidad (que rige en su Versión consolidada, con las modificaciones introducidas por el Reglamento 1945/93⁷⁶), y 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad, y con finalidad coordinadora, contienen previsiones en la materia. Sin embargo, en este último caso, siendo la naturaleza del Reglamento la de norma de coordinación de legislaciones nacionales, ningún mínimo se contiene en ella, dirigiéndose, por el contrario, a garantizar la libre circulación de trabajadores y, por tanto, el acceso y conservación de las prestaciones con independencia del Estado comunitario en el que se presten los

⁷⁶ Deben tenerse en cuenta también el Acuerdo EEE, modificado su Anexo VI, sobre seguridad social, por la Decisión del Comité Mixto del EEE número 49/95, y por la Decisión del Comité Mixto del Espacio Económico Europeo, número 1/96, de 26 de enero de 1996, por el que se incorpora al Acuerdo la Decisión número 156, de 7 de abril de 1995, relativa a las normas de prioridad en materia de derechos al seguro de enfermedad y maternidad, aprobada por la Comisión administrativa de las Comunidades Europeas para la seguridad social de los trabajadores emigrantes.

servicios. Ello significa, pues, que la referida norma sólo atañe al régimen de acceso a la prestación (así, en cuestión de totalización de periodos de seguro o de residencia, art. 18, en cuanto al disfrute de la prestación en el lugar de residencia, art. 19, a la adquisición del derecho en el Estado al cual sea trasladada la residencia durante la situación de maternidad, art. 22, o el acceso a la prestación por ciertos perceptores de rentas periódicas, arts. 27 y 28 del Reglamento 1408/71)⁷⁷, pero no a su contenido⁷⁸, lo cual excluye mayor comentario al respecto.

Debe aludirse, asimismo, a la regulación comunitaria de las “prestaciones familiares” conocidas en todos los Derechos europeos, cuya finalidad es la de ayudar al sostenimiento de las cargas familiares como consecuencia de la merma de ingresos que supone para el beneficiario el abandono parcial (reducción de la jornada: v.g., prestación de crianza en el Derecho alemán) o total del trabajo con objeto de dedicarse al cuidado y educación de sus hijos. A tales prestaciones se refiere el Reglamento 1408/1971, en su artículo 1 a) i⁷⁹. En tanto las mismas se inscriben dentro de las políticas familiares nacionales, su amplitud las aparta de la condición de trabajador, situándolas en la de ciudadano. Rompiéndose tal nexo de unión, tampoco van a ser objeto de análisis exhaustivo o mayor examen que el apuntado en las notas introductorias al tema de la protección jurídico-social de la familia, insertas en las primeras páginas de este trabajo. En consecuencia, la atención se centrará en aquellas otras en las que está presente esa estrecha unión entre la medida protectora y la condición de trabajador. O, lo que es lo mismo, aquellas medidas que tutelan la compatibilidad entre el trabajo y las cargas familiares, introduciendo, por tanto, adaptaciones en las condiciones de trabajo, que tienen reflejo en el campo de la protección social de índole económica, es decir, en el ámbito de la Seguridad social, vehiculándose a través de prestaciones públicas.

⁷⁷ La Circular 23/1986, de 25 de junio, del INSS, *sobre aplicación de dichos reglamentos, en lo que concierne a las prestaciones de enfermedad-maternidad, accidente de trabajo y enfermedades profesionales*, dicta instrucciones en materia de cálculo de periodos de seguro, de empleo o de residencia a efectos del derecho a prestaciones, entre otras cuestiones.

⁷⁸ Una salvedad a dicha regla general se contiene en el art. 23, sobre cálculo de las prestaciones en metálico, en el que se establece que cuando en un Estado miembro se efectúe el cálculo de la prestación en metálico en función de unos ingresos medios o de una base de cotización media (lo cual sucede en el Derecho español), dicho promedio se hallará exclusivamente en función de los ingresos o bases de cotización aplicadas durante los periodos cubiertos bajo la legislación al amparo de la cual se concede la prestación. Cuando el promedio referido se calcule a tanto alzado, se procederá de igual manera, es decir, teniendo en cuenta los correspondientes a los periodos cubiertos bajo la legislación referida. Ello supone utilizar un parámetro temporal inferior al previsto en la legislación de cobertura si el trabajo prestado en tal Estado no alcanza el que dicha normativa toma como base.

⁷⁹ Sobre interpretación del concepto comunitario de “prestaciones familiares”, vid. STJCE (Sala Quinta), de 10 de octubre de 1996, Asuntos *Hoever* y *Zachow* contra Land Nordrhein-Westfalen (C-245/1994 y C-312/1994, acumulados), RTJCE 1996, 179.

6. El alcance de la protección social en los sistemas de Seguridad Social europeos.

En todos los sistemas de protección social europeos la maternidad, en cuanto momento del parto o de la adopción de menores de cierta edad, es una contingencia objeto de tutela, tanto a través de prestaciones en especie como en metálico. Por lo que respecta a las prestaciones en metálico, su forma de cálculo suele estar referida al salario anterior de la beneficiaria (es decir, el que venía percibiendo con anterioridad al inicio del descanso), lo cual significa que en todos los casos se ha optado por el criterio de la proporcionalidad de la prestación (recurriendo a la técnica de la sustitución del salario, ya sea de forma parcial o íntegra), desechando el mecanismo de la concesión de un subsidio o ayuda de cuantía fija, propio de las prestaciones de índole asistencial o de carácter no contributivo.

Partiendo de la unidad de criterio en tal sentido que parece ser el común denominador de todos los sistemas europeos de Seguridad Social, a la hora de determinar la cuantía de la prestación la homogeneidad es menor, pudiendo comprobarse cómo ciertas legislaciones son más generosas que otras.

En cuanto al régimen de acceso a la prestación, se aprecia también la existencia de criterios similares para “evaluar” si la trabajadora resulta o no acreedora del derecho a una prestación pública.

La regla general es la exigencia de un periodo previo de seguro o de carencia, que es de doce semanas (comprendidas entre los meses décimo y cuarto anteriores al parto) en Alemania, seis meses en Bélgica, 120 horas durante las 133 semanas anteriores en Dinamarca (trabajadores por cuenta ajena), en atención a la cuantía del SMI en Francia, 200 días en los últimos dos años en Grecia, 39 semanas en los doce meses anteriores al comienzo del descanso o 39 desde que se produjo el aseguramiento en Irlanda, 6 meses en Portugal, ó 26 semanas en el periodo de 52 (que han de ser anteriores a las 15 previas al parto) en el Reino Unido.

En algunos de ellos se sustituye, sin embargo, la exigencia de la cotización por la de la afiliación o incluso la residencia en el país. Es el caso de Luxemburgo, en el que la afiliación debe tener una duración de seis meses durante el año anterior al parto para acceder a la indemnización económica por maternidad, y la prestación por maternidad “asistencial” (concedida cuando no haya lugar a la indemnización anterior) se somete a la previa acreditación de un año de residencia.

En los sistemas más rígidos, en cambio, entre los que no se encuentra ya el español, el requisito de la afiliación debe superponerse al de la cotización: así,

Francia, donde la afiliación ha de ser de al menos diez meses anteriores a la fecha del parto⁸⁰.

Hechas las anteriores consideraciones, procede entrar en el examen de cada una de ellas, no sin advertir que a continuación serán tratados aquellos aspectos de la prestación que sean estrictamente económicos, es decir, que se refieran al contenido de la misma. La razón es que el régimen de titularidad del derecho (salvo en aquellos de índole únicamente “prestacional” o que presenten una cara diferenciada cuando se ponen en relación con la legislación de Seguridad Social) así como la duración del descanso durante el cual se recibe la prestación en metálico (y que, por tanto, funcionará también de parámetro temporal para la fijación de la duración de la prestación, existiendo entre ambos periodos una identidad absoluta, al estar condicionado el segundo de ellos al primero, la duración de la suspensión del contrato de trabajo), han sido ya analizados en el título precedente.

Obsérvese que en algunas de las legislaciones que van a ser examinadas la maternidad recibe un tratamiento de conjunto, siendo objeto de regulación en un mismo cuerpo legal tanto el periodo de descanso y su régimen de ejercicio (que se conecta a una relación de trabajo en vigor), como el régimen de prestaciones que desde el sistema de la Seguridad Social nace para tutelar dicha situación. Tal es el caso de Portugal, o, en el continente americano, de Chile.

Por último debe advertirse que, si bien el interés se centra en el continente europeo, se ha optado por introducir algunos elementos de comparación con legislaciones extra-europeas, para obtener una visión más amplia del panorama legal al respecto de la protección de la maternidad fuera de nuestras fronteras. Por ello, a continuación figuran por separado las legislaciones europeas y las extra-europeas⁸¹:

LEGISLACIONES EUROPEAS

- **Alemania:**

Las prestaciones por maternidad se regulan en el Código de Seguros Sociales (*Reichsversicherungsordnung*), de 19 de julio de 1911⁸², y en la Ley de protección de la maternidad (*Mutterschutzgesetz*), de 24 de enero de 1952, con las modificaciones habidas en los años sucesivos: entre ellas, la operada por la *Ley sobre el permiso y el*

⁸⁰ Teresa LÓPEZ LÓPEZ: “La protección social a la familia en España y en los demás Estados miembros de la Unión Europea”. Informe incluido en la obra *Pensiones y prestaciones por desempleo*, Documento de la *Fundación BBV*, marzo 1996.

⁸¹ Se utiliza de nuevo (como en el Título anterior) el criterio de la existencia de Convenio de Seguridad Social con España.

⁸² La Ley de 9 de junio de 1922 reorganizó tal seguro. En dicha ley se reconoce el derecho a la protección económica a aquellas mujeres que en el año anterior al parto hubieran estado aseguradas (ellas o su padre o suegro) seis meses. Dicha prestación consistía en un subsidio diario durante las cuatro semanas anteriores al parto y las seis posteriores al mismo, así como en una prestación supletoria de lactancia hasta la 13ª semana siguiente al parto.

subsidio para crianza de hijos, de 6 de diciembre de 1985, - *Bundeserziehungsgeldgesetz, "BErzGG"*-, a su vez modificada en 25 de julio de 1989, (*Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub*) y por la Ley de 17 de diciembre de 1990.

Las prestaciones por maternidad son de dos tipos: las prestaciones en especie o prestaciones sanitarias y las prestaciones en metálico o subsidio por maternidad (reconocida también en favor de las esposas e hijas del trabajador asegurado), en cuyo caso el nacimiento se condiciona al cumplimiento de un periodo de seguro o afiliación previo de doce semanas, que habrán de haberse completado entre el décimo y el cuarto mes anterior al parto⁸³. De cualquier modo, la prestación tiene carácter subsidiario respecto del salario, lo cual significa que, de conservarse el derecho al mismo, quedará vedado el acceso a la primera.

El subsidio pretende garantizar el mantenimiento del salario medio neto de la persona asegurada⁸⁴. De ahí que su cuantía sea ésta (no debiéndose sobrepasar un máximo diario), en atención a la jornada parcial desarrollada por el beneficiario (se trata de una condición de acceso a la prestación). La diferencia resultante habrá de ser compensada por un suplemento pagado por el empleador, de cuantía superior cuando se trate de trabajadoras que no deban ser obligatoriamente aseguradas.

- **Bélgica:**

El seguro de maternidad (*assurance maternité*) se integra dentro del seguro de enfermedad-invalidez, siendo regulado en la Ley de 9 de agosto de 1963, sobre el seguro de enfermedad-invalidez (al que la Ley programática de 22 de diciembre de 1989 introdujo un nuevo título IV bis, relativo al seguro de maternidad). Sin embargo, la referida ley de 1989 disocia la contingencia de maternidad del concepto general de incapacidad para el trabajo.

Con él se cubre la pérdida de ganancia durante el reposo tras el parto. Su financiación se realiza a través de la cotización patronal del 0,12%, dirigida al sector de subsidios por enfermedad-invalidez.

La cuantía de tales subsidios, abonados a la trabajadora a través de su mutua, asciende al 82% de la remuneración bruta durante los treinta primeros días de descanso y al 75% a partir del trigésimo primero, con un límite máximo de 94.265 francos durante el año 1997.

⁸³ En su defecto, se regula una prestación por nacimiento, prevista para aquellas personas que no tengan derecho al subsidio por maternidad.

⁸⁴ Según afirma el Gobierno alemán en la STJCE (Sala Quinta), de 10 de octubre de 1996, Asuntos *Hoever* y *Zachow* contra Land Nordrhein-Westfalen (C-245/1994 y C-312/1994, acumulados, RTJCE 1996, 179), la prestación de crianza no persigue la finalidad de una "prestación familiar" (es decir, compensar cargas familiares), sino la de retribuir al progenitor que asume la educación de un hijo.

Con independencia de tales prestaciones, y en el marco de las prestaciones familiares, la Seguridad Social belga otorga, entre otras, *prestaciones por nacimiento* (*allocations de naissance* y *prima d'adoption*⁸⁵, en caso de adopción), tanto a trabajadores asalariados como a otros tipos de beneficiarios, lo cual significa que no se conectan a una relación de trabajo en vigor. Sin embargo, existe un diferente régimen jurídico para ambas categorías de beneficiarios. En lo que respecta a los trabajadores asalariados (art. 73 bis L.C.), la prestación por nacimiento es compatible con el subsidio por maternidad, dependiendo su cuantía del hecho de que el hijo nacido sea o no el primero (se establecen dos rangos de prestaciones: una de mayor cuantía para el primer hijo o los múltiples hijos nacidos de un mismo parto y otra de inferior cuantía para los siguientes). Puede solicitarse a la caja de compensación para subsidios familiares ("caisse de compensation pour allocations familiales"⁸⁶) a partir del sexto mes de embarazo, obteniendo su pago desde el segundo mes anterior a la fecha prevista para el parto⁸⁷.

- **Dinamarca:**

El sistema danés de Seguridad Social prevé dos órdenes de prestaciones:

1. Cualquier mujer residente en Dinamarca tiene derecho a las prestaciones sanitarias por maternidad, que incluyen exámenes médicos de carácter preventivo, hospitalización o atención domiciliaria y transporte gratuito al lugar donde tengan lugar los exámenes o la hospitalización.
2. En cuanto a las prestaciones en metálico por maternidad y nacimiento de hijo, están condicionadas a la existencia de un periodo de empleo de trece semanas con anterioridad al inicio de la licencia por maternidad y una cifra de 120 horas de trabajo durante tal periodo o bien haber recibido en el mismo plazo prestaciones por enfermedad, maternidad o desempleo, o haberse hallado en el disfrute de vacaciones retribuidas (todos estos periodos se consideran como tiempo de permanencia en el mercado laboral, requisito exigido para el acceso al la prestación).

La cuantía de dicho subsidio se calcula según las reglas del subsidio por enfermedad, es decir: teniendo en cuenta los salarios por hora que la trabajadora (y el trabajador, que tiene derecho a una prestación de dos semanas de duración tras el nacimiento del hijo, de forma simultánea, por tanto, a la de la madre) hubiera recibido de no haberse interrumpido la prestación laboral. Existe, en cualquier caso, un nivel

⁸⁵ Introducida por la Ley de 30 de diciembre de 1992, *Moniteur Belgue* de 9 de enero de 1993.

⁸⁶ La entidad gestora de la prestación es la *Office National d'Allocations Familiales pour Travailleurs Salariés*.

⁸⁷ Para mayor información al respecto, vid. OFFICE NATIONAL D'ALLOCATIONS FAMILIALES POUR TRAVAILLEURS SALARIÉS: "L'allocation de naissance. Documentation relative aux allocations familiales pour travailleurs salariés." 5ª edición, 1995.

máximo aplicable a la prestación, relacionado con el nivel salarial promediado de Dinamarca (en 1997, 2.617 coronas semanales).

Su pago se realiza por la administración local, aunque cabe que el empresario mantenga el salario, siendo reintegradas las cantidades satisfechas por la autoridad local.

También la *licencia parental* está cubierta por la Seguridad social, con una prestación del 70% del subsidio diario por maternidad, que puede complementarse por parte de las autoridades locales con una cantidad, pagada en concepto de compensación del salario, máxima de 35.000 coronas danesas anuales.

- **Francia:**

Los artículos L 122-28-1 a L-122-32 del Code du Travail regulan dos tipos de licencias, ambas cubiertas con las prestaciones de la Seguridad social reconocidas en el *Code de la Sécurité sociale* (capítulo 2 del título III del Libro V): el *congé maternité*, o permiso por maternidad (o por adopción, *congé d'adoption*), al que corresponden las prestaciones nacidas de la *assurance maternité*, y el *congé parental d'éducation*, o licencia parental, objeto de las prestaciones familiares (*allocation parentale d'éducation*).

En cuanto al *congé maternité*, la maternidad se protege en el Derecho francés junto a la enfermedad como una misma contingencia (“assurance maladie maternité”) a efectos de asistencia sanitaria, y como contingencia propia (“assurance maternité”) a efectos de prestaciones en metálico.

El reconocimiento de prestaciones en metálico exige la afiliación con un antelación de diez meses a la fecha del parto, condicionándose asimismo al respeto de un periodo mínimo de descanso de ocho semanas.

La cuantía del subsidio diario (“*Indeminité journalière*”) es equivalente al salario diario de la trabajadora, hecha detracción de las cotizaciones sociales de origen legal o convencional, sino la cuantía mínima para el año 1997 de 46,98 francos por día y la máxima de 362,21 francos).

En lo que atañe al *congé parental d'éducation* (para el cuidado de hijos naturales o adoptados menores de tres años), inscrito en el cuadro de prestaciones familiares puede encontrarse una *allocation parentale d'éducation*, sometida a un único requisito: el ejercicio de una actividad profesional de dos años dentro de los diez que preceden al nacimiento (o adopción). Su disfrute da derecho a la conservación de las prestaciones sanitarias del seguro de enfermedad y maternidad (art. L. 161-9 del *code du travail*).

La prestación es compatible con un trabajo a tiempo parcial, cuyo único efecto sobre aquélla será el de provocar un decremento de su cuantía, desde los 3.006 francos por mes hasta los 1.988 francos (o 1.503 si la actividad a tiempo parcial se presta en jornadas de duración superior al 50% y hasta del 80% de la jornada ordinaria).

Su duración es coincidente con la interrupción del trabajo (o, en su caso, la reducción de jornada), si bien en caso de nacimientos múltiples (tres o más) puede prolongarse hasta el sexto aniversario de los hijos.

A tales prestaciones debe adicionarse un beneficio especial consistente en el abono de las cotizaciones a la contingencia de vejez.

- **Italia:**

En virtud de la Ley 1204/1971⁸⁸, la *abstención obligatoria* del trabajo (o periodo obligatorio) da a la trabajadora por cuenta ajena derecho a disfrutar de una prestación o *indennità giornaliera* de cuantía equivalente al 80% de la retribución media diaria correspondiente al mes inmediatamente precedente al inicio del descanso. Ésta incluye la prorrata de la gratificación natalicia y la paga extraordinaria, así como de las otras remuneraciones previstas en ley o contrato. Su nacimiento no exige requisito alguno de afiliación y contribución previa (basta, por el contrario, que el contrato de trabajo esté en vigor en el momento de iniciarse el descanso obligatorio).

El subsidio es abonado por el empresario, por cuenta del INPS (Instituto Nacional de Previsión social), salvo ciertos casos, en los que la especial relación de trabajo que une a la trabajadora con el primero (trabajos eventuales, agrícolas...) motiva el pago directo por dicha entidad. Posteriormente se resarcirá ante la misma compensando los pagos con las cotizaciones debidas.

Su percepción es incompatible con las prestaciones de desempleo y de integración salarial (art. 7.8º de la Ley n. 223 de 1991)⁸⁹.

El periodo de prestación supone el reconocimiento de cotizaciones hipotéticas, que tendrán efectos en materia de pensiones (art. 8 de la ley n. 155 de 1981, con las reformas introducidas en 1992 y 1995 (decreto legislativo n. 503 de 1992 y ley n. 335 de 1995, de reforma de las pensiones)⁹⁰.

En cuanto a la *astensione facoltativa* (licencia parental que puede disfrutarse durante los seis meses sucesivos al periodo de descanso obligatorio, sustituible por un permiso diario retribuido de dos horas), la prestación o *indennità giornaliera* asciende al 30% de la retribución (con exclusión de la parte proporcional de la paga

⁸⁸ Ciertas categorías de trabajadoras se rigen por normas especiales: v.gr., las trabajadoras a domicilio, domésticas y agrícolas.

⁸⁹ Por otra parte, el periodo de prestación goza de especial tratamiento a efectos de la permanencia en las listas de movilidad con fines de inserción laboral, así como para obtener el subsidio de movilidad ("*indennità di mobilità*"), cuyo reconocimiento exige haber prestado seis meses de trabajo efectivo (Corte costituzionale n. 423 de 1995).

⁹⁰ También la licencia o suspensión del contrato de trabajo por causa de enfermedad del hijo menor de tres años (certificada médicamente) tiene eficacia en materia de pensiones.

extraordinaria). No se reconoce en favor de las trabajadoras a domicilio ni a las afectas al servicio doméstico y familiar.

- **Luxemburgo:**

La protección a la maternidad desde el punto de vista de la Seguridad Social se efectúa por el Código de seguros sociales (*Code des assurances sociales*), cuya regulación debe ser complementada por lo dispuesto en las leyes que, afectando a la protección de la maternidad de la mujer trabajadora, contienen una regulación integral respecto de todos los ámbitos en los que puede incidir el estado de gravidez de la trabajadora (tutela de la salud, prohibición de despido...). Tal es el caso de la *Loi concernant la protection de la maternité de la femme au travail*, de 3 de julio de 1975.

En cuanto a las prestaciones por maternidad, se regulan en el capítulo 4 (“prestations en nature et en espèces en cas de maternité”) de dicha ley, cuyo art. 8 modifica el art. 13 del *Code des assurances sociales* (ya modificado por la ley de 2 de mayo de 1974). Según dicho precepto, las trabajadoras afiliadas a uno o más regímenes de seguro de enfermedad tendrán derecho a prestaciones por maternidad, si cumplen los requisitos exigidos (la previa afiliación durante un mínimo de seis meses dentro del año inmediatamente anterior al parto)⁹¹.

Las prestaciones son de dos tipos: sanitarias (incluyendo productos farmacéuticos y dietéticos para bebés, hasta una cuantía máxima) y económicas. En este último caso, la indemnización pecuniaria, que sólo será reconocida si no se conserva el derecho al salario durante el permiso por maternidad (por tanto, tiene carácter subsidiario), asciende a una cantidad equivalente a la de enfermedad. El art. 13.3 señala como cuantía máxima la doceava parte de la remuneración máxima establecida en el art. 100 de la ley de 29 de agosto de 1951, *sobre reforma de las pensiones de los empleados del sector privado*.

En cualquier caso, su naturaleza es salarial a los efectos de la ley de 11 de noviembre de 1970, sobre cesiones y embargos sobre remuneraciones del trabajo y sobre pensiones y rentas.

En cuanto a su financiación, corre a cargo del Estado, siendo avanzadas por las cajas de enfermedad (“caisses de maladie”) y reembolsadas trimestralmente por el organismo que designe por el Gobierno.

⁹¹ En caso de fallecimiento de la madre, la indemnización será abonada a la persona que se haga cargo del bebé.

- **Portugal:**

La norma que regula las prestaciones por maternidad es el Decreto-Ley número 154/88, de 29 de abril (que tiene como norma de referencia la *Ley nº 4/1984, de 5 de abril, de protección de la maternidad y de la paternidad*, modificada por la Ley nº 17/1.995, de 9 de junio).

Las prestaciones previstas en el Derecho portugués se dirigen a la tutela tanto del hecho de la procreación como del cuidado de los hijos, pues también se reconoce un subsidio en caso de hacer uso de una licencia para el cuidado de hijos en caso de enfermedad de éstos, así como en caso de *riesgo específico* para la salud de la trabajadora embarazada⁹². A ellos deben añadirse los *subsídios de nacimiento* (indemnización a tanto alzado otorgada por cada hijo nacido con vida) y *de lactancia* (cuya duración es la de los diez primeros meses de vida del bebé).

En lo que se refiere a las prestaciones por maternidad, consisten en un subsidio de maternidad, de paternidad o por adopción, cuya cuantía diaria es equivalente al valor de la remuneración de referencia del beneficiario calculada del siguiente modo: la remuneración de los seis meses anteriores al segundo mes anterior a la fecha del hecho determinante de la protección se dividirá por 180 para hallar el subsidio diario (art. 10.1 D-L 154/88)⁹³. La cuantía final no podrá ser en ningún caso inferior al 50% del valor diario de la remuneración mínima establecida para el respectivo sector de actividad.

Están excluidos de tales prestaciones aquellos beneficiarios que recibieran pagos periódicos por parte de la empresa sin contraprestación de trabajo, denominadas “prestaciones de pre-reforma”, así como quienes lo fueran de un subsidio de desempleo (art. 5 del Decreto-Ley número 154/88, de 29 de abril).

El régimen de acceso a la prestación pasa por la exigencia de un periodo de calificación de seis meses civiles de trabajo, seguidos o interpolados (siendo totalizados todos los periodos de trabajo registrados en cualquier régimen de protección social de inscripción obligatoria). De no acreditarse remuneraciones durante seis meses consecutivos, el cómputo de dicho plazo se inicia a partir del mes en el que se verifique nuevo registro de remuneraciones.

Los periodos de percepción de tales subsidios reciben la consideración de asimilados a días de cotización (art. 22 D-L. 154/88).

⁹² En ambos casos la cuantía del subsidio es del 65% de la base de cálculo del subsidio por maternidad.

⁹³ Los números dos y tres establecen el método de cálculo de la prestación en ciertas situaciones especiales profesionales de espectáculos y situaciones en las que los periodos de empleo sean inferiores a los previstos en la norma general).

- **Reino Unido:**

La legislación británica prevé dos tipos de beneficios de carácter económico⁹⁴ para cubrir el periodo de interrupción de la prestación laboral: la Statutory Maternity Pay (SMP) y la Maternity Allowance (MA), reguladas en “The Statutory Maternity Pay (General) Regulations 1986” (SI 1986 N° 1960), así como en la “Social Security Contributions and Benefits Act 1992”,

Statutory Maternity Pay (SMP) o salario legal de maternidad: durante el descanso ordinario (*maternity leave*), el empresario queda obligado a abonar el promedio del salario de una semana, sobre el número de horas ordinario de trabajo en dicho periodo semanal⁹⁵, computándose las horas extras sólo si así lo prevé el contrato de trabajo.

Su reconocimiento no es incondicional, sino que exige un mínimo de ingresos, que se corresponden con la Clase 1 de cotización al Seguro Nacional (en el año 1997, y hasta el 5 de abril de 1998, un promedio de 62 libras semanales, límite por debajo del cual no se cotiza al sistema⁹⁶. Será calculado sobre las remuneraciones de las ocho semanas anteriores al comienzo de la decimoquinta semana anterior al parto⁹⁷) y el cumplimiento del requisito de “empleo continuo” para el mismo empresario (que será de 26 semanas, computadas hasta la decimoquinta semana anterior a la fecha prevista para el parto)⁹⁸, además de cumplir el requisito de continuar al servicio del empresario en la semana decimoquinta semana anterior a la fecha prevista para el parto (denominada *qualifying week* o semana de calificación).

Deberá asimismo comunicarse anticipadamente la intención de hacer uso de la licencia por maternidad, aportando certificado médico. Una vez adquirido el derecho, se conservará con independencia de la suerte que pueda correr la relación de trabajo, o el destino de residencia del beneficiario (así lo dispone la *Statutory Maternity Pay Regulations 1987*, SI 1987 N° 418).

La cuantía del SMP es habitualmente del 90% del salario⁹⁹ durante las primeras seis semanas y de (desde el 6 de abril de 1997 hasta el 5 de abril de 1998) 55,70 libras

⁹⁴ En cuanto a las prestaciones en especie, el inicio del embarazo otorga a la trabajadora derecho a beneficiarse de prestaciones de asistencia sanitaria gratuita, con inclusión de la prestación farmacéutica y ayuda para la adquisición de lentes de corrección óptica.

⁹⁵ Si dichos ingresos son variables, deberán promediar los correspondientes a las doce semanas anteriores a la suspensión del contrato.

⁹⁶ El límite máximo está fijado en 465 libras, por encima de las cuales el empresario queda eximido de cotizar a la Seguridad social.

⁹⁷ Dicha semana recibe la denominación de *semana de calificación (qualifying week)*.

⁹⁸ La norma general sufre ciertas excepciones, tales como la que deriva del supuesto especial del empleado al servicio de una agencia de trabajo (temporal).

⁹⁹ La fórmula de cálculo es la siguiente: en el caso de que la remuneración sea mensual y la fecha del devengo de la misma sea el último día del mes de trabajo, la base salarial de referencia está constituida por las remuneraciones de los dos meses anteriores al inicio del descanso, dividiéndose

(cuantía mínima) durante las otras doce semanas. Cualquier incremento salarial deberá tener su correspondiente reflejo en la cuantía del subsidio. De resultar la cuantía del subsidio inferior al estándar previsto en la ley, será ésta la cuantía recibida.

Que sea abonado por el empresario (recibiendo el mismo tratamiento legal que el salario, incluso en lo que al devengo respecta) no significa que no se trate de una prestación del sistema de la Seguridad Social, ya que tales pagos tienen la naturaleza de pagos delegados, siendo reembolsado el 92% del coste de la prestación adelantada al empresario, o incluso el 105,5% en caso de pequeñas empresas (cuya determinación se realiza acudiendo al criterio de la base imponible en el año fiscal precedente, que no ha de ser superior a 20.000 libras).

Su disfrute es incompatible con el trabajo. Sin embargo, éste no produce la extinción automática del subsidio, sino únicamente la pérdida del que corresponde a la semana en la que se haya trabajado (sin que ello suponga prolongar la prestación más allá de las 18 semanas preceptivas), salvo que se trate de empresario distinto a aquel para el se prestaban servicios en la semana de calificación.

En cuanto al periodo de prestación, no es exactamente coincidente con el descanso por maternidad, sino que comienza el domingo siguiente al día de inicio de éste. El retraso en la fecha prevista para el parto no introduce alteración alguna en el régimen jurídico de la prestación, de igual modo que el nacimiento de más de un hijo da lugar al nacimiento de una prestación idéntica a la que corresponde en partos simples. No ocurre lo mismo con los nacimientos prematuros de criaturas inviables - aquellos que se producen en fecha anterior a la vigésimoquinta semana de embarazo-, en cuyo caso la prestación nacida será la de enfermedad, no la de maternidad. Si, por el contrario, el aborto tiene lugar después de dicha fecha, la situación se equipara al nacimiento de hijo vivo.

En caso de que la ausencia del trabajo se deba a enfermedad directamente ocasionada por el embarazo, la prestación devengada será la de maternidad, pero si la razón es ajena a dicho estado, nacerá la prestación por enfermedad, que se prolongará hasta el momento del parto.

Maternity Allowance (MA) o asignación por maternidad, regulada en *The Social Security (Maternity Allowance) Regulations 1987*: funciona como prestación subsidiaria de la anterior. Se abona, durante un periodo de 18 semanas (debe hacer notar que el periodo de descanso o *maternity leave* es de catorce semanas), por la “Benefits Agency” a aquellas trabajadoras que no accedan a la SMP por ausencia de contribuciones al National Insurance durante un periodo de referencia (*test period*) de 66 semanas, contadas hasta la semana anterior al nacimiento del hijo. Debe concurrir una condición, de índole contributiva: haber estado empleadas y contribuido durante

por dos, multiplicándose por doce y de nuevo dividiéndose por 52, de lo cual resulta el promedio de ingresos semanales.

un periodo de 26 semanas durante el periodo de referencia anterior, no siendo computables cotizaciones diferentes¹⁰⁰ (*Social Security Contributions and Benefits Act 1992*, Sección 35 y apéndice 3, parte I, parágrafo 3). De no reconocerse esta prestación, la entidad gestora estudiará de oficio la posibilidad de acceder en su defecto al subsidio por enfermedad (“sickness benefit”)¹⁰¹, cuya duración será de seis semanas anteriores y catorce días posteriores al nacimiento del hijo.

La cuantía de dicho subsidio en 1997 es de 55,70 libras semanales (y de 48,35 libras para las desempleadas), pudiendo complementarse con 29,15 libras más cuando exista cónyuge a cargo con remuneraciones inferiores a dicha cuantía (“extra benefit for dependant”).

Como en el caso de la SMP, la prestación nace en la semana elegida por la beneficiaria, no pudiendo ser tal momento anterior a la undécima semana previa a aquella en la que se espera que tenga lugar el parto. En cualquier caso, su nacimiento será automático en el momento del parto o si la trabajadora se ausenta desde la sexta semana anterior a la fecha de alumbramiento por razones fundadas en su estado de gravidez.

Ninguna prestación se conecta directamente al ejercicio del derecho a *maternity absence* o licencia especial por maternidad (que transcurre desde el fin de la licencia maternal hasta el final de la 28ª semana posterior al parto).

- **Suiza:**

En Suiza, igual que en los Países Bajos, no se devengan prestaciones en metálico por maternidad, porque se dispone (en ambos casos en el Derecho común, regulador de las obligaciones contractuales y los contratos en particular, entre los que se incluye el de trabajo) la conservación del derecho al salario durante la interrupción de la prestación laboral.

El *Code des obligations* (CO) reconoce el derecho a mantener el salario durante la suspensión del contrato. Durante tal periodo (como en caso de imposibilidad para el trabajo por enfermedad o accidente) el empresario está obligado a abonar el salario durante un tiempo limitado, que dependerá de la antigüedad de los servicios (art. 324.1 y 3 CO).

¹⁰⁰ Tales como las cuotas reducidas que aportan ciertas viudas y casadas, entre otras.

¹⁰¹ De no calificarse para la obtención de ninguno de los subsidios, o en caso de producirse por causa de la ausencia temporal una caída de los ingresos de la trabajadora por debajo de sus necesidades, el sistema británico prevé una prestación subsidiaria, de carácter asistencial: la ayuda de ingresos (“income support”), siempre y cuando cumpla los requisitos previstos en su normativa reguladora.

Por otra parte, el seguro de enfermedad (“assurance-maladie”), regulado en la Ordenanza de 27 de junio de 1995, proporciona prestaciones médicas¹⁰², para cuyo reconocimiento se exige a la trabajadora un periodo de residencia en Suiza de 270 días sin interrupciones superiores a tres meses.

No existe, sin embargo, en el Derecho suizo, subsidio por maternidad (a pesar de estar prevista el mantenimiento de la obligación salarial del empresario, la incapacidad para el trabajo sí está cubierta por prestación de la Seguridad social), que, por el momento, no es más que un proyecto (proyecto de ley federal sobre “l’assurance-maternité”, de 22 de junio de 1994) objeto de discusión parlamentaria, habiendo sido sometido previamente a consulta pública (cuyo resultado ha sido la aceptación, aunque en algunos casos con ciertas objeciones o sugerencias, por parte de 19 cantones y el rechazo por otros 7)¹⁰³.

En dicho proyecto se prevé la compensación íntegra de la pérdida salarial (limitada a la cuantía anual máxima de 97.200 francos) durante los periodos de descanso, prestación que será financiada a partir de la cotización pagada a partes iguales por empresario y trabajador, siendo en ambos casos del 0,2%.

LEGISLACIONES EXTRAEUROPEAS

- **Australia**

La ley federal sobre el subsidio por maternidad, de 1996 (Federal Government’s Maternity Allowance), introduce en el Derecho australiano el subsidio por maternidad. Se trata, por tanto, de una recientísima prestación, de pago a tanto alzado (su cuantía es, para 1997, de 870,30 dólares australianos, equivalente a la remuneración de seis semanas. Esta cuantía es incrementada, cada abril y septiembre, de acuerdo con la evolución del índice de precios al consumo) en el momento del nacimiento o adopción del hijo, aunque se anuncia que, desde el 1 de enero de 1998, y con finalidades médicas, de atención a la salud de los recién nacidos -garantizar que se realizan las vacunaciones obligatorias-, la ayuda por maternidad será abonada en dos plazos, uno de 750 dólares después del nacimiento, y otro de 200 dólares una vez transcurridos 18 meses, y una vez se haya comprobado que efectivamente el bebé ha recibido el cuidado médico adecuado a su edad en lo que se refiere a las preceptivas vacunaciones.

La finalidad de dicha prestación es doble: compensar a los padres de los costes que genera el nacimiento del hijo y proporcionar las rentas que dejan de percibirse por

¹⁰² Existe además un conjunto de prestaciones, de índole familiar, inscritas en el sistema cantonal, complementario del federal: las *allocations de naissance*, de cuantías entre los 600 y los 1.500 francos, según cantón, y la *allocation d’accueil* para los hijos adoptados, prevista en algunos cantones, de cuantía idéntica a la del de nacimiento.

¹⁰³ Fuente: DEPARTEMENT FEDERAL DE L’INTERIEUR: “Résultats de la procédure de consultation relative à l’avantprojet de loi fédérale sur l’assurance-maternité”. Comunicado de presee. Suiza. Junio 1995.

la interrupción del trabajo. Sin embargo, no se concede indiscriminadamente por la sola concurrencia del presupuesto de hecho, al estar prevista como prestación de carácter asistencial y, por tanto, sometida al requisito de necesidad demostrada, estandarizada en un umbral de rentas anuales fijado (para el año 1997) en 65.743 dólares australianos (equivalente al doble del nivel medio del salario semanal) por familia con un solo hijo, incrementándose dicho límite en 3.288 dólares más por cada hijo adicional. El tope aplicado a las rentas familiares se completa con un segundo límite, referido al patrimonio familiar, que no podrá exceder de 602.500 dólares. Además del requisito económico, debe acreditarse la residencia en el país durante el periodo de las trece semanas siguientes al nacimiento.

Dicho régimen de acceso a la prestación debe ponerse en relación con la obligación empresarial -prevista en convenio colectivo, al que se difiere la regulación de la materia¹⁰⁴- de abonar al beneficiario el salario correspondiente a la licencia maternal, de modo que la prestación de la Seguridad Social australiana funciona como complemento, de índole asistencial, a la “prestación” de origen empresarial para aquellas familias con especiales necesidades económicas.

Las anteriores normas pueden, a su vez, ser mejoradas por la legislación estatal correspondiente a cada uno de los miembros de la Federación.

• Chile

Conforme al art. 19 de la Ley número 18.469, durante el periodo de permiso maternal regulados en el *Código del Trabajo* (D.F.L. n° 1/94, Título II, “De la Protección a la Maternidad”, arts. 194 a 208), las trabajadoras dependientes del sector privado tendrán derecho a un subsidio, cuyo otorgamiento se regula en el D.F.L. número 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social (sobre subsidio por incapacidad laboral) y en la Ley número 18.418. Ambas distinguen entre las trabajadoras dependientes del sector privado y las del sector público o municipal o afectas a estatutos especiales:

- En virtud del art. 4 de dicho D.F.L., el reconocimiento del derecho está condicionado a la previa afiliación por un periodo mínimo de seis meses y a un periodo de cotización mínimo de tres meses dentro de los seis meses anteriores al inicio de la licencia médica.
- Las trabajadoras dependientes del sector público, por el contrario, no tienen derecho a prestaciones de la Seguridad Social, porque durante tales periodos se les mantiene el derecho al salario íntegro, pudiendo el empleador posteriormente solicitar a la institución de Seguridad Social que corresponda el

¹⁰⁴ La ley federal sobre relaciones industriales, la *Workplace Relations Act 1996*, reconoce el derecho a un permiso sin sueldo, no estableciendo obligación alguna de mantener la remuneración. Vid. los comentarios realizados al respecto en el Título III de este trabajo.

reembolso de lo que habría correspondido a la trabajadora de haber quedado afectada al D.F.L. número 44.

El Derecho chileno otorga prestaciones tanto en los supuestos de descanso con motivo del parto como en el caso de permisos por enfermedad grave del hijo menor de un año. En ambos casos, su fuente de financiación es fiscal. Existen, además, otros permisos por maternidad, cuya cobertura por parte del sistema de previsión social se realiza con cargo a las cotizaciones aportadas por la trabajadora en concepto de cotización para salud (el 7% de su remuneración mensual imponible), siendo gestionada y administrada por el organismo correspondiente, según el sistema de protección a la salud de la trabajadora. Ello significa que se distinguen dos fuentes de financiación: las prestaciones por maternidad en sentido estricto (es decir, aquellas por las que se cubren los periodos de descanso con motivo del parto, así como las ausencias posteriores con motivo de enfermedad grave del recién nacido) son costeadas con cargo a un Fondo Fiscal constituido al efecto, y, en cambio, las prestaciones destinadas a garantizar el mantenimiento de la remuneración en aquellos otros casos en los que los descansos preceptivos resultan prolongados por razones patológicas, en cuyo caso el Fondo en cuestión deja de hacerse cargo de la financiación de las prestaciones, pasando a ser asumido su pago con cargo a una contingencia diferente -la destinada a la protección a la salud-, y por organismo diferente.

Según el art. 198 del Código del Trabajo, "la mujer que se encuentre en el periodo de descanso de maternidad a que se refiere el artículo 195, o de descansos suplementarios y de plazo ampliado señalados en el artículo 196, recibirá un subsidio equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba, del cual sólo se deducirán las imposiciones de previsión y descuentos legales que correspondan."

Por su parte, el art. 199, en el que se regula el permiso por motivo de enfermedad grave del niño menor de un año, reconoce el derecho a disfrutar de idéntico subsidio durante "el periodo que el respectivo servicio determine". El derecho se extiende a aquellos trabajadores que tengan a su cuidado un menor de la misma edad, respecto de quien se la haya otorgado judicialmente la tuición o cuidado personal como medida de protección. También el art. 200 reconoce el derecho a un subsidio de idéntica cuantía por una duración máxima de doce semanas con motivo del cuidado de un menor de edad inferior a seis meses cuya tutela se haya adquirido judicialmente.

- **Ecuador**

El Estatuto del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social contiene un capítulo (el segundo¹⁰⁵) dedicado a la regulación del “seguro de maternidad” (arts. 97 a 101).

Las prestaciones reconocidas a las aseguradas del Régimen General ((las trabajadoras por cuenta ajena del sector privado, ya que el personal al servicio de instituciones públicas tiene derecho a la conservación del salario íntegro durante el periodo de licencia¹⁰⁶) son cuatro¹⁰⁷:

1. asistencia obstétrica, que comprende la prenatal y las de parto y puerperio;
2. subsidio en dinero por maternidad, durante doce semanas, equivalente al 75% de la última remuneración de la afiliada;
3. servicio de Canastilla Maternal (que será entregado en dinero efectivo, en una suma igual al salario mínimo vital general vigente al primer día en cada semestre, y proporcionado a la afiliada dentro de los quince días posteriores al nacimiento del hijo);
4. atención médica integral al hijo de la afiliada durante el primer año de vida, con inclusión de la prestación farmacológica y la hospitalización.

El reconocimiento del derecho requiere la previa cotización al sistema, durante un periodo de seis meses en el año anterior al parto (art. 98, “tiempo de espera”)¹⁰⁸. Asimismo, para la percepción del subsidio será obligatorio el reposo pre y post-natal. Llama la atención el hecho de que, a efectos de prestaciones, todo el periodo de descanso tenga carácter obligatorio, no pudiéndose disponer, por tanto, de ningún periodo libremente por la trabajadora. Dicho subsidio es incompatible con el de enfermedad y con la percepción de remuneración por trabajo “en dinero igual por lo

¹⁰⁵ El Capítulo III contiene las disposiciones especiales de los seguros de enfermedad y maternidad, en relación con las prestaciones médicas.

¹⁰⁶ No obstante, también en el sector privado el empresario está obligado al mantenimiento parcial de la prestación salarial (el 25% del mismo) durante tales periodos.

¹⁰⁷ La redacción del precepto fue modificada por las Resoluciones 783, de 14 de abril de 1992, y 803, de 5 de enero de 1993.

¹⁰⁸ El precepto fue reformado por Resolución 783, de 14 de abril de 1992. ya que con anterioridad existía además un periodo de carencia específico, al exigirse que de las seis semanas por lo menos una debía corresponder al primer trimestre de ese año, articulándose un sistema de doble grado de protección, en virtud del cual la beneficiaria podía acceder, en defecto del cumplimiento de tales requisitos, a una prestación de contenido inferior a la que regula el art. 97. De tal modo, a las aseguradas que, teniendo acreditadas también seis imposiciones mensuales obligatorias, no cumplan la carencia específica, sino que sólo alcancen al menos a dos imposiciones en el año anterior al parto, tienen derecho únicamente a la asistencia prenatal. La reforma del precepto significa dar amparo a este espectro de beneficiarias en lo que respecta a la totalidad de las prestaciones. En cualquier caso, no tienen derecho al subsidio las afiliadas al Seguro Social Campesino, a las que sólo se concede el derecho a canastilla maternal. Tampoco las trabajadoras al servicio de instituciones públicas tienen derecho al subsidio, pero por razones diferentes, al conservar el derecho al salario íntegro.

menos al subsidio” (art. 100). En consecuencia, puede compatibilizarse con la realización de trabajos de escasa retribución, pues parece ser que lo que se declara incompatible no es el trabajo mismo, sino las rentas que de él proceden con el subsidio del sistema de la Seguridad social.

Las prestaciones que regula el art. 97, salvo el subsidio, serán reconocidas también cuando el parto se produzca, por deducirse así de los exámenes médicos, dentro de los once meses posteriores a la fecha del cese.

Durante la percepción de la prestación se mantiene la obligación de cotizar por parte del empleador privado (calculado según “el sueldo o salario completos que percibían dichas aseguradas antes de este periodo”).

De prolongarse la interrupción del trabajo por enfermedad incapacitante para el trabajo, las prestaciones por maternidad se conectarán por un periodo de seis meses con el subsidio en metálico por enfermedad común.

- **República de Filipinas**

La Ley de Seguridad Social (Ley número 1161) regula en su sección 14-A el subsidio por maternidad (“Maternity Leave Benefit”), consistente en un subsidio diario de cuantía equivalente a 100% del salario base del momento en el que se inicie el descanso (el correspondiente al promedio de los seis meses dentro de los doce anteriores al semestre en el que se produzca la contingencia en los que las remuneraciones hayan sido más altas, que se dividirán por 180 para obtener el subsidio diario)¹⁰⁹, ayudas y otros beneficios o el metálico equivalente a dichos ingresos durante el periodo de 60 días (ó 78 en caso de cesárea).

Para su reconocimiento, se exige haber cubierto tres meses de contribuciones a maternidad durante los doce meses precedentes al semestre en el que se produzca el nacimiento, y la trabajadora notifique al empresario su estado de gravidez y la fecha prevista para el parto.

En cuanto al régimen de la prestación, el pago se adelanta por el empresario en dos abonos de cuantía proporcional en el plazo de los treinta días siguientes a la cumplimentación de la solicitud del permiso por maternidad. El sistema filipino contiene una curiosa previsión, según la cual sólo quedan amparados los primeros cuatro partos, no estando cubiertos, en consecuencia, los siguientes (no se incluyen los abortos y los partos frustrados).

¹⁰⁹ Es posible acceder al subsidio desde una situación de inactividad si antes de la extinción del contrato había sido notificado su embarazo al empleador.

- **Méjico**

El art. 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza el derecho a la percepción íntegra del salario durante el descanso por maternidad.

Por lo que respecta a la Ley Federal del Trabajo, el art. 170 reitera las anteriores previsiones, añadiendo que en los periodos prorrogados por imposibilidad para trabajar a causa del embarazo o del parto se conservará el 50% del salario por un periodo no mayor a sesenta días. Sin embargo, el art. 103 de la Ley del Seguro Social exime al empresario del pago del salario hasta los límites establecidos por dicha ley. Ello significa que la interrupción de la prestación laboral siempre quedará cubierta económicamente, es decir, y a diferencia de otros sistemas, como el español, que las rentas salariales se mantendrán en todo caso, bien sea en natura (conservación del salario), a cargo del empresario, o como prestación a cargo del sistema de la Seguridad social. De tal modo, la trabajadora no queda en ningún caso desamparada: si no reúne los requisitos precisos para acceder al subsidio, el empresario estará obligado a mantenerle su retribución íntegra¹¹⁰.

Pero el texto legal que se ocupa de la regulación de las prestaciones por maternidad es la *Ley del Seguro Social*¹¹¹, Capítulo IV: “del Seguro de enfermedades y maternidad”.

Las prestaciones que concede el sistema mejicano encajan en la estructura básica común a cualquier otro Derecho de la Seguridad Social: prestaciones sanitarias y prestaciones en metálico. Las primeras se regulan en la sección segunda, bajo la rúbrica “de las prestaciones en especie”, artículos 94 y 95¹¹². Sin embargo, como en el Derecho ecuatoriano, se añade otro tipo de prestaciones en especie: “ayuda en especie por seis meses para lactancia, y una canastilla al nacer el hijo, cuyo importe será señalado por el Consejo técnico”.

El subsidio por maternidad se regula en la sección tercera, “de las prestaciones en dinero”, arts. 101 a 103.

Según el art. 101, la asegurada tendrá derecho durante el embarazo y el puerperio a un subsidio en dinero igual al cien por cien del último salario diario de cotización, el que recibirá durante cuarenta y dos días anteriores al parto y cuarenta y dos días posteriores al parto, aunque la fecha prevista para el parto por los médicos del Instituto no concuerde exactamente con la del parto. No obstante, sí quedará

¹¹⁰ Así lo dispone expresamente el art. 103 de la Ley del Seguro social, según el cual “cuando la asegurada no cumpla con lo establecido en la fracción I del artículo anterior, quedará a cargo del patrón el pago del salario íntegro.”

¹¹¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 21 de diciembre de 1995.

¹¹² En virtud del art. 109, el derecho a la prestación sanitaria se mantiene durante las ocho semanas posteriores a la extinción del contrato, siempre y cuando la trabajadora haya cumplido un mínimo de ocho cotizaciones semanales ininterrumpidas.

alterado el concepto en el que se perciba la prestación, pasando a ser los días en que se haya prolongado el periodo anterior al parto tiempo de “continuación de incapacidades originadas por enfermedad”.

El reconocimiento del subsidio está condicionado al cumplimiento de tres requisitos (art. 102):

1. Haber cubierto un periodo de carencia mínimo, que será de treinta cotizaciones semanales en el periodo de doce meses anteriores a la fecha en que debiera comenzar el pago del subsidio.
2. La certificación por parte del Instituto del embarazo y la fecha probable del parto.
3. La no ejecución de trabajo alguno mediante retribución durante los periodos anteriores y posteriores al parto.

En caso de percibir otro subsidio en el momento del nacimiento del de maternidad, se cancelará aquel cuya cuantía sea inferior.

La periodicidad del pago se realizará por periodos vencidos que no excederán de una semana (art. 101).

En cuanto a la financiación del subsidio, establece el art. 107 que se realizará mediante una cuota del uno por ciento sobre el salario base de cotización, del cual será abonado el 70% por los patrones, el 25% por los trabajadores, y el 5% por el Gobierno Federal¹¹³.

- **Uruguay**

En Uruguay el “salario de maternidad” es implantado, como prestación integrante del régimen de asignaciones familiares (creado por Ley número 10449, de 12 de noviembre de 1943), por la ley número 12.572, de 23 de octubre de 1958, cuyo art. 2 dispuso la percepción del equivalente del sueldo de activo durante el periodo de licencia. Dicho subsidio es rebajado al 65% en caso de licencia suplementaria por maternidad. La gestión de tales prestaciones se encomendó al Consejo Central de Asignaciones Familiares.

Con posterioridad, el salario de maternidad fue sustituido por el *subsidio por maternidad*, que se completa con la asignación familiar (consistente en una asignación prenatal¹¹⁴), regulados ambos en el Decreto-Ley n° 15.084, de 28 de noviembre de 1980¹¹⁵, *sobre asignaciones familiares*.

¹¹³ Esta última aportación del Gobierno Federal se realiza en pagos mensuales (art. 108).

¹¹⁴ En cuanto a la asignación prenatal, se trata de una prestación familiar cuyo beneficiario es el propio hijo, que tendrá derecho a percibirla hasta alcanzar la edad de catorce años (art. 5).

¹¹⁵ C.E. 216ª Ses. 25 de noviembre de 1980. Publicada en "Diario Oficial" el 9 de diciembre de 1980.

La prestación se reconoce en favor de las empleadas de la actividad privada, cualquiera que sea la forma de su retribución, “aun cuando la relación laboral se suspenda o extinga durante el periodo de gravidez o de descanso post-parto” (art. 11)¹¹⁶.

En cuanto a su contenido, se mantiene prácticamente inalterado el viejo “salario de maternidad”: es decir, también la cuantía del subsidio por maternidad es equivalente al sueldo habitual de la trabajadora, más la parte proporcional de las percepciones salariales de devengo superior al mensual: la parte correspondiente al sueldo anual complementario, licencia y salario vacacional (por tanto, el que corresponde a cinco días), para cuya determinación se toma como base la retribución resultante del tiempo trabajado y remuneraciones percibidas en los últimos seis meses, no pudiendo ser inferior al salario mínimo nacional.

Su pago se efectúa por el Banco de Previsión Social, siendo competencia del Consejo de Prestaciones de Actividad¹¹⁷.

Si el descanso resulta prolongado de modo extraordinario por causa de enfermedad (por un plazo máximo de seis meses), la prestación a la que tendrán derecho las beneficiarias será de cuantía idéntica a la del subsidio por enfermedad (dependiente del Consejo de Prestaciones de Actividad), es decir, del 70% de la remuneración ordinaria, con exclusión de los suplidos, indemnizaciones y horas extraordinarias. En consecuencia, si bien el parámetro temporal de cálculo no paa por promediar las remuneraciones de los últimos meses, sino el salario vigente, la prestación resulta minorada, al no ser del 100%, sino del 70%.

Durante el periodo de prestación (doce semanas para los supuestos de parto y cuarenta y dos días en caso de filiación adoptiva) se mantiene la obligación de cotizar por parte de la trabajadora, pero no por el empresario (art. 12).

¹¹⁶ También el desempleo subsidiado es situación amparada por la ley para el acceso al subsidio por maternidad. Pero la percepción del mismo es incompatible con el subsidio por desempleo.

¹¹⁷ Dicho organismo funciona como entidad gestora de todas las prestaciones que cubren contingencias propias de la población activa: maternidad, infancia, familia, desocupación forzosa y pérdida de la integridad sicosomática del trabajador (Ley 15.800, de 17 de enero de 1986).

CAPÍTULO II:

LOS EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR MATERNIDAD.

Introducción

Si el objeto de este trabajo es el análisis de la incidencia sobre el contrato de trabajo del parto o la adopción de hijos, consecuencia lógica será que se prescinda de cualquier alusión a cualquier otra actividad que no sea el trabajo por cuenta ajena. Por consiguiente, quedan al margen de este estudio los trabajos por cuenta propia o la prestación de servicios por cuenta de la Administración Pública, pues así lo impone el Estatuto de los Trabajadores, reservado a la regulación del trabajo en el sector privado, sin perjuicio de advertir que la homogeneidad de la cobertura de la contingencia estudiada motiva que, sea cual sea la norma reguladora del descanso por maternidad, el régimen de la prestación, que viene dado por la LGSS, norma supletoria para cualquier otro régimen público de la Seguridad social, es común, pues así lo establece la Disposición Adicional Undécima bis de la LGSS 1994 (introducida por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre).

La segunda advertencia preliminar gira en torno al contenido de la prestación y de la atención que a la misma se le dedica en esta parte de la presente investigación. Si las prestaciones por maternidad comprenden una modalidad en especie -la asistencia sanitaria- y otra en metálico -el subsidio por maternidad-, en este capítulo únicamente serán tratados los aspectos económicos, pues es precisamente el subsidio económico el elemento que funciona como conexión entre ambas situaciones de activo y de descanso, actuando en el segundo caso el sistema de la Seguridad Social como sustituto del empleador para proporcionar al trabajador las rentas salariales que le permitan hacer frente a la pérdida de ingresos que provoca la suspensión del contrato de trabajo, mientras que la prestación sanitaria actúa no sólo en el momento del parto, sino durante todo el embarazo, con independencia de la vinculación o no al sistema de la Seguridad Social mediante contrato de trabajo, en virtud del principio de universalidad de la asistencia sanitaria que proclama la Ley General de Sanidad (y que se articula tanto por titularidad propia, en caso de ausencia de recursos suficientes, como en calidad de beneficiario del familiar o cónyuge titular del derecho).

Las anteriores precisiones y las aportaciones al concepto histórico de las prestaciones por maternidad en el Sistema español de la Seguridad social que se han vertido en el capítulo precedente nos sitúan en condiciones de abordar el análisis de la vigente regulación de la prestación económica por maternidad.

A. LAS PRESTACIONES POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL.

1. Concepto

La prestación o subsidio económico por maternidad que regula el Capítulo IV bis de la LGSS (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), arts. 133 *bis* a *quinquies*, así como el Reglamento de la prestación (Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967, por la que se regula la prestación de incapacidad laboral transitoria), se dirige a cubrir la situación temporal del trabajador¹ que disfrute de los descansos por maternidad o paternidad, adopción y acogimiento² que a tal efecto se regulan en la legislación correspondiente. En el presente caso -y desde la perspectiva bajo la cual está enfocado este trabajo- es la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en los términos ya examinados en el capítulo correspondiente -la suspensión del contrato de trabajo y, con ello, las obligaciones recíprocas de prestar trabajo y de remunerarlo-. Siempre que, cumpliéndose el definido presupuesto de hecho, se acrediten los requisitos que la LGSS exige para el otorgamiento de la prestación (alta y carencia). El *Código Europeo de Seguridad Social* (art. 47) define, por su parte, la contingencia cubierta como *la que comprende el embarazo, el parto y sus consecuencias y la suspensión de ganancia resultante de los mismos*.

Por tanto, la contingencia protegida es precisamente el *descanso* que por causa de maternidad, adopción y acogimiento otorga el art. 45.1 d) del ET³, por cuanto éste genera una pérdida de rentas, o, en términos más precisos, “el estado de necesidad que ocasiona este episodio *a la mujer trabajadora*, en tanto exige su protección personal y la del ser que tiene que nacer y aun una vez nacido, lo que impone la suspensión del contrato de trabajo”⁴.

¹ Utilícese el género neutro por quedar protegidos tanto la trabajadora que da a luz como el trabajador que se hace cargo del recién nacido tras el parto y porque el nacimiento de hijos puede producirse tanto de forma natural -a través de alumbramiento- como adoptiva.

² Aunque en ciertas ocasiones la jurisprudencia se vale de la terminología médica para hablar de “baja por maternidad de diagnóstico de lactancia” (SSTSJ de Asturias, de 29 de noviembre de 1993, y Andalucía/Sevilla, de 3 de febrero de 1994; AS 1993, 4716 y 1994, 668), debe precisarse que el objeto del derecho es más amplio que la cobertura de dicha función, ausente en el caso del acogimiento y adopción de menores no lactantes.

³ ÁLVAREZ DE LA ROSA: *Enciclopedia de Seguridad Social*. CISS, Valencia. Tomo III-1, Parte IX (Maternidad, pág. 15).

⁴ SSTSJ de Andalucía/Sevilla, de 24 de octubre de 1990, 15 de julio de 1993 y 3 de febrero de 1994. AS 1990, 4575; 1993, 3521 y 1994, 668. “Tiene como objetivo primordial el favorecer las

El descanso por maternidad es el hilo conductor de la protección que arbitra el ordenamiento jurídico-laboral, desde el ámbito del contrato de trabajo o bien desde el sistema público de Seguridad social; por tanto, estamos ante una relación privada -la relación de trabajo- tutelada desde el Derecho público, en cuanto trasciende de la mera privacidad -y al margen de las connotaciones publicistas que pueda tener el contrato de trabajo- a la esfera pública, en tanto el trabajador es uno de los dos sujetos de la relación pública de Seguridad social⁵.

2. Situaciones protegidas

El punto de partida del análisis que a continuación se realiza es el art. 133 bis LGSS:

"Situaciones protegidas.-A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento previo durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48..."

El art. 133 bis de la LGSS considera situaciones protegidas, a efectos de la prestación económica por maternidad, los periodos de descanso por maternidad o por cuidado de hijos⁶ que se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los arts. 48.4 ET y 30.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de *Medidas para la Reforma de la Función Pública*, en las situaciones de parto, adopción y acogimiento previo.

Siendo la situación protegida definida por norma ajena a la legislación de Seguridad social, debe remitirse el tratamiento de la misma al lugar correspondiente (Título II de este estudio, sobre la suspensión del contrato de trabajo), al no existir el desfase entre ambas tutelas jurídicas que podía apreciarse en épocas pasadas (v.gr., diferente duración de los primeros subsidios de maternidad y de los descansos preceptivos por la misma causa, Decreto-Ley de 21 de agosto de 1.923). En consecuencia, no resulta necesario más que añadir a lo ya tratado en el Capítulo anterior ciertas particularidades propias de la legislación de Seguridad Social o que cobran distinto relieve en materia de prestaciones por maternidad.

La referencia se dirige en primer lugar a dos situaciones muy próximas entre sí: el *parto* "frustrado" (con resultado de muerte del feto) y el *aborto*, supuestos de

relaciones madre e hijo y a su vez asegurar la adecuada salud de la madre." STSJ de Castilla-La Mancha, de 6 de mayo de 1992 (AS 1992, 2346). Según la STSJ de La Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS 1992, 2485), la necesidad protegida consiste en la pérdida temporal de la capacidad de ganancia, debida a causas biológicas.

⁵ Relación en realidad trilateral, por cuanto interviene también en ella el empresario, que, además continúa obligado por la misma durante la suspensión del contrato de trabajo (mantenimiento de la obligación de cotizar).

⁶ En este caso hablaremos de "prestación económica para el cuidado de hijos", y no de "periodo de descanso por maternidad".

conversión de un hecho biológico natural (protegible como tal) en patológico y, en consecuencia, en hecho causante de distinta prestación a la de maternidad: el subsidio por incapacidad temporal que regulan los arts. 128 a 133 de la LGSS.

La esencia de la situación que protege la ley es el nacimiento de un hijo, por tanto de un hijo vivo⁷, cuya debida atención ha motivado la ampliación de los periodos de descanso más allá del mínimo necesario para la recuperación física de la parturienta. Por consiguiente, si se opta por separar las situaciones patológicas de las ordinarias, la línea divisoria que delimita el concepto de hecho causante debería situarse en ese justo punto, entendiendo que el hecho causante que da lugar al nacimiento de la prestación por maternidad no es el parto en sí mismo considerado, sino el *resultado positivo del mismo*: el nacimiento de un hijo vivo. El Derecho español tradicionalmente ha optado por el uso del criterio del hecho patológico. Sin embargo, el legislador ha entendido que el carácter patológico, desde el punto de vista del amparo legal desde el sistema de la Seguridad social, podía predicarse del aborto o interrupción extemporánea del embarazo, pero no del parto malogrado, cuyos resultados son en definitiva similares, aunque se produzcan en un momento anterior o en el tiempo adecuado, respectivamente, considerando, además, la circunstancia de que también el nacimiento prematuro -aunque de criatura inviable- se sitúa en la segunda hipótesis.

El tema merece ser examinado con especial detenimiento:

- El *aborto o interrupción irregular del embarazo*. El aborto puede tener lugar bien de forma espontánea o *involuntaria*, bien de forma *voluntaria* o intencionada, en un momento anterior a la fecha señalada para el parto. En orden a determinar qué efectos tiene para el sistema de la Seguridad Social su carácter espontáneo o no, la clave se halla en su legalidad o ilegalidad, ya que, siendo *provocado*, y encajando en una de las prohibiciones contenidas en el art. 145 del Código penal (ya examinadas⁸), la ilegalidad del supuesto impedirá a la trabajadora beneficiarse de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social despliega a través de prestaciones por maternidad, recibiendo sólo las de asistencia sanitaria (en virtud del principio de universalidad de la protección), pues, siendo su origen intencionado, tampoco procederá la prestación por incapacidad temporal (art. 132 LGSS).
- El *parto irregular*, del cual resulta la muerte del feto, o muerte del feto al nacer, es decir, en el momento del parto, acaecido en la fecha señalada en el parte de

⁷ Tejerina Alonso señala que "el subsidio se devenga por el descanso y no por el hijo nacido, como prueba el hecho de que no se vea privada de aquél la madre que da a luz un hijo sin vida" (TEJERINA ALONSO, J.I.: "Las recientes modificaciones del régimen de protección de la incapacidad temporal ante los planes de reforma general de la Seguridad social". *Revista de Seguridad social*, número 6, 1980, p.64).

⁸ V. El capítulo 3 d la introducciónII:

pronóstico de parto. Dentro del supuesto cabe la inclusión, asimismo, de una hipótesis asimilable: la muerte del recién nacido transcurridas pocas horas desde el parto.

Ambas situaciones, siendo polémicas las dos en lo que respecta a su caracterización como situaciones de incapacidad temporal o de maternidad a efectos de protección por el sistema de la Seguridad Social (especialmente tras la reforma de la prestación operada por la Ley 42/1994), generan distinto grado de dificultad a la hora de determinar su inclusión en una u otra categoría de contingencias, pues el factor patológico es mayor en una que en otra.

En efecto, en ambos casos está presente el criterio determinante de la ubicación entre las situaciones que generan el nacimiento del subsidio por incapacidad temporal: la irregularidad biológica, frente a la regularidad del embarazo y el parto. Y junto a él interviene un elemento que configura la naturaleza de la prestación por maternidad: la protección del hijo nacido, a través de la concesión a sus progenitores de un periodo temporal para que atiendan a su cuidado y seguimiento adecuado, que ha de ser especialmente intensivo durante sus primeras semanas de vida.

Y no existiendo el presupuesto de hecho de la norma -la existencia de un bebé al que atender y proteger-, tampoco puede ésta ver coronada su finalidad, y, en consecuencia, desaparecerá la contingencia. No obstante, esto no es del todo cierto o, al menos, no ha sido concebido así por el legislador español, para el cual, ya desde la instauración del actual sistema de Seguridad Social, el centro de gravitación ha sido la culminación de la gestación mediante el parto, fuere cual fuere el resultado de éste. Así se manifestaba en el Real Decreto-ley de 22 de marzo de 1929, sobre el seguro de maternidad, o el Decreto 3158/1.966, de 23 de diciembre, por el que se aprobó el *Reglamento General de Prestaciones Económicas de la Seguridad Social*, cuyo art. 6.2 disponía expresamente que “la muerte del hijo no releva a la madre de la obligación de descansar los días que faltan para completar el periodo obligatorio”.

Por tanto, el concepto de maternidad del art. 133 bis LGSS debe entenderse en sentido amplio (ningún indicio puede hallarse para llegar a conclusión contraria), tanto si el producto de la concepción es viable tras el parto como si se produce el fallecimiento del mismo durante tal evento. Sin perjuicio de ello, debería considerarse la incidencia de tal circunstancia sobre la duración del descanso, que, en justicia, debe reducirse proporcionalmente para adecuarse al fin perseguido por la norma. En consecuencia, las dudas sobre el ámbito de la contingencia de maternidad frente a la de incapacidad temporal se centrarían en exclusiva en el supuesto del aborto o interrupción del embarazo.

El umbral entre una y otra situación tiene señalados unos claros límites temporales: el periodo comprendido entre el primer y el quinto mes (los 180 primeros días) de gestación -aborto- y el que comienza a partir del sexto mes⁹.

Tratándose del primero de los tramos temporales -el supuesto de interrupción del embarazo-, sea espontáneo o voluntario, pues en este caso se impone su realización durante la primera etapa de formación del feto, con el límite (impuesto por la LO 9/1985, de 5 de junio), de las doce primeras (supuesto ético) o las veintidós primeras semanas (eugenésico).

Ahora bien, no puede predicarse el mismo grado de certeza del tercero de los supuestos de interrupción del embarazo autorizados por la ley, y, por tanto, protegibles por el sistema de la Seguridad Social: el dirigido a evitar un peligro grave para la vida o la salud de la madre, también llamado terapéutico, pues puede ser prescrito en cualquier momento de la gestación. En este caso, sea cual sea el mes de embarazo en el que se halle el feto, la finalización de aquél se habrá de considerar como aborto o interrupción. Y siendo el supuesto subsumible en el concepto de aborto, habrá que concluir que su cobertura se lleva a cabo a través del subsidio por incapacidad temporal¹⁰.

Por tanto, la línea divisoria ha de situarse, siguiendo lo dispuesto en el art. 6.2 del Decreto 3158/1966, en el momento temporal señalado por la doctrina médica como de viabilidad del feto, o lo que es lo mismo, en el parto prematuro, lo cual acontece a partir del sexto mes ó 181º día de gestación¹¹, quedando, pues, el aborto excluido de la protección por maternidad¹², y ello aunque tampoco del parto prematuro nazca criatura viva¹³.

No estando presente en ninguno de los dos supuestos el elemento esencial que define la contingencia de maternidad, especialmente desde su reforma por la Ley 42/1994, *de Medidas fiscales, administrativas y de orden social* (que le sustrajo las

⁹ Ello impide la concurrencia simultánea de ambas situaciones y de las prestaciones que le dan cobertura proteccional.

¹⁰ En el mismo sentido, GARRIGUES GIMÉNEZ, op.cit.

¹¹ Dicha línea divisoria impide que concurra la situación de incapacidad temporal con el descanso prenatal, siendo el momento de inicio de éste el primero de los días de las seis semanas anteriores al parto.

¹² Las legislaciones portuguesa y griega, por el contrario, reconocen el derecho a la prestación también en caso de aborto, si bien en el segundo caso la beneficiaria queda excluida de la prestación adicional o complementaria por gastos médicos cuando se trate de un aborto espontáneo ocurrido tras el 180º día de gestación.

¹³ Así se preveía expresamente en el art. 12 de la Orden de 28 de diciembre de 1966, *por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de protección a la familia en el Régimen General de la Seguridad Social* (derogada por el RD 356/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de prestaciones por hijo a cargo, la Ley 26/1990), en virtud del cual la prestación se entendía nacida incluso si se trataba de "nacimiento de criaturas sin viabilidad, siempre que hubiera precedido un embarazo de al menos ciento ochenta días", es decir, que naciera, vivo o muerto, de parto prematuro.

connotaciones invalidantes que con anterioridad se le atribuían, configurándola como derecho de los progenitores y del hijo a disfrutar de un periodo de descanso en el que atender al cuidado del recién nacido), por inexistencia de hijo al que atender, uno de ellos queda amparado por la contingencia de maternidad, porque así se dispone expresamente en norma legal y así se ha venido entendiendo unánimemente (la norma no permite otra interpretación).

Por el contrario, sobre la otra hipótesis -aborto-, no rige regla expresa alguna, precisamente por faltar el hecho causante de la prestación: el parto. Ello, al margen de otras consideraciones, ocasiona, sin duda, una clara diferencia de trato entre dos situaciones similares que sólo difieren en cuanto al momento temporal en el que tienen lugar. Lo cual significa que el legislador (en contra de lo previsto en la Recomendación número 95 de la OIT, sobre la protección de la maternidad, según el cual el aborto constituye causa específica para la prolongación del descanso puerperal¹⁴), considera digna de protección la maternidad como proceso y mecanismo de generación de vida humana, pero excluye de la contingencia la cobertura del hecho biológico en sí mismo considerado. Y teniendo en cuenta que los tres primeros días de incapacidad temporal no quedan amparados por el sistema de la Seguridad Social, resulta que la protección de la contingencia puede quedar muy mermada o incluso anulada si la recuperación post-aborto no se prolonga más allá de tal periodo¹⁵.

Sin embargo, la ausencia de dicho elemento no provoca la desprotección de la trabajadora, pues, presente el elemento patológico, entrará en acción distinto tipo de protección: la que atiende a la alteración de la salud.

Ello nos obliga a cuestionarnos si el aborto puede considerarse como alteración de la salud según el concepto que de la misma se contiene en el art. 128 LGSS: como “enfermedad común”, siempre que concurren otros tres elementos. Que el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social¹⁶, y que dicha alteración por la cual se

¹⁴ Ya que no efectúa distinción alguna entre un tipo y otro de embarazo y parto.

¹⁵ Sobre el particular, GARRIGUES GIMÉNEZ (op.cit.), para quien, a través de la vigente regulación, que diferencia la maternidad dirigida a la procreación y la interrupción del embarazo, se está creando una discriminación legal en perjuicio de la mujer trabajadora, primándose “el valor ‘maternidad’ (en el sentido de procreación) sobre el valor ‘no discriminación’, dejando la norma de ser un factor compensador de la posición de la mujer y corriendo el riesgo de convertirse en un instrumento de política demográfica, al infravalorar la necesidad de protección de la mujer en caso de aborto, que es también riesgo derivado de su condición sexual”. De ahí que proponga la creación “ex novo” de una nueva contingencia diferenciada: el aborto, al que se atribuiría un plazo propio adecuado para el restablecimiento de la mujer y una prestación económica equivalente a la del subsidio por maternidad.

¹⁶ Por contra, ninguna referencia a la Sanidad pública hace el capítulo IV de la LGSS, si bien la normativa de desarrollo efectúa alusión expresa al “Médico de la Seguridad Social” en materia de descanso prenatal: así, el art. 6.2 del D. 3158/1966, de 23 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento General sobre cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el acceso a las mismas*, y el arts. 12.1 y 18.1 de la O.M. de 13

precise asistencia sanitaria tenga carácter (lo cual viene avalado por el hecho de la necesidad de prestaciones sanitarias) y efectos incapacitantes para el trabajo, cuya no prestación genera una minoración de ingresos o menoscabo económico (agravado por el eventual aumento de gastos sanitarios par hacer frente a la alteración de la salud, hasta el alta médica por curación clínica) en la trabajadora -pues las obligaciones de trabajar y de remunerar están suspendidas, en virtud del art. 45.1 c) ET-, que es el que tratará de compensarse vía subsidio económico de la Seguridad Social en tanto se prolongue dicha situación.

Es decir, debe dilucidarse si la interrupción del embarazo encaja en el concepto de enfermedad y si dicha enfermedad es incapacitante para el trabajo.

Se hace preciso, pues, determinar cuándo una misma situación cruza el umbral desde una contingencia a otra, dada la fundamental diferencia de la protección de la que ambas son objeto. En otras palabras, cuándo constituye “enfermedad” o “alteración más o menos grave de la salud” (según la definición del Diccionario de la RALE).

En este sentido, cabe afirmar que, sea cual sea el modo en el que tenga lugar la muerte del feto, como interrupción del embarazo, o en el momento del parto, puede generarse una situación de alteración de la salud de la trabajadora, aunque se trate de aborto voluntario. Y cuando el aborto provoque consecuencias patológicas para la salud de la mujer (que pueden consistir v.g. en hemorragias e infecciones vaginales), estaremos ante una evidente alteración de la salud, invalidante temporalmente para el trabajo. Y así se certificará por el facultativo de la Seguridad Social, que expedirá el correspondiente parte médico de baja.

Es decir, se tratará de un supuesto claro de incapacidad temporal, que encaja en los términos del art. 128 LGSS, y así lo ha entendido la doctrina¹⁷ y la jurisprudencia¹⁸.

de octubre de 1967, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de incapacidad laboral transitoria en el Régimen General.

¹⁷ En el mismo sentido, ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 1995, pág. 259, MOLERO MANGLANO, C.: “Suspensión del contrato de trabajo: nota doctrinal y materiales básicos”, *Revista de Trabajo*, núm. 91, 1988 y GARRIGUES GIMÉNEZ (op.cit.) y ÁLVAREZ DE LA ROSA (*Enciclopedia de Seguridad Social*, op. cit.), a sensu contrario. En contra, VIDA SORIA (*La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, 1965), que la incluye dentro de la situación -hoy contingencia- de maternidad.

¹⁸ V.g., STS de 20 y 31 de enero y de 27 de marzo de 1995 (A.L. núm. 25, 1995, ref. 881 y 906, y 32, 1995, ref. 1242, respectivamente); STSJ de Valencia, de 16 de mayo de 1995 (R° 1657/93, Sentencia núm. 110/95; A.L., núm. 47, 1995, ref. 1978), en la que se distingue claramente la ILT que proviene de “amenaza de aborto” de la que tiene por causa la maternidad; o SSTSJ de Andalucía, de 12 de enero y de 19 de marzo de 1996 (AS 1996, 71 y A.L., núm. 38, 1996, ref. A 177). Según la última de ellas, los periodos de baja anteriores al alumbramiento, “cualquiera que sea su causa, bien complicaciones en el embarazo, bien enfermedades comunes e intermitentes que nada tengan que ver con el parto”, no pueden encuadrarse, aunque tuvieran por causa el riesgo de aborto, en la situación de maternidad, “ya que la finalidad de la maternidad es favorecer o propiciar las relaciones madre e hijo recién nacido, así como otorgar un descanso a la parturienta.”

En consecuencia, a la interrupción del embarazo se le dispensará el trato correspondiente a incapacidad temporal, por más que el régimen jurídico de ésta sea de contenido cualitativa y cuantitativamente inferior al que recibe la maternidad. La consecuencias que derivan de la aplicación de este régimen son claras:

1. *La mujer será la única beneficiaria de la prestación*, pues sólo ella padecerá las complicaciones patológicas que pueda ocasionar el aborto.
2. Ciertas categorías de trabajadoras quedarán parcialmente excluidas de protección:
 - En el caso de las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, la protección dependerá de la propia opción por la cobertura como mejora voluntaria¹⁹. Es más, tampoco en tal caso se desplegará la tutela del sistema de la Seguridad Social, puesto que el subsidio por incapacidad temporal no nace hasta el vigésimo noveno día de la baja (art. 30 del D. 2346/1969), y para entonces es muy improbable que subsistan las circunstancias que motivan la concesión de la prestación²⁰.
 - En cuanto a los *aprendices* (D.A. 6ª LGSS), hoy *trabajadores en formación*, y los trabajadores a tiempo parcial modalidad *reducida* (aquellos cuya prestación efectiva de servicios sea inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho al mes, D.A. 7ª.3 LGSS), al quedar excluidos del derecho al subsidio de incapacidad temporal, no gozaban de protección en caso de aborto. Es aquí donde se hacía más patente la diversidad de trato que merecían el aborto y la maternidad como culminación del proceso de gestación, generándose la desprotección cuando el embarazo no llega a su fin. Pues si respecto del resto de sujetos protegidos por el sistema la intensidad de la protección es menor en caso de aborto (en los términos ya observados), dicha tutela desaparecía en el caso del trabajador contratado bajo el régimen del aprendizaje o a tiempo parcial en su modalidad reducida.

El art.1 del RDL 8/1.997, de 16 de mayo, *de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida*, viene a corregir indirectamente esta desigualdad, al ampliar la acción protectora de la Seguridad Social respecto de los trabajadores contratados para la formación a las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes (art. 11.2 i ET, según su nueva redacción), medida que se hace efectiva a partir del RD 488/1998, de 27 de marzo (art. 13), por el que se da cumplimiento a la D. T. 4ª de dicha norma reglamentaria. Sin embargo, al ser sólo aplicable a los

¹⁹ Vid. al respecto: AGUT GARCÍA, C. y BALLESTER PASTOR, I.: “la incapacidad temporal en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social”, en AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Tecnos, 1996.

²⁰ Otro tanto sucede respecto del colectivo integrado en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia, para los que no cabe prestación hasta el decimoquinto día de la baja, así como en el caso de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, ni siquiera existe la contingencia cuando de enfermedad común se trata.

contratos celebrados a partir de la norma de cobertura, el RDL 8/1997, se crea una nueva discriminación, por cuanto se excluye de tal beneficio a los trabajadores contratados bajo la legislación anterior (D.T. 1ª)²¹.

Por su parte, el RD 489/1998, por el que se desarrolla la Ley 63/1997, de 28 de diciembre en relación con los contratos a tiempo parcial (suprimiendo la distinción entre la modalidad *ordinaria* y la *marginal*), hace efectiva la cobertura por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes que se introduce por el RD-L 8/1997 (y cuya aplicación quedaba diferida a desarrollo reglamentario), con el acierto de no crear regímenes jurídicos distintos para los contratos celebrados antes y después de su entrada en vigor, disponiéndose expresamente la efectiva aplicación de la medida protectora "cualquiera que fuese la fecha de celebración del contrato" (art. 1)²².

3. La beneficiaria de la protección *habrá de esperar hasta el cuarto día de la baja* médica para beneficiarse de las prestaciones de la Seguridad Social, quedando desamparada durante los tres primeros días (los cuales, según su estado de salud y el tiempo de la recuperación clínica, pueden constituir el ciclo completo de restablecimiento o, lo que es lo mismo, de duración de la alteración en la salud) por parte del sistema público de prestaciones sociales²³.
4. La prestación, una vez nacida tras el *periodo de espera*, y teniendo en cuenta que la curación o eliminación de las posibles secuelas del aborto raramente se prolongará más allá del vigésimo día de la baja, *correrá íntegramente a cargo del empresario*, que habrá de abonarla en pago directo (lo cual incluye, por supuesto, su gestión)²⁴. Por consiguiente, se está trasladando al empresario el coste de la maternidad por una vía indirecta: la eliminación o, más bien, no contemplación positiva -ni jurisprudencial- del supuesto de la interrupción del embarazo de la contingencia de maternidad. Lo cual no facilita en medida alguna la promoción profesional de la mujer, si es el empresario quien ha de asumir tal coste laboral adicional, ligado en exclusiva a uno solo de los sexos, que quedará así colocado en una posición

²¹ En el mismo sentido, CALVENTE MENÉNDEZ, J.: "El contrato de trabajo. Modalidades", en AA.VV. *Guía Laboral 98*, del Centro de Estudios Financieros, editada por Cinco Días, 1998, p. 83.

²² Sin duda la equiparación a efectos de protección por la Seguridad social es un efecto directo de la eliminación de diferencias jurídicas entre dos modalidades distintas de la prestación de servicios a tiempo parcial, o, expresado en otras palabras, la unificación de ambas bajo una sola figura: la del trabajo a tiempo parcial.

²³ Aunque se trate, en palabras de DE LA VILLA GIL y DESDENTADO BONETE (*Manual de Seguridad Social*, Pamplona, 1979), de un "pequeño riesgo" fácilmente soportable por el beneficiario.

²⁴ Resulta, cuanto menos contradictorio, que se imponga al sistema de la Seguridad social la carga financiera correspondiente al periodo anterior al parto durante el cual, si bien no existe imposibilidad para el trabajo, se dispensa a la trabajadora grávida del mismo con objeto de evitar exposiciones a los riesgos del trabajo cuando no exista en la empresa en cuestión puesto de trabajo exento de riesgo, mientras que la financiación del periodo de baja derivado del embarazo, por más que éste haya cursado con complicaciones patológicas y con resultado de aborto espontáneo, se haga recaer sobre el empresario.

especialmente débil, no sólo frente al sexo opuesto, sino también frente a otra trabajadora que no haya tenido que padecer la experiencia traumática de un aborto. Es más, esta anacrónica solución, por la cual se desliga uno de los supuestos integrantes de la situación protegida -el embarazo y el parto y descanso puerperal-, creando dos regímenes jurídicos diferenciados, además de ser incoherente y discriminatoria en sí misma, observada desde la tutela de la maternidad y de la inserción laboral de la mujer, no casa bien con las últimas tendencias homogeneizadoras que parecen orientar las más recientes reformas legislativas de la protección por maternidad.

En definitiva y para concluir con la anterior argumentación, el hecho de que se trate de una alteración de la salud que, por naturaleza, afecta sólo a uno de los sexos permite, pues, avalar las tesis defensoras de la inclusión del supuesto dentro de la contingencia de maternidad, y no como situación de incapacidad temporal.

5. La *cuantía* de la prestación es, desde la Ley 42/1994, inferior a la que corresponde a la contingencia de maternidad: el 60-75% de la base reguladora por contingencias comunes, frente al 100% por maternidad. Se hace así de peor condición a la madre que logra finalizar -con éxito o sin él- la gestación sobre la que ve interrumpido bruscamente dicho proceso.

6. La *duración* de la prestación será radicalmente diferente:

- tanto por la propia *duración del periodo* de restablecimiento de la salud de la trabajadora (que se prolongará mientras subsista la necesidad de asistencia sanitaria), intrínsecamente variable en función de razones biológico-fisiológicas, frente a la duración perfectamente delimitada por la ley del periodo de descanso por maternidad (consistente en un periodo fijo improrrogable aunque modulable -en lo que se refiere al periodo voluntario-)²⁵;
- como por la *indisponibilidad del periodo* por parte de la trabajadora afectada por la alteración de la salud, completamente ajena al periodo de descanso, distribuable a opción de la interesada, con el único límite de las inderogables seis semanas posteriores al parto (sin entrar en valoraciones sobre si es o no indisponible todo el periodo).

El desequilibrio del tratamiento jurídico de una y otra situación -aborto y parto- proporciona, pues, en aquellas situaciones en las que el riesgo de aborto es mayor (por las propias condiciones físicas de la mujer, ya sea por su edad o por el estado de su salud, etc.), un mayor acicate para extremar las precauciones para con la salud de la gestante en lo que se refiere a la puesta en práctica dentro de la empresa de medidas de prevención de riesgos durante los ciento ochenta primeros días de la gestación. A lo que debería adicionarse la exigencia al empresario de responsabilidades accesorias

²⁵ STSJ de Murcia, de 30 de diciembre de 1993 (AS 1993, 5481).

cuando sobreviniera el aborto por la falta de adaptación de las condiciones de trabajo ex art. 26 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales.

3. Beneficiarios

El campo de sujetos protegidos en lo que respecta al subsidio por maternidad abarca, en virtud del art. 133 ter LGSS, a los trabajadores por cuenta ajena que disfruten de los descansos por maternidad, adopción y acogimiento previo, sin perjuicio de la titularidad del derecho por parte de los trabajadores por cuenta propia, cuya actividad profesional queda al margen del presente estudio²⁶.

El campo de sujetos protegidos en nuestro Derecho supera el previsto por el art. 48 del Código Europeo de Seguridad Social, según el cual aquél debe comprender “a todas las mujeres pertenecientes a categorías prescritas de asalariados que en total constituya, por lo menos, el 50 por 100 de todos los asalariados”, o “a categorías prescritas de la población económicamente activa, que en total constituyan el 20 por 100 por lo menos de todos los residentes”.

En efecto, todos los sujetos que integran el sistema son susceptibles de recibir el subsidio, siempre que cumplan los requisitos exigidos por la LGSS y la normativa de desarrollo a la que remite el art. 133 ter. En cuanto a los trabajadores por cuenta ajena²⁷, son beneficiarios:

²⁶ De dicha previsión cabe deducir que sólo el trabajador por cuenta ajena está protegido cuando acaezca una situación de las anteriormente citadas, o, lo que es lo mismo, que el trabajador autónomo o por cuenta propia está excluido del amparo prestacional. No obstante, distinta previsión es la que se contiene en la Disposición Adicional Undécima bis de la LGSS, introducida por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, que regula la prestación en los Regímenes especiales, según la cual la protección por maternidad será idéntica para todos los sujetos incluidos en el campo de aplicación del sistema. D.A. 11ª bis LGSS: “1. Los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales del sistema tendrán derecho a la prestación por maternidad con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores del Régimen General en el Capítulo IV bis de la introducción de la presente Ley.” Por lo tanto, el campo de sujetos protegidos resulta ampliado respecto de lo que es el objeto de este estudio: el trabajador por cuenta ajena cuya relación laboral queda regulada por el Estatuto de los Trabajadores.

²⁷ Son asimismo beneficiarios otros trabajadores que no ostentan tal condición: los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y demás Regímenes Especiales, y Trabajadores sometidos a la Ley 30/1984, de 2 de agosto, *de Medidas para la Reforma de la Función Pública* (art. 133 bis LGSS). Como ya se ha indicado, ni éstos ni el colectivo de trabajadores por cuenta propia son objeto del presente análisis, por lo que debe prescindirse de su estudio particularizado, sin perjuicio de la regla general de protección homogénea para todos ellos, razón por la cual les es de aplicación el mismo régimen que a los trabajadores por cuenta ajena

- Trabajadores por cuenta ajena del Régimen General, con inclusión de los *aprendices* o contratados para la formación (D.A. 6ª LGSS)²⁸ y los trabajadores a tiempo parcial²⁹, cualquiera que sea la duración efectiva de los servicios (D.A. 7ª.3 LGSS)³⁰. Asimismo, deben incluirse las asimilaciones al Régimen General previstas en los arts. 7.1 a) y 97.2 k) de la LGSS.
- Trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales³¹.

Y con la misma *intensidad*: durante el mismo periodo (tanto en su duración como en su distribución, art. 133 ter 2º), “con la misma extensión” y “en los mismos términos y condiciones” (art. 133 ter 1). Puede hablarse, pues, de una homogeneización de la protección, al menos en lo que se refiere a estas prestaciones: en este sentido, la Ley 42/1994 significa un gran paso en la consagración del principio de uniformidad de la cobertura que propugnaba la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de *Bases de la Seguridad Social*.

En lo que se refiere a la *titularidad del derecho*, el art. 133 ter³² establece que lo serán los trabajadores “de uno y otro sexo”, ya que las situaciones protegidas no son

²⁸ En concordancia con el art. 3.2. g) de la Ley 10/1994 de 19 de mayo. La nueva redacción del art. 11.2 i) ET, dada por el RDL 8/1997, de 17 de mayo (hoy Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de *Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida*), confirma esta previsión. Por su parte, el RD 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el art. 11 del ET, en cumplimiento de la D. T. 4ª del RDL 8/1997, da aplicación efectiva a dicha regulación, interesante por lo que respecta a las relaciones -tan frecuentes en la práctica- entre las prestaciones de incapacidad temporal y de maternidad, en el bien entendido de que los contratos celebrados con anterioridad al 17 de mayo de 1997 seguirán rigiéndose por las normas conforme a las cuales se concertaron. Dicha dualidad no resulta predicable de los contratos a tiempo parcial de prestación marginal, por expresa disposición del art. 1 del RD 489/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, según el cual “cualquiera que fuese la fecha de celebración del contrato” tales trabajadores quedan equiparados al resto de los que presten servicios a tiempo parcial.

²⁹ Sobre el régimen anterior al Estatuto de los Trabajadores de este colectivo, véase BORRAJO DACRUZ, E.: “Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social”, en AA.VV.: *Trabajo a tiempo parcial y horario flexible*. Madrid, Ministerio de Trabajo, 1979, ps. 11 y ss. El citado autor postula la exclusión de la cobertura por parte del sistema de la Seguridad social de los trabajos de escasa entidad, “casi personales, de brevísima duración diaria o semanal”.

³⁰ Respecto al trabajo a tiempo parcial “marginal” (aquel que encaja en la hoy suprimida categoría legal de los contratos cuya prestación efectiva de servicios sea inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho al mes), la Ley 10/1994 devolvió a este colectivo el derecho a la protección por maternidad, de las que se les había excluido. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el régimen jurídico aplicable a estos trabajadores, sea cual sea la duración efectiva de sus servicios, es homogénea, pero quedan excluidos, por expresa disposición del art. 4.2, en relación con el 4.1 e), del RD 489/1998, los trabajadores por cuenta ajena comprendidos en el Régimen especial agrario y en el Régimen especial de empleados de hogar, para los que se mantendrá lo dispuesto con carácter general en sus respectivos Regímenes.

³¹ Respecto de los trabajadores integrados en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, ha de entenderse derogado el art. 35 de la Ley de 30 de agosto de 1974, en el que se les excluye de la protección por maternidad.

sólo el parto, sino también la adopción y el acogimiento. Siendo un aspecto sobre el que ya se ha incidido con anterioridad, y deseando evitar la reiteración, se efectúa la oportuna remisión al tratamiento del tema realizado en el capítulo correspondiente (vid. supra, capítulo 3, Título II). No obstante, ha de remarcarse la indicación expresa que hace el art. 133 ter LGSS³³ de la equiparación entre sexos en el disfrute del derecho, que por primera vez dispone la plena equiparación, sin los condicionamientos que efectúa el art. 48.4 ET y, por lo tanto, más acorde con las directrices comunitarias. Sin embargo, esta primera impresión resulta ahogada por la propia remisión que el precepto efectúa al art. 48.4 ET, que distingue entre uno y otro sexo para otorgar un derecho preferente a la madre -que se configura como titular del mismo- o un derecho derivado al padre. En consecuencia, tanto el padre como la madre son titulares del derecho, si bien en diferente calidad y de forma alternativa (no simultánea), según determina el art. 48.4 ET y aclara la Circular del INSS número 20/1989, de 22 de septiembre, criterio sexto³⁴.

No sucede lo mismo en el caso de la adopción y el acogimiento, en el que, como ya ha quedado patente, la adecuación al principio de igualdad por razón de sexo o equiparación de sexos es plena.

4. Requisitos de acceso

La prestación económica por maternidad no se reconoce de forma incondicionada, no bastando la mera suspensión del contrato que abre el disfrute del permiso por maternidad. Por el contrario, desde el sistema de Seguridad social se exigen ulteriores condiciones al trabajador que suspende su relación de trabajo, que quiebran la unidad de protección construida por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad social y que, una vez más corroboran la tesis de su autonomía interna. Este especial sistema de tutela convierte a la suspensión en presupuesto de hecho del

³² Superando lo dispuesto en el art. 2 del Convenio núm. 103 de la OIT, ratificado por España el 20 de agosto de 1966, según el cual es beneficiaria de la prestación “*toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad, raza o creencia religiosa, casada o no*”.

³³ El estado actual de la cuestión, sobre todo desde la *nueva* redacción del precepto, no permite realizar interpretaciones como la que efectúa el Juzgado de lo Social número 1 de León (Magistrado Sr. Rodríguez Quirós), en la Sentencia de 26 de septiembre de 1995 (A.L. , núm. 4, 1996, ref. 211), en la que se contienen aseveraciones como éstas (efectuadas en interpretación de los arts. 133 bis y siguientes de la vigente LGSS) para negar el derecho al subsidio al padre: el subsidio por maternidad “sólo se establece para el caso y como consecuencia de la maternidad y no de la paternidad”, “se trata de una prestación de la que sólo puede ser beneficiaria la madre pero no el padre”, “*sin que ello suponga discriminación alguna, pues es obvia la desigualdad entre el hombre y la mujer por razón de parto que justifica el distinto trato entre uno y otro.*”

³⁴ “El inicio de la situación de ILT del padre está supeditado a la previa existencia de alta médica de la madre, por lo que, *dado su carácter alternativo, ambos subsidios por maternidad no pueden ser coincidentes en el tiempo.*”

nacimiento de la prestación, más que en la situación directamente protegida por la misma.

La *renovación legislativa* de la prestación que trajo consigo la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, supuso un fundamental cambio legislativo en lo que se refiere al acceso a la prestación por maternidad a través de una modificación de contenido no innovador en sentido estricto, sino “asimilador” al régimen jurídico propio de la incapacidad temporal derivada de enfermedad común. Por consiguiente, los requisitos de acceso a la prestación son, desde el 1 de enero de 1995, idénticos a los exigidos para el reconocimiento del subsidio por incapacidad temporal.

Ahora bien, de la norma especial sobre titularidad compartida del derecho por ambos cónyuges o progenitores se derivan también especialidades en lo que a los requisitos de acceso se refiere. Y es que *dichas condiciones habrán de cumplirse por el cónyuge a favor del cual se ejercite la opción*. Así se deduce del art. 133 bis y se establece en la Circular del INSS núm. 20/1989, de 22 de septiembre, por la que se dictan normas interpretativas de la Ley 3/1989³⁵. Es decir, cualquiera de los dos cónyuges puede beneficiarse del derecho al subsidio, siempre que dicho sujeto coincida con el que disfruta de los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento³⁶, pero deberá cumplir los requisitos que exige el art. 133 bis y las normas reglamentarias a las que éste remite³⁷.

Por lo tanto, las condiciones tanto para el disfrute de los periodos de descanso como para el del subsidio económico han de cumplirse por *la misma (y única) persona*, aunque ambos sean o se conviertan en progenitores del recién nacido, adoptado o acogido y por más que compartan sus ingresos económicos y cualquiera de ellos vaya a dedicar el descanso a la misma finalidad: el cuidado del hijo, por cuanto el sistema español no permite la participación en la carrera de seguro de su cónyuge ni, por tanto, convertir en bienes gananciales las cotizaciones recíprocas. Ello impide, además, por no permitirlo la norma, que la prestación, una vez generada, sea disfrutada por ambos progenitores, con independencia de cuál de ellos se haga cargo del cuidado efectivo del hijo.

Ello tiene una clara consecuencia en la práctica: la madre, titular orginaria del derecho al descanso en caso de parto, por regla general, estará en condiciones de beneficiarse del subsidio por maternidad, ya que el periodo de carencia exigido es

³⁵ Criterio número 4: “En el supuesto de ejercicio por la madre de la opción de disfrute parcial a favor del padre, la exigencia de requisitos (inclusión en el Sistema, afiliación, alta y periodo de carencia) *ha de entenderse referida, de modo independiente, a cada uno de los progenitores que pretenda devengar el subsidio por maternidad.*”

³⁶ Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de León, de 26 de septiembre de 1995 (A.L., núm. 5, 1996, ref. 211), en la que se deniega el derecho al subsidio al padre, quien lo había solicitado en lugar de la madre, pues ésta no podía obtenerlo al no estar asegurada.

³⁷ GARCÍA NINET, J.I.: “La maternidad”, en AA.VV.: *Derecho de la Seguridad Social*. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 380.

coincidente con el periodo mínimo de gestación o de viabilidad del feto o, en todo caso, con los últimos 180 días del periodo, a menos que, no existiendo cotización anterior (caso de tratarse del primer alta), se inicie la relación laboral ya avanzado el proceso de gravidez, lo cual es altamente improbable en la práctica (o, cuanto menos, muy infrecuente).

Por el contrario, tratándose del padre, cuyo derecho condicionado al descanso va a implicar que *ambos* progenitores deban acreditar los requisitos para el acceso a la prestación, puede suceder que no se den las condiciones necesarias de carencia para el nacimiento del subsidio, con lo cual la pareja se verá obligada a optar en todo caso por que el descanso (y con ello la prestación), la totalidad del mismo, sea disfrutado por la madre, que en todo caso habrá de cumplir las exigencias de la LGSS. En cualquier caso, el supuesto resulta remoto, dada la brevedad de la carencia exigida, a menos que se trate de una pareja joven de reciente ingreso en el mercado laboral o de trabajadores a tiempo parcial (en virtud de la mayor amplitud del periodo de cotización que les resulta aplicable, ex art. 4.1 a) y 2 RD 489/1998, de 27 de marzo). Ello cierra la puerta a la posibilidad de que acaezca tal circunstancia en caso de adopción y acogimiento, puesto que la propia situación económica de los adoptantes dificultará la formalización de tales instituciones jurídicas.

La regla a la que se viene haciendo referencia -la necesidad de que sea el progenitor que disfrute el descanso el que haya de acreditar los requisitos para beneficiarse del subsidio- debería resultar matizada en un caso: que se trate de las últimas cuatro semanas del periodo de descanso por parto, disfrutadas por el padre a opción de la madre. En este supuesto, siendo el titular de la prestación la madre (ya que el padre disfruta de un derecho derivado: el que la madre le cede), a ella deben referirse tanto los requisitos como la base reguladora de la prestación, pues estaremos ante la misma prestación, en la que se efectúa un cambio de beneficiario del permiso³⁸, pues lo contrario significaría exigir los mismos requisitos para lucrar una prestación de 16 semanas que otra de cuatro, desincentivando en la práctica el reparto de las cargas familiares.

En consecuencia, beneficiaria de la prestación continúa siendo la mujer, aunque, por voluntad de la misma, se disponga una sustitución de la persona encargada del cuidado directo del recién nacido durante las últimas cuatro semanas del periodo de descanso. Otra cosa supondría someter a ambos progenitores a una doble exigencia, excesivamente gravosa, como sería la de acreditar los dos el cumplimiento del requisito de carencia y de “los que reglamentariamente se determinen” (art. 133 ter). Sin embargo, no lo entiende así el INSS en su Circular número 20/1989, de 22 de septiembre, fundándose en la consideración de que, cuando se ejercite la opción en

³⁸ En el mismo sentido, TORRES DÍAZ, I.V. (“Prestación de maternidad. Derecho positivo español y perspectiva europea”. R.L., núm. 6, 1996, págs. 32 y ss.), quien postula que basta para que el padre disfrute del permiso que esté afiliado y en alta.

favor del padre, se generan dos derechos en lugar de uno: “...se reconocerán dos subsidios diferentes -cuyas respectivas cuantías habrán de calcularse en función de sus correspondientes bases reguladoras-, si ambos reúnen los mencionados requisitos, indistintamente (...) *Si por el contrario*, a pesar de ser legalmente posible la opción, *solamente uno de los progenitores reuniera los requisitos, únicamente éste devengará el correspondiente subsidio durante su periodo de disfrute de permiso*” (criterio número 5)³⁹.

4.1. Alta. Situaciones asimiladas.

Nuestro sistema, a diferencia de otros de la órbita europea (v.g., Italia y Países Bajos), y en la línea marcada por el *Código Europeo de Seguridad Social*⁴⁰, somete el reconocimiento del subsidio por maternidad a determinadas condiciones previas⁴¹.

El primero de los requisitos que exige el art. 133 ter, remitiéndose al 124.1 LGSS, es la *afiliación*⁴² y el *alta*⁴³ (o inclusión en el censo de activos, en el caso de los

³⁹ En la misma Circular del INSS se excluía, injustificadamente, al padre del derecho a optar por el disfrute del subsidio si cualquiera de los dos progenitores se encontraba incluido en el Sistema como trabajadores por cuenta propia, aun cuando el otro lo fuera por cuenta ajena, por entender que la opción en tal caso resultaba “legalmente imposible”. Dicho criterio fue suprimido por escrito de la Dirección General del INSS de 28 de abril de 1992, extendiéndose el derecho a los trabajadores por cuenta propia.

⁴⁰ Hecho en Estrasburgo el 16 de abril de 1964 y ratificado por instrumento de 12 de febrero de 1993. En su art. 51 se prevé que la prestación se garantizará a la “mujer que pertenezca a las categorías protegidas y que haya cumplido el periodo de calificación que se considere necesario *para evitar los abusos.*” La cuestión es: ¿de qué abusos está hablando este texto?, y si es necesario mantenerlo en la actualidad, a partir de la observación del decremento progresivo en la tasa de natalidad en toda Europa.

⁴¹ En ello no se aparta del resto de Estados de la Unión Europea, que, salvo los dos referidos, exigen haber cumplimentado un periodo específico de cotización con carácter previo al parto. Vid. al respecto el epígrafe correspondiente del capítulo anterior de este trabajo:

⁴² Suprimida por la Ley 42/1994 la discriminatoria (e inconstitucional, en opinión de algunos: v.g., LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ, op. cit.) exigencia de que la afiliación fuera anterior al inicio del embarazo (o nueve meses anterior a la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a la decisión administrativa o judicial de acogimiento, prevista por el anterior art. 130 c) LGSS (y homogeneizándose, por tanto, el requisito de la afiliación respecto de todas las prestaciones del sistema), basta la mera afiliación en el momento del hecho causante. En palabras de la STSJ de Andalucía/Málaga de 4 de mayo de 1993 (AS 1993, 2280), dicha exigencia, “de antigua tradición”, que “pretendía evitar conductas fraudulentas”, era “poco acorde con un sistema de afiliación única y permanente”. La Resolución de 21 de abril de 1995, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, *en relación con diversas dudas que se plantean respecto de la prestación económica por maternidad, según la nueva redacción dada a la Ley General de la Seguridad Social por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre*, se encarga de aclarar que la voluntad del legislador al respecto “es inequívoca en el sentido de suprimir tal requisito”.

⁴³ Como nos recuerda la STSJ del País Vasco, de 4 de noviembre de 1993 (AS 1993, 5100), existen tres tipos de alta en nuestro Sistema de Seguridad Social: el alta real -supuesto normal-, la situación asimilada al alta y el alta presunta (art. 125 LGSS), siendo de aplicación extensiva la regla (alta real) y restrictiva la excepción (las otras dos situaciones). No existiendo el alta y no siendo ésta una contingencia profesional, el trabajador carecería del derecho a la prestación. Ello puede

profesionales taurinos) en el sistema de la Seguridad Social⁴⁴, en alguno de sus regímenes, o, en su caso, la situación asimilada al alta, en el momento de producirse el hecho causante⁴⁵ (situación regulada con carácter general en el art. 125 LGSS y específico en el art. 4 de la OM 1967).

El art. 4 del Reglamento de la prestación reconoce una sola situación asimilada a la de alta, que predica del subsidio por *incapacidad laboral transitoria*: la situación de *percepción de la prestación por desempleo total* (art. 4.1 OM 1967) *en su modalidad contributiva*⁴⁶, regulada en el art. 222.2 LGSS⁴⁷ -que debe ser interpretada a la luz de la Disposición Final Tercera de la Ley 42/1994⁴⁸- y 17 del RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de *Protección por Desempleo*⁴⁹. Ha de tratarse, pues, de una situación de desempleo involuntario, pero además, deberá ser total⁵⁰, subsidiado y del nivel contributivo, situación a la que se

sucedir cuando el contrato que sirve de base a la relación jurídica de Seguridad Social es nulo, por falta del permiso de residencia y de trabajo, sobre la base del art. 15.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio (SSTSJ de Cataluña, de 19 de octubre de 1992 y de 2 de septiembre de 1993, AS 1992, 5126 y 3808; y SSTSJ de Madrid, de 21 de noviembre de 1991, AS 1991, 6204).

El Tribunal Supremo, por otra parte, insta a la interpretación humanizadora del requisito del alta, en la Sentencia de 3 de marzo de 1978 (R.J. 1978, 882) y todas las que en ella se citan.

⁴⁴ Por tanto, siendo la situación de incapacidad temporal de alta real mientras se mantenga vigente la relación laboral, queda franqueado el paso a la prestación de maternidad, pudiéndose conectar ambas prestaciones consecutivamente.

⁴⁵ El parto, el acogimiento o la adopción. STSJ de Navarra, de 5 de octubre de 1993 (AS 1993, 4259), que entiende que el hecho causante es el acogimiento previo a la adopción (constituida durante la situación de excedencia de la trabajadora), aun cuando en la fecha en que acaeció no se contemplaba el supuesto por la ley, lo cual no debe ser óbice para conceder el derecho, cuando la necesidad que protege la norma (la adaptación del menor a la vida familiar, que exige "cuidados más intensos") se da con mayor intensidad durante la fase inicial de la adopción de un menor, que es el acogimiento previo. Por lo demás, la baja por maternidad puede ser simultánea a la baja en el régimen general o cualquier otro del sistema de la Seguridad Social.

⁴⁶ Resolución de 8 de junio de 1992, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social.

⁴⁷ Existe doctrina contraria a esta asimilación: cfr., ÁLVAREZ DE LA ROSA, quien entiende que, "en razón al intrínseco fundamento de esta contingencia (el descanso post parto o adopción) no es posible aplicar la legislación ni la jurisprudencia que en incapacidad temporal asimila al alta la situación de desempleo subsidiado", lo cual fuerza la asimilación al alta -doctrina elaborada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo- del periodo de incapacidad temporal posterior a la extinción del contrato ("Maternidad", en *Enciclopedia de Seguridad Social*, Acción Protectora-1, IX, p. 15, CISS).

⁴⁸ En su número dos se dispone que todas las referencias realizadas por el art. 222 a la incapacidad laboral transitoria deben entenderse referidas tanto a la incapacidad temporal como a la maternidad.

⁴⁹ Habiendo derogado el Texto Refundido de 1994 tanto la Ley 22/1992 de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo en todo aquello que se refiere a la prestación por desempleo, como la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, resta vigente el Real Decreto que la desarrolla (el 625/1985), en tanto no sea dictado nuevo Reglamento de la prestación.

⁵⁰ Se excluye, por su propia naturaleza, el desempleo *parcial*, ya que el beneficiario está vinculado por un contrato de trabajo en vigor, siendo la jornada reducida, de ahí su compatibilidad con las prestaciones por desempleo. Tal razón es la que motiva que la Orden de 13 de octubre de 1967

asimila la de *titularidad sin ejercicio* del derecho: es decir, la de quien, ostentando el derecho a la prestación de desempleo, no la ha solicitado todavía⁵¹.

No es, por consiguiente, situación asimilada el disfrute del subsidio asistencial⁵², ya que, según disponen los arts. 222. 2 LGSS y 17 del RD 625/1985, la situación amparada es la de percibo de la “prestación”, no del subsidio, aunque el art. 4 de la OM 1967 haga referencia únicamente al “desempleo involuntario total y subsidiado”. La razón de tal expresión o, mejor dicho, de la ausencia de especificación suficiente, no es otra que la inexistencia en la fecha de la referida norma de dos niveles diferenciados de la protección por desempleo. Así se declara expresamente por el Oficio Circular 14/1992, de 7 de julio, de la Dirección General del I.N.S.S. (que transcribe la Resolución de 8 de junio de 1992, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social⁵³), que, recogiendo las Sentencias del Supremo de de 18 de septiembre, 7 y 27 de noviembre y 27 de diciembre de 1991, no considera como situaciones asimiladas al alta aquellas en las que se haya extinguido la obligación de cotizar por extinción de la relación laboral. Y aunque dicha obligación no cesa durante la situación de desempleo asistencial -gestionándose por el INEM-, se limita, según dispone el art. 206.2 b) (al que se remite el art. 222.2), a las contingencias de asistencia sanitaria, protección a la familia y, en su caso, jubilación (cuando se perciba el subsidio especial de pre-jubilación para mayores de 52 años). En consecuencia, no constituye situación asimilada al alta a efectos de protección por maternidad.

excluya la situación de desempleo parcial del acceso a la prestación por maternidad, ya que el beneficiario ya tiene derecho a la misma en virtud de diferente título: la existencia de un contrato de trabajo. Por consiguiente, la referencia del art. 17 del R.D. 625/1985 (que parece incluir tanto el desempleo total como el parcial) no va más allá de la delimitación de la entidad que gestionará la prestación por maternidad, adopción o acogimiento, disponiendo que será abonada por delegación por la misma entidad que gestiona la de desempleo, es decir, el INEM.

⁵¹ STSJ de Baleares, de 10 de noviembre de 1993 (AS 1993, 4833). Siempre que la falta de solicitud no se deba a desidia o a falta de interés, sino a la mera imposibilidad temporal de llevarlo a cabo, dada la proximidad del hecho causante respecto del inicio de la situación de paro involuntario: STSJ de Cataluña, de 28 de septiembre de 1993 (AS 1993, 3855). En sentido contrario, STSJ de Andalucía/Málaga de 7 de febrero de 1994 (AS 1994, 650). Se excluye, por tanto, el desempleo involuntario *sin derecho a prestación*. No obstante, cierta doctrina de suplicación ha llegado a conclusión contraria, siendo confirmada por reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, que será comentada entre las situaciones asimiladas creadas vía jurisprudencial. En sentido contrario, STSJ de Andalucía/Málaga de 7 de febrero de 1994 (A. S. 1994, 650).

⁵² También en el caso del subsidio de desempleo agrario en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario, por establecerse en el art. 6 b) del Reglamento regulador de dicho régimen (RD 2298/1984, de 26 de diciembre) la incompatibilidad de las prestaciones de pago periódico de la Seguridad Social -salvo la protección a la familia- con el subsidio de desempleo agrario: STSJ de Andalucía/Granada, de 21 de julio de 1992 (AS 1992, 3561).

⁵³ Vid. en aplicación de la misma las sentencias de los TSJ de La Rioja, de 30 de junio de 1994 (AS 1994, 2424), y de Murcia, de 21 de junio de 1994 (AS 1994, 2660).

Así debe interpretarse el art. 4.1 de la referida Orden, a la luz del art. 125.1 LGSS, que lo matiza, al referirse al desempleo total durante el cual se perciba *prestación*, así como los arts. 206. 2 b) y 222.2 de la vigente LGSS. Interpretación avalada por la doctrina del Tribunal Central de Trabajo (Sentencias de 3 de noviembre y 9 de diciembre de 1987⁵⁴ y de 12 de diciembre de 1988⁵⁵) y del Tribunal Supremo: así, Sentencias de 11 de junio de 1991, en recurso extraordinario de revisión, y de 26 de julio de 1993⁵⁶, en unificación de doctrina, según la cual la derogada L.P.D. de 2 de agosto de 1984 -entiéndase también su Reglamento de desarrollo- le da a la expresión “prestación por desempleo” el sentido de prestación contributiva⁵⁷, y de 28 de abril de 1995, u.d., en la que se da por reproducida la anterior⁵⁸. Idéntico criterio se mantiene en otras tantas sentencias de suplicación⁵⁹.

En todo caso, el art. 125.1 del Texto Refundido de la LGSS de 1994 clarificó la cuestión⁶⁰, cerrando el paso a interpretaciones extensivas como la que efectúa el TSJ del País Vasco, en sentencia de 4 de noviembre de 1993⁶¹, que, partiendo de la

⁵⁴ RTCT 1987, 23911 y 27577.

⁵⁵ RTCT 1988, 8293.

⁵⁶ R.J. 1993, 5980.

⁵⁷ “...la expresión prestación por desempleo se identifica con la prestación contributiva, como beneficio distinto del subsidio por desempleo”. “Esa distinta naturaleza tiene incidencia en el régimen jurídico de uno y otro nivel, que se manifiesta no sólo en muy distinto sistema de protección económica, sino también en otros aspectos como en el de la cotización a la Seguridad Social, y también (...) en la de concurrencia de la situación de ILT con desempleo”. Es por ello que “desde el momento en que se inicia la percepción del subsidio, haya sido precedido o no de la prestación contributiva, no cabe acceder en plenitud a la ILT...” En definitiva, “*la situación de desempleo del nivel asistencial no puede entenderse asimilada a la de alta a estos efectos de lucrar prestaciones por ILT*”.

⁵⁸ R.J. 1995, 4439. Ponente: Sr. Gil Suárez.

⁵⁹ Cfr., las del TSJ de Castilla-León/Burgos de 20 de febrero de 1992 (AS 1992, 579), Castilla-León/Valladolid, de 22 de junio de 1993 (AS 1993, 2808); Madrid de 10 de marzo y de 20 de julio de 1992 (en razón de la ausencia de obligación de cotizar durante tal periodo y de la ausencia de previsión expresa del supuesto, “pues se trata de materia tipificada y reglada”), AS 1992, 1992, 1606 y 3729; Canarias, de 2 de junio y 31 de julio de 1992 y 4 de febrero de 1994 (A. S. 1992, 2964, 3771 y 1994, 723); País Vasco, de 4 de noviembre de 1993 (AS 1993, 5100); Andalucía/Málaga, de 21 de julio de 1992 y 7 de febrero de 1994 (A. S. 1992, 3561 y 1994, 650) y Cataluña de 24 de julio de 1992, 17 de marzo de 1993 y 23 de febrero de 1994 (A. S. 1992, 4069; 1993, 1537 y 1994, 596), según las cuales no existe situación de alta, pues “en tal situación no se cotiza a la Seguridad social por la contingencia de ILT”, ya que se trata de una situación de carácter transitorio, lo cual justifica la diferencia de trato con “aquellas otras de carácter permanente” (pensiones). Véanse también las del TSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 26 de abril de 1996 (AS 1996, 1969), de Andalucía/Sevilla, de 2 de septiembre de 1996 (AS 1996, 4864) y de Galicia, de 24 de septiembre de 1996 (AS 1996, 3410).

⁶⁰ PÉREZ ALONSO, M^a A.: “La incapacidad laboral temporal en el Sistema de Seguridad Social: un recorrido por nuestra jurisprudencia”. *Tribuna Social*, núm. 44-45, 1994, pág. 93. Dicha autora sostenía, fundándose en el anterior Texto Refundido y normativa de desarrollo, que cabía el acceso a la prestación desde la situación de desempleo asistencial (“Las relaciones entre las situaciones de Incapacidad Laboral Transitoria e Invalidez Provisional y las prestaciones de desempleo”, A.L. núm. 19, 1989).

⁶¹ AS 1993, 5100.

existencia de idéntico objetivo en ambos niveles de la prestación e identidad de circunstancias en ambos casos, entiende que del art. 17 del Reglamento de la prestación de desempleo cabe desprender que el beneficiario del subsidio asistencial se halla en situación asimilada al alta⁶².

La exclusión del nivel asistencial de las prestaciones por desempleo como situación asimilada al alta a efectos de la prestación de maternidad tiene, pues, claras consecuencias en lo que se refiere a los sujetos beneficiarios de la misma: en primer lugar, porque carecen del derecho a ella quienes hayan accedido directamente al subsidio, sin pasar por la prestación en su nivel contributivo (así, los perceptores del subsidio contributivo, emigrantes retornados o liberados de prisión), y, en segundo lugar, porque si la incapacidad sobreviene cuando se ha extinguido la prestación contributiva, desaparece también la posibilidad de alcanzar la prestación por inexistencia de alta.

Participa del mismo carácter el *plazo de espera* para el acceso al subsidio asistencial, una vez agotada la prestación contributiva (pues “no puede mantenerse una situación agotada”)⁶³ y aunque el paro involuntario que subsista tras el agotamiento de ambos niveles de la prestación sí constituya situación asimilada a la de alta⁶⁴ a otros efectos⁶⁵.

Así pues, sólo cabe hablar de una situación asimilada al alta, *de origen legal*, a efectos de esta prestación: la de *desempleo subsidiado* (lo cual incluye la situación de incapacidad temporal-desempleo, es decir, la incapacidad temporal que acontece durante el disfrute de la prestación por desempleo⁶⁶). No obstante, la Jurisprudencia ha ampliado el concepto legal de “situación asimilada”, considerando como tales una serie de situaciones, en la consideración de que el requisito del alta debe entenderse en sentido laxo o flexibilizador⁶⁷:

⁶² “...al subsistir en uno y otro caso la misma razón generadora de la asimilación al alta constituida por la ausencia de empleo, la involuntariedad de esta situación y la protección por el Sistema de la misma, a la que no se opone ninguna de las normas que como infringidas se citan y cuya interpretación teleológica abogan por la aplicación extendida, al no concebirse una finalidad diversa para una u otra situación de desempleo.”

⁶³ Aunque la contingencia tuviera origen anterior -situación fisiológica de embarazo- SSTSJ de Cataluña, de 2 de julio y de 19 de noviembre de 1993 (AS 1993, 3539 y 4905).

⁶⁴ “Doctrina que tiene por norte evitar que situaciones continuadas y regulares de permanencia en la Seguridad Social se ven finalmente truncadas por acontecimientos que tienen como común denominador ser extraños a la voluntad del beneficiario o causante” (STSJ de Cataluña, de 17 de marzo de 1993, AS 1993, 1537).

⁶⁵ SSTSJ de Andalucía/Málaga, de 13 de enero y de 7 de febrero de 1994 (AS 1994, 301 y 650). En el mismo sentido, STSJ de Canarias/Las Palmas, de 23 de julio de 1993 (AS 1993, 3469).

⁶⁶ SSTSJ de Baleares, de 25 de enero y 24 de abril de 1990 (RTSJ 1990, 2578), 7 de septiembre y 10 de noviembre de 1993 (AS 1993, 3878 y 4833) y 26 de abril de 1994 (AS 1994, 1356).

⁶⁷ En este sentido, señala GARCÍA NINET (“La incapacidad temporal”, en *La Incapacidad Temporal*, Tecnos, 1996), así como la STSJ de Andalucía/Málaga, de 13 de enero de 1994 (AS 1994, 301), según la cual “la exigencia del alta, o situación asimilada al alta, no debe ser pedida con rigor

1. El supuesto de asimilación al alta creado⁶⁸ por dos Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1995, dictadas en Sala General⁶⁹, que inician nueva línea jurisprudencial⁷⁰: la *situación de incapacidad temporal que subsista tras la extinción del contrato de trabajo*, momento en el que cesa la obligación de cotizar y, por tanto, el alta en el sistema (así lo declaraba la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica de 8 de junio de 1992⁷¹, que, en consecuencia debe entenderse inaplicable), manteniéndose sólo el derecho a la subsidio económico, que abona en pago directo el INSS⁷², teniendo en cuenta que, no siendo ya la maternidad una situación más de las que constituyen hecho causante de la

formalista en todos los casos, sino que ha de interpretarse y valorarse en un sentido humano e individualizador, acorde con la realidad y circunstancia de cada supuesto en concreto, teniendo en cuenta el carácter tuitivo de la legislación del trabajador en aquellas situaciones de infortunio por las que atraviesa”.

⁶⁸ La mencionada doctrina, que constituye “extensión” de la ya sentada por el TCT en sentencias de 20 de diciembre de 1973, 22 de mayo de 1975 y 25 de septiembre de 1979 (RTCT 1973, 5342; 1975, 2574 y 1979, 5142) y ratificada por las de 3 de noviembre de 1988 y 2 de enero de 1989 (RTCT 1988, 7478 y 1989, 683), en las que se reconocía la procedencia del mantenimiento de la prestación nacida con anterioridad a la extinción del contrato, constituía ya doctrina reiterada de suplicación: v.g., el TSJ de Baleares, que llega a idéntica conclusión en su Sentencia de 24 de abril de 1990 (AS 1990, 2578), el de Andalucía/Granada, en sentencia de 10 de noviembre de 1992 (AS 1992, 5438), sobre la base de la existencia de una sola situación de ILT, si bien por causas diferentes, el de Asturias, de 29 de noviembre de 1993 (AS 1993, 4716), o el de Andalucía/Málaga, de 18 de abril de 1994 (AS 1994, 1675) o Madrid, en sentencia de 20 de septiembre de 1994 (AS 1994, 3623), sobre baja debida a amenaza de parto prematuro, en la que entiende el Tribunal que la trabajadora no se halla en situación de desempleo, pues, de proporcionarle trabajo la oficina de colocación, “quedaría sin contenido la Ley 3/1989, de 3 de marzo”, etc. No obstante, en todas ellas se parte de una realidad legislativa diferente, que concebía ambas contingencias como una sola: la de ILT (SSTSJ de Cataluña, de 1 de octubre de 1993, 3 de marzo, 21 de abril y 16 de mayo de 1994, AS 1993, 4509 y 1994, 1239, 1472 y 2073; según la primera de éstas, “no puede entenderse formalmente extinguida la prestación con la formal baja por enfermedad común, al existir consiguientemente una única situación de incapacidad laboral transitoria, y no darse ninguno de los supuestos de extinción, por lo que sigue concurriendo el discutido requisito del alta en el momento del hecho causante”).

⁶⁹ Puede hallarse un comentario a la misma en: CUEVAS GONZÁLEZ, F. DE LAS: “Maternidad (Nota a la STS 20 de enero de 1995)”. *Actualidad Laboral*, 1995-II.

⁷⁰ Puede hablarse a partir de este momento de un giro radical en la consideración de la contingencia, por cuanto se abandona la arraigada doctrina forense según la cual la no contemplación de la situación como asimilación al alta implicaba su exclusión de la acción protectora de la Seguridad Social.

⁷¹ En ella se disponía que “si la extinción del contrato de trabajo se produce después de iniciada la situación de ILT por enfermedad o accidente, pero antes del comienzo del periodo de descanso por maternidad, y la trabajadora no se encuentra en situación asimilada al alta, no se podrá causar el derecho a la situación de incapacidad laboral transitoria de descanso por maternidad”. Para evitar la desprotección de la trabajadora, establecía la “prórroga” o conservación del derecho al subsidio: “en tal caso, no se interrumpirá ni la situación de ILT anterior al parto, ni el abono del subsidio que a ésta corresponda”

⁷² STSJ de Andalucía, de 12 de enero de 1996 (AS 1996, 71): “la regla del artículo 70.4 de la Ley General de la Seguridad Social (la obligación de cotizar continuará en situación de ILT) sólo se aplica, según ha declarado la Sala, cuando el contrato de trabajo está suspendido; no cuando se ha producido la extinción y no existe obligación de cotizar a cargo del INEM (artículo 19.2 de la Ley 31/1984), por no encontrarse el trabajador percibiendo la prestación de desempleo.”

prestación de incapacidad laboral transitoria, no puede considerarse como una de sus fases o nuevo periodo, regido por el principio de valoración conjunta de las contingencias a efectos de cómputo de la duración total⁷³.

En efecto, las SSTS de 20 de enero de 1995 (*pleno*), que resuelven los recursos de casación para la unificación de doctrina, núm. 1281/94 y 926/94⁷⁴, y cuya doctrina se repite en las de 30 y 31 de enero⁷⁵, 8, 20, 22 y 24 de febrero⁷⁶, 2, 6, 21 (dos), 24 y 27 de marzo⁷⁷ y 3 (dos sentencias), 4 y 5 de abril⁷⁸ y 10 y 22 de mayo⁷⁹ del mismo año⁸⁰, consideran -todas ellas en similares términos- que, a efectos de la protección por maternidad, debe ser conceptuada como situación asimilada al alta la de *incapacidad laboral transitoria* por enfermedad, siempre que concurra una condición: “que el alta que finaliza esta situación (la de incapacidad temporal) y la subsiguiente baja médica por maternidad se hubieran producido *sin solución de continuidad*”⁸¹, tal como preveía el art. 12.3 de la OM 1967.

Los argumentos esgrimidos por el Tribunal fueron sintetizados por el Magistrado Sr. Martínez Emperador en la STS de 3 de abril de 1995, en la que se dan por reproducidos los criterios de las de 20 de enero, sistematizándolos de la siguiente

⁷³ Así se califica en la STSJ de Cataluña, de 5 de septiembre de 1994 (AS 1994, 3483).

⁷⁴ R.J. 1995, 393 y 1146. Ponente: Sr. Álvarez Cruz.

⁷⁵ Ponentes: Sres. Varela Autrán. y Martínez Emperador, respectivamente. Ambas en A.L. núm. 25, 1995, ref. 897 y 906. En la de 31 de enero, el supuesto de hecho era levemente diferente, pues la situación de la que provenía la incapacidad temporal era la de percepción de la prestación contributiva de desempleo.

⁷⁶ R.J. 1996, 861. A.L., núm. 27, 1995, ref. 975 y 977.

⁷⁷ A.L., núm. 27, 1995, ref. 981; 31, 1995, ref. 1193; RJ 1995, 2188 y A.L., núm. 32, 1995, ref. 1242, respectivamente.

⁷⁸ A.L. núm. 32, 1995, ref. 1256 (no contiene más consideraciones que la pura remisión a los criterios sostenidos en las de 20 de enero) y R° 2846/94 (Ponente: Sr. Gil Suárez).

⁷⁹ R° 1221/94. Ponente: Sr. Desdentado Bonete, en A.L. núm. 38, ref. 1530, y R.J. 1995, 3993.

⁸⁰ Aplican la referida doctrina las sentencias de los TSJ de Aragón, de 27 de marzo y 2 de mayo de 1996 (AS 1996, 517 y 1517, esta última reproduciendo literalmente los fundamentos de derecho tercero, cuarto y quinto de la STS de 20 de enero de 1995), de Cataluña, de 15 de enero de 1996 (AS 1996, 855), de Murcia, de 27 de marzo de 1996 (AS 1996, 1823) y de Navarra, de 18 de noviembre de 1996 (AS 1996, 3780). A pesar de la consolidación (aunque reciente) de la doctrina del Tribunal Supremo en este terreno, el TSJ de Valencia, en la Sentencia de 16 de mayo de 1995 (Ponente: Sr. Barrachina Juan, A.L., núm. 47, 1995, ref. 1978), discrepa de tal criterio, manteniendo la tesis contraria a la consideración de esta situación como de asimilación al alta.

⁸¹ SSTS (4ª) de 31 de enero de 1995 (AS, núm. 25, 1995, ref. 906) y de 3 de abril de 1995. F.D. 2º.1. R° 2164/94. A.L., núm. 32, 1995, ref. 1252. Ponente en ambos casos: Sr. Martínez Emperador La STS de 20 de enero de 1995, en la que se sienta la doctrina de referencia, considera que no “puede aceptarse que el hecho de que la baja por maternidad se produzca el día siguiente al del alta médica por enfermedad común, y no el mismo día, resulte relevante para eliminar la situación de asimilación al alta, pues, aparte de que, para establecer con claridad el comienzo de la situación protegida, debería la entidad gestora haber cursado los preceptivos partes de ‘pronóstico de parto’ y ‘notificación del parto’, en vez de una irregular baja por maternidad, es que entre las dos situaciones no existe realmente solución de continuidad que pueda romper la situación de asimilación al alta.”

manera, para cuya traslación se tendrán en cuenta las diferentes fundamentaciones contenidas en las diversas resoluciones dictadas por la misma Sala en las fechas anteriormente señaladas:

1º.No existe en nuestro Ordenamiento positivo norma alguna que establezca tal asimilación, lo cual no quiere decir que se excluya la posibilidad (“no debe ser entendida como expresión de voluntad legal negativa al respecto”), sino que estamos ante una *“laguna legal*⁸² *necesitada de integración por los medios establecidos para garantizar la plenitud de dicho Ordenamiento”,* medios tales como la *analogía* (art. 4.1 C.civil). Añade la STS de 21 de marzo de 1995⁸³ *“la falta de referencia a estos supuestos en el artículo 4 de la Orden de 13 de octubre de 1967 no obedece a una voluntad de excluir la protección de la maternidad en estos casos, sino que se debe a que la norma ha considerado innecesaria esta precisión, porque ha tenido en cuenta el supuesto normal de ILT con mantenimiento de alta y no el de baja por extinción del contrato de trabajo”. La analogía debe impedir, pues, que una laguna lleve a la “descalificación de este supuesto como situación asimilada al alta, pues ello traería consigo la generalización de situaciones de desprotección, que no se limitarían además a la maternidad, sino que afectarían a las pensiones.”*

2º. De ahí que, en aplicación de la analogía y recurriendo a una interpretación sistemática y finalista de la ley, haya que acudir a lo dispuesto expresamente para un supuesto semejante, como es el de la invalidez provisional, situación de baja en la que cesa la obligación de cotizar. Y en este sentido sí se prevé en norma positiva que dicha situación actúe como situación asimilada respecto de ciertas prestaciones: desempleo (art. 2.1 RD 625/1985) y pensiones: jubilación (art. 154.3 LGSS), muerte y supervivencia (art. 158.1 b) LGSS) e invalidez permanente (STS de 14 de abril de 1980). Y puesto que dichos supuestos *“guardan semejanza con el controvertido, pues en todos ellos media incapacidad para el trabajo, baja en la Seguridad Social, sin prestación por desempleo”,* se aprecia *“identidad de razón, derivada de la necesidad de conservar la protección de la Seguridad Social en estas situaciones de incapacidad temporal”. Y “si desde la situación de I.L.T. se puede causar derecho a prestación por desempleo aunque no se esté en alta (art. 19.1 de la Ley 3/1984), no hay razón para excluir igual regla a efectos de la protección por maternidad.”*

⁸² De laguna legal habla también la STSJ de Andalucía, de 12 de enero de 1996 (AS 1996, 71), según la cual *“ello traería consigo la generalización de situaciones de desprotección, que no se limitarían además a la maternidad, sino que afectarían a las pensiones.”* En el mismo sentido, STSJ de Galicia, de 19 de febrero de 1997 (AS 1997, 876) y STSJ de Navarra, de 13 de octubre de 1997 (AS 1997, 3447).

⁸³ F. D. 3º. A.L. núm. 31, 1995, ref. 1193. Ponente: Sr. Álvarez Cruz.

- 3º. “Existe una interconexión entre la situación de I.L.T. y el descanso por maternidad⁸⁴, pues el artículo 6.3 del Reglamento General de Prestaciones de 23 de diciembre de 1966 y el 12.3 de la Orden de 13 de octubre de 1967 establecen que si, después de agotado el descanso obligatorio posterior al parto, la beneficiaria continuara necesitando asistencia sanitaria y estuviera incapacitada para el trabajo, será considerada en situación de I.L.T. por enfermedad común con derecho al subsidio, *lo que hace que la situación inversa también debe ser protegida.*”⁸⁵
- 4º. El cuarto argumento del que se vale el Tribunal es la propia naturaleza configuración legal de la contingencia, hasta fechas recientes incluida entre las situaciones que determinan el nacimiento de la prestación de incapacidad laboral transitoria. Y de ahí que se invoque la interconexión entre ambas prestaciones, prevista por norma legal expresa (art. 12.3 OM 1967), en la que se dispone el paso de una prestación a otra sin solución de continuidad⁸⁶.
- 5º. La no admisión de la posibilidad que se está juzgando llevaría a una situación que el Tribunal califica de absurda: la desprotección de la trabajadora, que no podría acceder a la prestación por desempleo por no hallarse en disposición de trabajar⁸⁷, ni tampoco a la de maternidad, por no estar (a juicio del recurrente, el INSS) en situación asimilada a la de alta. Es decir, la situación asimilada de desempleo subsidiado no llegaría a producirse, porque, en palabras de la STS de la misma fecha (3 de abril de 1995)⁸⁸, “una trabajadora con el contrato de trabajo extinguido, que es dada de alta en I.L.T. por enfermedad común e inicia nueva baja por maternidad, no está obligada a inscribirse como demandante de un empleo, ni a solicitar la prestación de desempleo”. El motivo es claro: “la maternidad lleva consigo que la trabajadora *no pueda ejercer otro empleo* si se

⁸⁴ La referida interconexión carece de efectos cuando la situación es la inversa: a la baja por maternidad, durante la cual se produce la terminación del contrato, sigue una baja sin solución de continuidad por enfermedad común. STS de 2 de junio de 1995 (A.L., núm. 43, 1995, ref. 1752). (Sin embargo, el TS no entra en el fondo del asunto por no concurrir los requisitos previstos en el art. 216 LPL para la unificación de doctrina)

⁸⁵ Segunda de las sentencias de 3 de abril de 1995, por la que se resuelve el recurso número 1294/1994.

⁸⁶ La STSJ de Cataluña citada como contradictoria en la STS de 21 de marzo de 1995 considera que “*existe una única situación de ILT*, aunque formalmente puede ser calificada en sus posibles sucesivas fases bajo diversos calificativos jurídicos que den lugar a formales altas y bajas médicas simultáneas para intentar ajustar externamente los aspectos médicos a los jurídicos. No pudiendo, por ello, entenderse extinguida la prestación con la formal baja por enfermedad común, al existir una única situación de ILT y *no darse ninguno de los supuestos de extinción* (artículos 129.3 de la LGSS y 10 de la Orden de 13 de octubre de 1967), por lo que sigue concurriendo el discutido requisito del alta en el momento del hecho causante...”

⁸⁷ El TSJ de Madrid, en sentencia anterior, de 6 de julio de 1994 (AS 1994, 3143), juzga más ajustado al espíritu de la ley el pase a la situación de desempleo, para desde ésta, en virtud del art. 17 del RD 625/1985, acceder al subsidio por maternidad.

⁸⁸ Rº 1294/94, A.L., núm. 32, 1995, ref. 1255.

encuentra en el periodo de descanso obligatorio, o esté legitimada para no aceptar una oferta de trabajo adecuada si se trata del periodo de descanso voluntario”. En consecuencia, no puede tampoco acceder a la protección de desempleo “porque no está en disposición de trabajar” o “no le conviene en atención a su estado”⁸⁹, pero tampoco puede beneficiarse de la protección por maternidad porque no ha pasado a percibir prestación de desempleo (en cuyo caso sí estaría en situación asimilada al alta), interpretación -efectuada por la recurrente- que conduciría al absurdo.

A pesar de tan ilógico resultado, idéntica glosa del precepto se realiza en otras varias sentencias de suplicación, bajo un argumento basado en la propia naturaleza de la prestación, que se erige en fuente sustitutiva de las rentas de activo y, no existiendo rentas de activo que sustituir ni periodo de descanso que cubrir (dada la desocupación laboral del trabajador), tampoco ha lugar a la prestación⁹⁰. Así, puede decirse que es doctrina consolidada del TSJ de Andalucía/Sevilla (sentencias de 16 y 22 de mayo y 24 de octubre de 1990, de 15 de julio y 15 de octubre de 1993 y de 3 de febrero de 1994⁹¹) la tesis de que “la contingencia protegida no es la maternidad *‘in genere’*, sino sólo aquellos tiempos de descanso cuando está vigente el contrato de trabajo, lo que impone la suspensión del mismo según el artículo 45.1 d) del Estatuto de los Trabajadores para que se pueda otorgar la protección económica a la mujer trabajadora y que tal supuesto no se produce cuando la I.L.T. por maternidad surge después de terminado el contrato”, resultando “impensable una situación de ILT por maternidad que no sea coincidente con la existencia de una relación laboral que merezca la suspensión por dicha situación”.

A dicho argumento debe oponerse, además de lo ya esgrimido con anterioridad, un razonamiento utilizado por la STS de la misma fecha, en su F.D. 4º e): la prestación no sustituye las rentas procedentes del trabajo que no puede desarrollarse, sino que “lo que se garantiza es el descanso de la mujer trabajadora frente a la necesidad de búsqueda y aceptación de un nuevo empleo”, y “así lo reconoce el ordenamiento español cuando considera situación

⁸⁹ STS de 8 de febrero de 1996, R.J. 1996, 861.

⁹⁰ En el mismo sentido, GARCÍA NINET (*La incapacidad...*, op.cit.), que cita la STSJ de Extremadura, de 6 de abril de 1990. Así lo entendía también la Dirección General de Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social, en Resolución de 16 de mayo de 1984, sobre trabajadores contratados a tiempo parcial de forma discontinua (BISS 12/82), en la que se reconoce el derecho sólo por el tiempo correspondiente a los días a los que se refiere el contrato de trabajo. Criterio sustituido por el art. 19.1 de la posterior Ley 31/84, de Protección por Desempleo, en la que se reconoce el derecho en similares términos a los de los trabajadores a tiempo completo.

⁹¹ AS 1990, 3870, 3873 y 4575; 1993, 3521 y 4587 y 1994, 668. Asimismo, la de 21 de junio de 1991, citada como contradictoria para la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina que resuelve la STS de 3 de abril de 1995

asimilada al alta, a efectos de I.L.T., el desempleo involuntario total y subsidiado.”

Sobre el mismo asunto conoce también el Tribunal Supremo en sentencia de la misma fecha: 3 de abril de 1995⁹², siendo Ponente el Sr. Linares Lorente. En ella se introducen nuevos elementos que refuerzan la conclusión a la que se llega en la Sentencia anterior, que pivotan alrededor de una idea básica: el respeto al principio de igualdad por razón de sexo:

1º. La situación desfavorable en la que se colocaría a la mujer, única afectada por el riesgo que protege la prestación: la maternidad, siendo, en cambio, la incapacidad laboral transitoria situación que puede afectar tanto al hombre como a la mujer:

“El descanso maternal, como modalidad de la I.L.T., es una situación que no se identifica con la incapacidad temporal para el trabajo (que puede afectar igualmente a hombre y mujer) y que, siendo una carga exclusiva del sexo femenino en beneficio del género humano, es soportada solamente por la mujer, puesto que deriva de una diferencia sexual no trasladable al hombre, el que no puede encontrarse nunca en tal situación”. (...)

“Cualquier regulación jurídica que, bajo un principio de igualdad formal, ampare una situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo respecto del hombre por motivo de la gestación y la maternidad se puede afirmar que constituye una discriminación directa por razón de sexo y *la Seguridad Social puede incurrir en ella si niega la protección por maternidad a la trabajadora que, habiendo cesado en el trabajo por causa ajena a su voluntad, se ve privada del subsidio económico que corresponde a su situación por la aplicación indiferenciada de las reglas de acceso a la I.L.T.*, que son comunes a la incapacidad temporal, que puede afectar por igual al hombre y a la mujer”.

Si se exigiera la situación asimilada al alta propia de la situación legal de desempleo (única asimilación prevista en el art. 4 de la OM de 13 de octubre de 1967, siempre que se trate de desempleo *subsidiado*), las prestaciones de una y otra contingencia se confundirían, por lo dispuesto en el art. 19.2 de la Ley 31/84, y el subsidio por maternidad consumiría el de desempleo, “con el consiguiente perjuicio de la mujer trabajadora, que vería mermadas sus prestaciones de desempleo con motivo de la maternidad”.

Durante el año siguiente, el Tribunal Supremo se volvió a pronunciar sobre el tema en las Sentencias de 8 de febrero y de 10 de mayo de 1996⁹³. La segunda de ellas, de

⁹² Rº 1294/94, A.L., núm. 32, 1995, ref. 1255.

⁹³ R.J. 1996, 861: en ella se da por reproducido el razonamiento de las sentencias anteriores, de enero y febrero de 1995; y *La Ley*, 21 de junio de 1996, ref. 5727.

la que es ponente el Sr. Campos Alonso, confirma la doctrina anterior, entendiendo que la falta de previsión expresa de la situación no debe considerarse como voluntad negativa del legislador, sino que cabe asimilar dicha situación a la de maternidad, ya que “no hay razón para excluir igual regla a efectos de prestación por maternidad, que en sus orígenes tenía la condición de situación de incapacidad laboral transitoria, hasta la Ley 42/1994, de 31 de diciembre”.

2. Situación similar a la anterior es la que se produce cuando *la situación de maternidad se inicia una vez extinguido el contrato de trabajo*, sin que haya existido una previa incapacidad temporal de la que constituya “prolongación” la nueva situación de maternidad. La circunstancia que aleja a éste del supuesto contemplado en los arts. 125 y 222 LGSS y 4 OM 1967 y que, por consiguiente, constituye la fuente de posibles incertidumbres, es la inexistencia de una situación de desempleo subsidiado, bien por carecer del derecho al mismo o simplemente por producirse el evento antes de la solicitud de la prestación⁹⁴, razón por la cual no existe el alta. Semejante circunstancia sólo está prevista por el RD 2621/1986, de 24 de diciembre, de integración de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Trabajadores Ferroviarios, Jugadores de Fútbol, Representantes de Comercio, Toreros y Artistas en el Régimen General y de Escritores de Libros en el Régimen Especial de Autónomos, cuyo art. 17 prevé la asimilación al alta de los profesionales taurinos aun extinguido el contrato de trabajo respecto de la prestación de incapacidad temporal. Ha de presumirse también respecto de la maternidad, puesto que la prestación por maternidad se entiende asimilable a tales efectos a la de incapacidad temporal.

No estando prevista la situación expresamente, será preciso, pues, determinar si cabe su consideración como situación asimilada en el resto de casos.

En sentido contrario cabe argumentar que la obligación de cotizar, en virtud del art. 106.4 LGSS y art. 13.2 del R.D. 2064/1995, *por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social*, se mantiene durante la situación de maternidad, *pero sólo mientras subsista el vínculo contractual* que la fundamenta (SSTS de 18 de septiembre y 7 de noviembre de 1991⁹⁵ y 29 de julio, 27 de septiembre, y 3 de diciembre de 1993, entre otras⁹⁶). Extinguido el contrato, cesa la obligación de cotizar, tanto para la empresa, como

⁹⁴ Ya que en tal caso estaríamos ante la situación asimilada que reconoce el art. 125 de la LGSS y el 4 del Reglamento de la prestación.

⁹⁵ R.J. 1991, 6469 y 8205.

⁹⁶ Asimismo, vid. las que se citan en la STSJ de Baleares, de 26 de abril de 1994 (AS 1994, 1356) Entre la jurisprudencia de suplicación, vid. entre otras la STSJ de Cataluña, de 14 de diciembre de 1992 (AS 1992, 6368).

para el I.N.S.S.⁹⁷ -o, en su caso, el I.N.E.M., extinguida la prestación por desempleo, aun existiendo la situación de maternidad, adopción y acogimiento, y aunque continúe garantizándose la protección por tal contingencia (abonándose, por tanto, sólo la prestación económica). Así lo ha entendido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina⁹⁸, así como la Dirección General del Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social en Resolución de 19 de abril de 1985 y la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, en Resolución de 8 de junio de 1992, traspuesta al Oficio-Circular 14/1992, de 7 de julio, de la Dirección General del I.N.S.S.

Ahora bien, ¿significa ello que tampoco habrá lugar a cobertura alguna por parte del sistema? La jurisprudencia de suplicación, aun siendo vacilante⁹⁹, se pronuncia

⁹⁷ “Durante la situación de I.L.T. el empresario tiene obligación de cotizar pero no se produce una transmisión de tal obligación a la Entidad Gestora una vez extinguido el contrato.” STSJ de Andalucía/Granada, de 29 de febrero de 1990 (AS 1990, 2665). En el mismo sentido, STSJ de Andalucía/Sevilla, de 16 de mayo de 1990 (AS 1990, 3870): “no existe la obligación de seguir cotizando durante la Incapacidad Laboral Transitoria que subsiste luego de que se produzca la extinción del contrato de trabajo, cuando satisface las prestaciones directamente la Entidad Gestora, ni cuando se prolonga después de agotado el periodo de percepción del desempleo.”

⁹⁸ Sentencias de 18 de septiembre y 7, 25 y 27 de noviembre de 1991 (R.J. 1991, 6469 y 8205, 9269 y 842), de 13, 29 y 27 de diciembre de 1991 (R.J. 1991, 9070, 9092 y 9103); de 5, 6, 14 y 29 de febrero, 21 de marzo, 4, 9 y 20 de abril y 30 de junio de 1992 (R.J. 1992, 915, 1139, 987, 1155, 1861, 2597, 2614, 2663 y 4696), de 2 y 4 de febrero de 1993 (R.J. 1993, 728 y 740), que cita a las anteriores, y de 21 de enero de 1994 (R.J. 1994, 359). En todas ellas se argumenta que “extinguida la relación laboral y la prestación de desempleo, ni al empresario ni al INEM se impone obligación alguna de cotizar durante la incapacidad laboral transitoria” (entiéndase “maternidad”) (STS de 2 de febrero de 1993).

⁹⁹ Jurisprudencia favorable: Sentencias de suplicación de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía/Málaga, de 13 de enero de 1994 (AS 1994, 301), en la que el Tribunal conoce de un supuesto de acaecimiento de la contingencia a los tres días de la baja, de manera simultánea a la impugnación jurisdiccional de la extinción del contrato; Cataluña, de 17 de noviembre de 1993 (AS 1993, 4897) y de 3 de marzo, 21 de abril de 1994 y 16 de mayo de 1994 (AS 1994, 1239, 1472 y 2073); Baleares: de 24 de abril de 1990 (1990, 2578), 7 de septiembre de 1993 (AS 1993, 3878) y 26 de abril de 1994 (AS 1994, 1356), entre otras muchas. Se afirma en esta última que se trata de una situación “sui generis” que produce un efecto propio dentro del periodo de incapacidad, siendo, pues, situaciones conectables: “lo que en ningún caso ha señalado el Alto Tribunal (...) es que los periodos de ILT-desempleo o de desempleo-ILT (...) no puedan considerarse situaciones asimiladas al alta”.

Contraria: Sentencias del TSJ de Cataluña de 24 de julio de 1992 (AS 1992, 4069) y de 2 de julio de 1993 (1993, 3539), STSJ de Extremadura, de 6 de abril de 1990, STSJ de Andalucía/Sevilla, de 21 de junio de 1991 (AS 1991, 3628) y de 15 de julio de 1993 (AS 1993, 3521), STSJ de Extremadura, de 27 de junio de 1994 (AS 1994, 2462), etc. Las sentencias de los TSJ de Canarias/Las Palmas, de 23 de julio de 1993 (AS 1993, 3469) y Andalucía/Málaga, de 7 de febrero de 1994 (AS 1994, 650), sostienen que “las únicas excepciones a este último calificativo -desempleo total y subsidiado- son las de paro involuntario, una vez agotadas las prestaciones por desempleo, o bien no tener derecho a las mismas, pero nunca el de la situación de la actora” -que en el momento de la baja no había solicitado prestaciones por desempleo-. En consecuencia, declara, siguiendo doctrina consolidada, situación asimilada al alta la de paro involuntario una vez agotadas las prestaciones por desempleo y la de carencia del derecho a las mismas, excluyendo la tercera situación: la de quien, teniendo o no derecho a la prestación, todavía no la ha solicitado.

mayoritariamente a favor de la asimilación al alta, en aras de una flexibilización del requisito que adecúe la prestación a “la realidad y circunstancias de cada supuesto concreto, teniendo en cuenta el carácter tuitivo de la legislación social que se inspira en directrices de protección del trabajador en aquellas situaciones de infortunio por las que atraviesa”¹⁰⁰.

Dicha jurisprudencia de suplicación, confirmada por la del Tribunal Supremo en Sentencias de 20 de enero de 1995 y posteriores, considera como situación asimilada el paro involuntario sin derecho a prestación¹⁰¹ y el paro involuntario que subsiste tras el agotamiento de ésta¹⁰², pero, salvo alguna excepción¹⁰³, no la simple falta de solicitud de las prestaciones por desempleo¹⁰⁴.

¹⁰⁰ STSJ de Andalucía/Málaga, de 13 de enero de 1994 (AS 1994, 301). Un supuesto extremo que justifica la dulcificación del requisito es el resuelto por las Sentencias del TSJ de Cataluña de 12 de julio y 8 de octubre de 1994 (AS 1994, 3047 y 3843), en las que se juzga el caso de una trabajadora artista de doblaje cuya relación de trabajo especial implica el alta y la baja diaria, generándose la situación de maternidad -el parto- entre una jornada y otra de trabajo, por lo tanto, en situación de baja. Debe reconocerse, pues, la situación de asimilación al alta, pues, de lo contrario, se estaría convirtiendo una contingencia común en profesional, si sólo hubiera lugar a la prestación durante la jornada laboral (por existir alta sólo en dicho periodo). Y así lo reconoce el Tribunal, que recuerda las “especiales características de la relación laboral de los artistas y sus especialidades, al permitir el sistema de altas y bajas diarias y continuadas por parte de las empresas”: “ha de ser considerado como asimilado al alta al objeto de poder acceder a la prestación por ILT, so pena de entender que el artista sólo estará en alta o asimilado a efectos de (tal) prestación (...) cuando la baja se produzca una vez iniciada la prestación de servicios del día correspondiente, porque si es anterior a dicho momento laboral estará de baja”, recordando, asimismo, el principio de que nadie puede ser obligado a lo imposible o extremadamente dificultoso. Otro supuesto límite está constituido por la situación de quien causa baja por maternidad *al día siguiente* de extinguirse su relación laboral: la STSJ de Galicia, de 23 de abril de 1991 (AS 1991, 2453), considera dicha situación asimilada al alta “a tenor del artículo 95.1 de la LGSS (actual 125) y artículo 4.1 de la OM de 13-10-1967”. Por su parte, la STSJ de Aragón de 20 de noviembre de 1996 (AS 1996, 3791), haciendo aplicación del Estatuto Médico, cuyo art. 40 condiciona la concesión de la prestación a la existencia de vínculo laboral en vigor, concluye que no existe situación asimilada al alta pese a que la baja maternal de las actrices -trabajadoras eventuales- se produjo vigente la relación laboral (y por tanto, en un momento en que efectivamente reunían todos los requisitos exigidos), pero en el cuarto día de prestación de servicios, juzgándose que la aceptación de la sustitución para la que fueron contratadas constituye abuso de derecho o ejercicio anormal del mismo.

¹⁰¹ La STSJ de Castilla-León/Burgos, de 15 de julio de 1993 (AS 1993, 3368), efectúa una asimilación a otra asimilación al alta, es decir, realiza un paralelismo entre el desempleo no subsidiado y el *paro involuntario*: “aunque no se halle en tal situación, podría considerarse que la demandante se encuentra en una situación asimilada al paro involuntario, y ello aunque no se haya inscrito como desempleada en la correspondiente Oficina de Empleo”, ya que “es obvio que su situación de desempleo no fue buscada de propósito, sino que difícilmente podía solicitar un trabajo en el periodo de ILT, debiéndose por ello y por razones de equidad considerar a la demandante en situación de asimilada al alta (...), teniendo en consecuencia derecho al pago directo solicitado por descanso por maternidad”. En el mismo sentido, la STSJ de Baleares de 10 de noviembre de 1993 (AS 1993, 4833).

¹⁰² La STSJ de Cataluña de 2 de julio de 1993 entiende que no es tampoco situación asimilada la baja médica ocurrida un mes después de la fecha de agotamiento de las prestaciones por desempleo, aunque “la contingencia ocurriera en el plazo de ‘espera’ de un mes que, para el subsidio asistencial de desempleo, viene previsto en el artículo 13.1 de la Ley 31/84”.

Tal conclusión puede extraerse de la Jurisprudencia emanada en torno a la primera de las situaciones asimiladas creadas vía jurisprudencial y plasmada en las Sentencias de 20 de enero de 1995 y todas las posteriores que reiteran sus tesis, de acuerdo con un argumento basado en la propia naturaleza del descanso por maternidad, adopción o acogimiento, ya que “lo que se garantiza (con la prestación) es el descanso de la mujer trabajadora frente a la necesidad de búsqueda y aceptación de un nuevo empleo”¹⁰⁵, por tanto la propia circunstancia de la maternidad imposibilita o legitima la no aceptación de un nuevo empleo, es decir, constituye evento inválido para constituir la situación legal de desempleo que permite acceder a la prestación de desempleo. Y en tal caso lo que no cabe, y así lo avala la jurisprudencia, es la desprotección de la trabajadora por el sistema de la Seguridad Social: “la maternidad lleva consigo que la trabajadora *no pueda ejercer otro empleo* si se encuentra en el periodo de descanso obligatorio, o *esté legitimada para no aceptar una oferta de trabajo* adecuada si se trata del periodo de descanso voluntario” (STS 3 de abril de 1995¹⁰⁶)¹⁰⁷.

Situación distinta de ésta es que el hecho causante de la prestación se produzca durante el periodo de preaviso en caso de cese voluntario en la empresa, pues, existiendo relación laboral en vigor, no cabe acudir a argumentos sólo válidos para negar el acceso a otra prestación, la de desempleo, ya que a efectos de protección por maternidad carece de relevancia el hecho de que el cese posterior sea voluntario (aspecto que sólo constituye elemento definidor del hecho causante de la prestación por desempleo)¹⁰⁸.

2. Las SSTS de 3 de febrero, 16 de junio y 3 de octubre de 1994¹⁰⁹, así como las de 17 de enero de 1995 y 24 de junio de 1996 (ambas sobre maternidad)¹¹⁰, apoyándose en el art. 56.1 b) ET (según el cual el empresario debe mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el periodo correspondiente a los salarios de

¹⁰³ STSJ de Galicia, de 23 de abril de 1991 (AS 1991, 2453).

¹⁰⁴ STSJ de Canarias/Las Palmas, de 23 de julio de 1993 (AS 1993, 3468): “(constituyen situaciones asimiladas) el paro involuntario, una vez agotadas las prestaciones por desempleo, o bien no tener derecho a las mismas, pero nunca la situación de la actora, consistente en no haber solicitado las prestaciones por desempleo, pese a reunir el derecho a las mismas.”

¹⁰⁵ Sentencia de 3 de abril de 1995.

¹⁰⁶ R^o 1294/94, A.L., núm. 32, 1995, ref. 1255.

¹⁰⁷ La cobertura no se produce si la baja fue voluntaria: STSJ de Andalucía/Sevilla, de 22 de abril de 1992 (AS 1992, 6493).

¹⁰⁸ STSJ de Aragón, de 7 de mayo de 1997 (AS 1997, 1556).

¹⁰⁹ R.J. 1994, 5442 y A.L. núm. 1, 1995, ref. 11.

¹¹⁰ R.J. 1995, 6329 (Ponente: Excmo. Sr. Linares Lorente), y 1996, 5388 (Ponente: Excmo. Sr. Fuentes López). Vid. también la STSJ de Cataluña, de 19 de noviembre de 1994 (AS 1994, 4382), y la del TSJ del País Vasco, de 24 de junio de 1997 (AS 1997, 2186), así como la del TSJ de Madrid (Sección 3^a), de 18 de febrero de 1997 (AS 1997, 463), que constituye aplicación de la STS de 17 de enero de 1995 (RJ 1995, 356), y las del TSJ de Cataluña, de 10 de enero de 1996 (AS 1996, 846) y de 16 de enero de 1997 (AS 1997, 843).

tramitación), consideran, a efectos de acceder al subsidio por incapacidad temporal-maternidad, que el *periodo de tramitación en los supuestos de reclamación judicial* del despido, declarado posteriormente improcedente¹¹¹, respecto de los salarios de tramitación, por los que existe obligación de cotizar¹¹², constituye situación asimilada al alta¹¹³. Estando, por tanto, obligada la Entidad Gestora al abono del subsidio, por concurrir los elementos constitutivos de la contingencia, sin perjuicio de la exoneración del empresario en cuanto al abono de los salarios, “pues ello significaría situar al trabajador en una situación abusiva y de enriquecimiento injusto” como consecuencia de la percepción de dos rentas¹¹⁴.

3. También ha sido considerado como situación asimilada el *periodo de reincorporación al puesto de trabajo* que los arts. 45 y 48 ET conceden al trabajador cuyo contrato se halla en suspenso por prestación del servicio militar. Se trata, pues, de una situación asimilada de breve duración, equivalente a un mes, según lo previsto en el art. 45.1 e) ET. Dicho mes comenzará a contabilizarse a partir del día de licenciamiento militar. Por tanto, si en el transcurso de tal periodo acontece el hecho que da lugar a la concesión del permiso por paternidad, adopción o acogimiento, es decir, se constituye la adopción o el acogimiento¹¹⁵, fallece la madre en el parto, o comienza el último tramo del descanso por maternidad (las cuatro últimas semanas), el trabajador podrá acceder a la prestación. Será necesario en todo caso que, con carácter previo, ejercite su derecho a la reincorporación para que, siendo dado de alta de nuevo, pueda solicitar la baja con motivo de la circunstancia que da lugar al derecho.
4. La *suspensión de empleo y sueldo* por sanción ha recibido calificaciones diversas en punto a ser considerada o excluida del concepto de “situación asimilada”. En

¹¹¹ En la misma línea, STSJ de Andalucía/Málaga de 13 de enero de 1994 (AS 1994, 301), respecto de despido impugnado jurisdiccionalmente (y declarado improcedente), habiéndose causado la baja en el periodo de los tres días siguientes a aquél.

¹¹² STS de 23 de marzo de 1988 (R.J. 1988, 2277). No queda amparado el despido improcedente si no se acuerda el abono de salarios de tramitación (STSJ de Andalucía/Sevilla, de 10 de marzo de 1997, AS 1997, 2761, en la que se juzga un caso de acuerdo entre las partes, que, calificando el despido de improcedente, acuerdan que no se abonarán salarios de tramitación).

¹¹³ Dicho periodo ha recibido la calificación de supuesto de asimilación al alta por el art. 43 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por la que se modifica el art. 208.3 LGSS, si bien tal asimilación alcanza sólo a las prestaciones por desempleo.

¹¹⁴ Como indican las referidas resoluciones judiciales, tampoco existe responsabilidad empresarial por proceder a la baja del trabajador en la Seguridad Social tras el despido, ya que está autorizado para ello, sin perjuicio de que la posterior declaración de improcedencia o nulidad del despido le obligue al abono de los pertinentes salarios de tramitación y, con ellos, las cuotas correspondientes a la debida cotización. .

¹¹⁵ Recordemos que la edad máxima de incorporación obligatoria a filas es la de 28 años: por lo tanto, edad suficiente para poder constituirse en adoptante, en virtud del art. 174 C.c., que exige ser mayor de 25 años. Es más, basta que dicha edad se acredite por uno solo de los cónyuges, con lo cual es posible que el padre (incorporado a filas) sea menor de esa edad.

sentido negativo se pronuncia, por implicar la baja en el sistema de la Seguridad Social, la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 2 de marzo de 1980 y las sentencias de los TSJ de Murcia, de 14 de septiembre de 1994¹¹⁶, y de Madrid, de 26 de febrero de 1996¹¹⁷, Tribunal éste que da un profundo giro a la doctrina sentada en su anterior sentencia de 10 de octubre de 1990, en la que estimaba que tal situación debía constituir asimilación al alta, por tratarse de suspensión de un vínculo laboral que sigue produciendo efectos en el ámbito de la Seguridad Social, siendo la suspensión de empleo y sueldo una modalidad suspensiva sometida a la decisión jurisdiccional, “razón que debiere merecer por parte del empresario la cautela de no cursar la baja de la trabajadora sancionada hasta resolverse en definitiva la cuestión”, y con *especiales caracteres de fijeza en su duración que permiten conocer con toda seguridad el momento en el que se reanuda la relación laboral en toda su plenitud* (STSJ de Madrid, de 10 de octubre de 1990¹¹⁸). En sentido afirmativo, asimismo, la STSJ de Cataluña, de 23 de diciembre de 1993¹¹⁹, basándose en el mantenimiento del vínculo laboral, que “no puede conllevar efectivamente una desvinculación total del sistema”, pues, “siendo la sanción equivalente a una suspensión del contrato, hay que estar a los efectos previstos para la situación”, argumentando que “la situación de la sanción para el trabajador ha de considerarse de parto involuntario y por ello de situación asimilada al alta...”

5. En cuanto a los *trabajadores fijos discontinuos*, cuyo contrato permanece en suspenso entre cada campaña o ciclo productivo, la baja que tal suspensión produce en el Sistema de la Seguridad Social¹²⁰, y por la que cesa la obligación de cotizar¹²¹, excluye a tal colectivo del acceso a la prestación durante dichos periodos

¹¹⁶ A.L., núm. 9, 1995, ref. 331. F.D. 3º. Ponente: Sr. Rodríguez Iniesta.

¹¹⁷ A.L., núm. 27, 1996, ref. A 112. Se trataba de un caso de suspensión de empleo y sueldo de funcionario de la Administración local, en aplicación del art. 14 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, disponiéndose en el art. 3.2 de su Orden de desarrollo -de 27 de octubre de 1992- que, declarada firme la suspensión con ocasión de un expediente disciplinario, *procederá causar la baja en el Régimen General* con efectos retroactivos y devolver las cuotas ingresadas durante el periodo a que afecte la suspensión firme.

¹¹⁸ AS 1990, 2752.

¹¹⁹ AS 1993, 5321.

¹²⁰ Esté o no en situación de maternidad (STSJ de Murcia, de 11 de noviembre de 1994, AS 1994, 4520).

¹²¹ “Durante tal situación no hay obligación alguna de cotizar (ni el trabajador, ni la empresa, ni el INSS), ya que falta la situación de alta en Seguridad Social” (SSTSJ de Murcia, de 31 de octubre de 1994 y 11 de noviembre de 1994 -AS 1994, 4161 y 5481, ambas sobre prestaciones por maternidad-, que entienden que el Acuerdo de la Dirección Provincial de Trabajo de Murcia, de 20 de enero de 1988 -BORM de 15 de febrero-, según la cual “el subsidio económico por ILT se abonará por la Dirección provincial del INSS o sus agencias, hasta el día anterior a aquel en que la empresa comience los trabajos de la misma campaña en la que el trabajador estaba trabajando al iniciar el proceso de ILT”, no puede significar la obligatoriedad de cotizar durante dicha situación, careciendo en caso contrario de valor por vulnerar el art. 70 de la LGSS de 1974.

“intermedios” (por ausencia del requisito del *alta*), sin perjuicio de que la reanudación de la campaña abra de nuevo tal posibilidad por comportar el llamamiento al trabajo¹²². Momento en el que la empresa debe dar de alta al trabajador, para seguidamente cursar la baja: de otro modo se daría lugar a la desprotección de aquél¹²³, que ni estaría en condiciones de trabajar ni tampoco de recibir prestaciones por falta de alta¹²⁴. Así lo entiende el TSJ de Murcia, en sentencia de 30 de diciembre de 1993¹²⁵ y la Resolución del INSS de 12 de febrero de 1979.

Sin embargo, la peculiar situación de este colectivo de trabajadores “no está completamente perfilada en todos los aspectos y situaciones que se pueden presentar cuando no se prestan servicios y así no está encuadrada como causa autónoma de suspensión contractual y carece de tratamiento específico dentro de las normas de la Seguridad Social”¹²⁶.

Ahora bien y precisamente por causa de las singulares características de tal relación laboral, no cabe concluir que el requisito de *estar en alta* deba concurrir en el momento de iniciar la situación de maternidad, sino en el momento en el que se produce el hecho causante, “esto es el momento a partir del cual el trabajador pudo solicitar la baja médica por maternidad, que no coincide necesariamente con

¹²² Y sin perjuicio de que, mientras dure la situación suspensiva, se mantenga la obligación de la empresa de seguir abonando el complemento de la prestación pactado como mejora voluntaria (STSJ de Baleares, de 19 de febrero de 1996, AS 1996, 259), obligación que se deriva directamente del art. 45 ET: “ya que la suspensión de contrato de trabajo (...) sólo se limita a la prestación de trabajo y remuneración consiguiente, manteniendo todos los efectos de la relación laboral, entre los que se encuentra la obligación de cotizar y las mejoras complementarias de la acción protectora de la Seguridad Social” (F.D. 2º).

¹²³ Así se disponía en la Resolución de 12 de julio de 1979, de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social. Vid. la Sentencia del TS de 28 de julio de 1995 (Ponente: Sr. Varela Aufrán; A.L., núm. 3, 1996, ref. 116), sobre trabajador fijo discontinuo que al inicio de la campaña se encuentra en incapacidad laboral transitoria desde la campaña anterior, sin que al llamamiento de la empresa pueda incorporarse y sin que ésta proceda a darle de alta en la Seguridad Social. El Tribunal considera que, si bien ello no constituye un despido no ajustado a la ley, sí *incurrir la empresa en responsabilidad por no dar de alta al trabajador*. Y ello aunque, como el propio Tribunal señala en su Sentencia de 8 de junio de 1992 (R.J. 1992, 4534), no exista obligación de llamamiento en tales casos.

¹²⁴ De ahí que, cuando el alta efectiva no se realice por parte del empresario, deba considerarse a aquél en alta de pleno derecho: STSJ de Baleares, de 3 de mayo de 1995. A.L. núm. 45, 1995, ref. 1872. Otra cuestión es la relativa a la responsabilidad en el pago de la prestación, que correspondería al INSS, sin perjuicio de la satisfacción de las oportunas cotizaciones por parte de la empresa.

¹²⁵ AS 1993, 5481. En el mismo sentido, Sentencias de los TSJ de Andalucía, de 13 de enero de 1994 (AS 1994, 301) y de Canarias/Las Palmas, de 4 de febrero de 1994 (AS 1994, 723). Con anterioridad, STCT de 6 de mayo de 1981 (RTCT 1981, 3071).

¹²⁶ STSJ de Baleares, de 3 de mayo de 1995. Ponente: Sr. Suau Rosselló. Rº 201/95. Sentencia núm. 197/95, A.L., núm. 45, 1995, ref. 1872.

la fecha del parto, pues cabe anticiparlo por descanso voluntario” (STSJ de Murcia, de 30 de diciembre de 1993¹²⁷).

La STSJ de Castilla y León (Burgos), de 27 de junio de 1997¹²⁸, en un caso relativo a una trabajadora eventual, incluida en las listas de espera para la contratación eventual de Organismo Público, entiende que la simple inscripción en las mismas, en espera de ser llamada, situación que no se produjo por hallarse en descanso por maternidad, no constituye situación asimilada, ni puede equipararse a la asimilación creada por la doctrina del TS sobre conexión de los periodos de incapacidad temporal y maternidad.

6. La situación de *huelga y cierre patronal* cierran, por mandato expreso del art. 131.3 LGSS, el acceso a la prestación por incapacidad temporal. Ahora bien, ¿puede predicarse lo mismo respecto de la maternidad, teniendo en cuenta la aplicabilidad de reglas comunes en ambas situaciones? La respuesta ha de ser negativa, por una fundamental razón: no está previsto expresamente por la ley que así sea (ninguna alusión se contiene en el Capítulo IV bis), mientras que respecto de la incapacidad temporal sí se contempla el supuesto. Así, pues, aplicando el aforismo latino "ubi lex non distinguit, non distinguere habemus", tales circunstancias constituyen también situaciones idóneas para acceder a la prestación. A ello no empece la circunstancia de que, a tenor de los arts. 6.3 del RD-L de Relaciones de Trabajo de 1977 y 106.5 LGSS, se halle suspendida la obligación de cotizar.

A tal argumento debe añadirse otro, de orden teleológico. La propia finalidad de la norma por la que se impide el acceso a la prestación económica por incapacidad temporal -evitar conductas fraudulentas, dirigidas a obtener las rentas perdidas como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga- excluye su aplicabilidad, en virtud del art. 3.2 del C.c., a la contingencia de maternidad, dada la inexistencia de dicho elemento en tal circunstancia: siendo el periodo de descanso por maternidad resultado de un proceso anterior, que culmina en el parto, la adopción o el acogimiento, proceso cuya duración es ajena a la voluntad del trabajador (salvo en lo que se refiere a su inicio, producido meses antes del comienzo de la huelga o el cierre patronal), no procede la presunción de fraude. En consecuencia, dichas situaciones constituyen alta en la Seguridad Social.

Así lo entiende también Resolución de 21 de abril de 1995, de la DGOJECSS, *en relación con diversas dudas que se plantean respecto de la prestación económica por maternidad, según la nueva redacción dada a la Ley General de la Seguridad Social por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, según la cual tal era la legalidad vigente ya con anterioridad a la aprobación de esta ley, derivada de la Orden de 30 de abril de 1977, por la que se desarrolló el Real Decreto-ley 17/1977*. En efecto, en

¹²⁷ Ponente: Sr. D. R. A. Jiménez Fernández. AS 1993, 5481.

¹²⁸ AS 1997, 2342.

el art. 12.2 de la misma se restringía la suspensión del subsidio a los procesos derivados de enfermedad común y accidente no laboral, quedando, en consecuencia, excluida la situación de maternidad. De modo que “la nueva regulación de la prestación económica por maternidad viene a aclarar aún más, si cabe, la falta de efectos sobre la percepción del subsidio de las situaciones aludidas.”

4.2. Carencia

El art. 133 ter LGSS exige la acreditación de un periodo de cotización previo¹²⁹ al acontecimiento que constituye el hecho causante de la prestación, cuya duración es idéntica a la fijada para el subsidio de incapacidad temporal, equivalente por tanto a *180 días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción*¹³⁰.

El periodo de carencia exigido es breve, lo cual, unido a la amplitud de la carencia específica o periodo en el que ha de acreditarse (cinco años), facilita el acceso a la prestación, al permitir que el periodo de seguro exigido pueda haberse completado en épocas anteriores a los meses inmediatamente precedentes a la fecha del hecho causante, remontándose incluso hasta cinco años antes de tal momento (o, por mejor decir, cuatro años y medio, hecho el descuento del preceptivo periodo de 180 días)¹³¹.

No ocurría lo mismo antes de la reforma introducida por la Ley 42/1994, en que la carencia específica era mucho más estricta que la establecida para acceder al

¹²⁹ Entiende el TSJ de la Rioja, en Sentencia de 21 de abril de 1992 (AS 1992, 1844), que la finalidad de tal exigencia es “garantizar las ya referidas notas de futuridad (que el evento sea posterior a la constitución de la relación jurídica de Seguridad Social) y de incertidumbre (falta de certeza en cuanto al sí y/o al cuándo) inherentes al concepto de riesgo asegurable, protegiendo al Sistema de Seguridad Social de posibles abusos y de agresiones injustas al equilibrio de un sistema financiero actuarial.”

¹³⁰ La exigencia se acomoda a los límites impuestos por la Directiva 92/85/CEE, cuyo art. 11.4 prohíbe que los periodos de carencia previstos en las legislaciones nacionales sean superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto.

La carencia que establece el art. 133 ter se entenderá cumplida cuando, en virtud de convenio internacional, se dispense de su cumplimiento por acreditarse en el país de origen los requisitos pertinentes (así se dispone, v.gr., en el art. 1 del Convenio General entre Ecuador y España sobre Seguridad Social, firmado en Quito el 1 de abril de 1960. Dicho convenio fue ampliado por Convenio adicional de 8 de mayo de 1974, disponiéndose en su art. 7 la totalización de los periodos de cotización a cada uno de los Estados).

¹³¹ En palabras de la STSJ de Cataluña, de 30 de septiembre de 1991 (AS 1991, 5604), el precepto “no sólo exige que se acrediten 180 días cotizados en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante, sino que además expresamente establece que tales cotizaciones se realicen “dentro” de ese periodo de cinco años al que alude.”

subsidio por incapacidad temporal: un año, lo cual la hacía coincidir obligatoriamente con el proceso de gestación¹³².

La homogeneización de la prestación en todo el sistema de la Seguridad Social alcanza también al régimen de acceso a la misma y, por tanto, al tema del periodo de cotización a acreditar. A pesar de ello, subsisten leves diferencias entre el Régimen General y determinados Regímenes Especiales, a cuyos afiliados se les exige, si son trabajadores por cuenta propia y/o están obligados al ingreso de las cuotas (trabajadores encuadrados en el Régimen Especial de Empleados de Hogar¹³³), estar al corriente en el pago de las cuotas¹³⁴, lo cual no constituye una especialidad del régimen propio de la maternidad, sino regla común a todas las prestaciones¹³⁵. Es más, se trata de un requisito común a determinados colectivos integrados en el Régimen General: representantes de comercio y artistas y profesionales taurinos (que resulten deudores de cuotas en virtud de las regularizaciones que se efectúan al finalizar el ejercicio económico), casos en los que se flexibiliza por parte de la Dirección General del INSS dicho requisito, permitiendo su ingreso tardío, siempre que las cuotas debidas no afecten al periodo de carencia, y constituyendo el cumplimiento de tal obligación condición para el pago de la prestación (así deberá serle advertido¹³⁶)¹³⁷.

¹³² La STSJ de Murcia, de 27 de marzo de 1996 (AS 1996, 1823), aplica el referido plazo, por haberse producido el hecho causante en momento anterior a la entrada en vigor de la Ley 42/1994.

¹³³ D.A. 11ª bis. 3 LGSS. Para el resto de trabajadores, rige el principio de automaticidad de las prestaciones, si es que existe el alta (*automaticidad relativa*). Así lo reconoce Jurisprudencia reiterada emanada en aplicación del art. 95.1.2º de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966. Vid. al respecto GARCÍA ORTEGA: “Imputación de responsabilidades en materia de incapacidad laboral transitoria”. *Tribuna Social*, núm. 44-45, págs. 75 y ss.

¹³⁴ El art. 57 de la OM de 24 de septiembre de 1970 (R. 1609) establece un sistema de invitación al pago de las cuotas atrasadas, declarado aplicable también a la contingencia de I.L.T. -y, por tanto, también a la de maternidad, por extensión- en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, por la Resolución de 17 de junio de 1986, de la Secretaría General de la Seguridad Social.

¹³⁵ Requisito que, como entiende el TSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, en su sentencia de 27 de febrero de 1996 (AS 1996, 255), “debe ser interpretado de modo humano y flexible y en sentido individualizado, sin que pueda ser exigido con rigor formalista en todos los casos, sino atendiendo a las peculiaridades que concurren, en relación con el propio tenor literal del precepto”, reconociéndose el derecho a la prestación cuando el descubierto sea “aislado y esporádico”. Por el contrario, el TSJ de Murcia (Sentencia de 15 de noviembre de 1994, Ponente: Sr. Rodríguez Iniesta; A.L., núm. 13, 1995, ref. 485) rechaza interpretaciones flexibles, arguyendo que “la relación entre hecho causante y el periodo de carencia es inmediata, de forma que no cabe admitir deficiencias en su cumplimiento.” Debe tenerse en cuenta la STS de 27 de febrero de 1996 (Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete), en la que el Tribunal Supremo admite que las cotizaciones ingresadas fuera de plazo a consecuencia de las actas de liquidación emitidas a consecuencia de actuación inspectora sean computables a efectos de prestaciones.

¹³⁶ Ello no debe significar, no obstante, que la falta de advertencia dé lugar al reconocimiento incondicional de la prestación aun cuando no se ingresen las cuotas.

¹³⁷ Sobre la acreditación de los días en alta o situación asimilada y bases de cotización, vid. la Resolución de 7 de septiembre de 1989, de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social, *relativa al reconocimiento de la prestación de incapacidad laboral transitoria a*

Llegados a este punto, deben realizarse varias aclaraciones en torno al modo de computar dicho periodo: 1º cómo se computa el periodo de carencia *específica* en caso de maternidad y 2º qué días se entienden comprendidos en el mismo.

1º. Sistema de cómputo del periodo de carencia específica en caso de maternidad.

El art. 133 ter LGSS determina que, tratándose de un supuesto de *maternidad*, el periodo de 180 días se acredite dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al *parto*, cuando es posible que el periodo de descanso voluntario comience con anterioridad a tal fecha -si se hace uso del descanso prenatal-, en cuyo caso el periodo de carencia habría de acreditarse en los cinco años inmediatamente *anteriores al comienzo del descanso*¹³⁸. Habría sido preferible, pues, que o bien se especificara tal extremo o bien se dijera, de igual forma que el art. 130 a) respecto de la contingencia de incapacidad temporal, “hecho causante”, salvando el “error histórico”¹³⁹. En este aspecto continúa siendo más preciso el art. 3.1 de la OM 1967, que habla de la fecha de la baja¹⁴⁰.

La segunda cuestión que plantea el cómputo del periodo específico es la que se refiere a la posibilidad de aplicar la “teoría del paréntesis” a la prestación por maternidad, considerando su carácter de subsidio y no de pensión, prestación para la que fue arbitrada tal solución, con el objeto de eliminar los largos periodos de lagunas de cotización que pudieran funcionar en perjuicio del que, de otro modo, sería beneficiario de una prestación, por acreditar el periodo genérico de carencia exigido.

El mecanismo del paréntesis, consistente en que el cómputo de la carencia específica se retrotrae un periodo equivalente al de la duración de la situación en los que no existió obligación de cotizar (por circunstancias ajenas a la voluntad del trabajador: supuestos del desempleo o la invalidez provisional, o la incapacidad temporal que subsiste tras la extinción del contrato...), y por el que quedan “eliminados” tales periodos, no está previsto en ley, ni reglamento, ni siquiera en resolución administrativa, para las prestaciones por incapacidad temporal o por maternidad.

Tampoco la jurisprudencia, artífice de tal teoría, ha considerado aplicable el mecanismo descrito a estas prestaciones, precisamente porque el periodo de carencia exigido es muy breve, y el tiempo en el que se ha de haber completado

Artistas y Profesionales Taurinos, y posterior regularización de su cotización definitiva (BISS 20/113).

¹³⁸ El TSJ de Andalucía/Sevilla, en Sentencia de 22 de mayo de 1990 (AS 1990, 3873) entiende inaplicable el art. 3.1b) de la Orden de 1967, considerando que el hecho causante es el del parto, de lo cual infiere que *las cotizaciones posteriores al inicio del descanso pre-natal deben ser computadas a efectos de carencia*.

¹³⁹ ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA: *Instituciones de Seguridad Social*. Civitas, 1995.

¹⁴⁰ STSJ de Andalucía/Málaga, de 4 de mayo de 1993 (AS 1993, 2260).

suficientemente amplio, en atención a esa eventualidad que actúa en contra de los intereses del beneficiario (por contra, el periodo exigido con anterioridad a la reforma de la prestación por la Ley 42/1994 sí era susceptible de someterse a tal doctrina¹⁴¹). La STS de 10 de octubre de 1994, u.d.¹⁴², excluye de la consideración como *paréntesis* a efectos de cómputo el periodo correspondiente a *desempleo involuntario no subsidiado*, por tratarse de una prestación “para cuyo devengo se exige un corto periodo de cotización en un amplio lapso de tiempo dentro de los cuales implícitamente se prevén situaciones eventuales de inactividad y falta de cotización que no constituye obstáculo para obtener el derecho al subsidio”, y ser el precepto de cobertura “terminante en su redacción al regular los requisitos que deben reunir los beneficiarios”, “lo que *no permite por tanto interpretaciones extensivas apoyadas en doctrinas nacidas con otra finalidad*”¹⁴³.

2º. *Días comprendidos en el periodo de carencia:*

- Es aplicable en sede de prestaciones por maternidad, como lo era para la incapacidad laboral transitoria, la teoría de los *días-cuota*¹⁴⁴, en virtud de la cual a

¹⁴¹ En efecto, así sucedía en la práctica: cfr., SSTSJ de Navarra, de 17 de septiembre de 1993 (AS 1993, 3870), de Cataluña, de 4 de enero de 1994 (AS 1994, 122), y de Murcia, de 27 de marzo de 1996 (AS 1996, 1823, Ponente: Sr. Ríos Salmerón), que considera “harto difícil que, tomando como fecha de referencia la de baja por maternidad o hecho del parto, hacia atrás, se dispusiera, dentro de un año, de carencia de 180 días, si la previa ILT-enfermedad común se prolongó sensiblemente en el tiempo. De ahí que lo más razonable sea introducir un tiempo muerto, que es precisamente el de enfermedad común, para comenzar la cuenta cuando la misma se inicia, y ver si ostenta la cotización en el año precedente”. En la misma sentencia se sostiene, recurriendo a la Resolución de 9 de junio de 1992, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, que, de denegarse el subsidio por maternidad, debería mantenerse la prestación por incapacidad temporal, si al iniciarse aquélla el mal no estaba totalmente curado.

¹⁴²R.J. 1994, 7762. En dicha sentencia se casa la del TSJ de Cataluña, de 10 de febrero de 1994 (AS 1994, 547), que, corrigiendo doctrina anterior (STSJ de Cataluña de 14 de julio de 1992, AS 1992, 4039), concreta la del Tribunal Supremo, plasmada, entre otras, en la Sentencia de 17 de noviembre de 1992 (que interpreta el art. 2.1 de la Ley 26/1985, de 31 de julio, de “Reforma de las Pensiones”), en la que se aplica la doctrina del paréntesis a las pensiones de jubilación e invalidez permanente.

¹⁴³ El TSJ de Cataluña, en su sentencia de 14 de julio de 1992 (AS 1992, 4039) ya se había pronunciado en términos similares, rechazando la consideración como paréntesis temporal el periodo de diez años en el que permaneció el trabajador como demandante de empleo, utilizando el mismo argumento que más tarde esgrimiría el Tribunal Supremo para rechazar interpretaciones extensivas del art. 128 LGSS y 3 de la Orden de 13 de octubre de 1967.

En contra, GARCÍA BIGOLES: “La prestación económica en la situación de incapacidad temporal”, en AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Tecnos, 1996. En el mismo sentido, STSJ de Andalucía, de 12 de enero de 1996. AS 1996, 71.

Rechaza la aplicación de la teoría del paréntesis (correspondiente a periodos de desempleo sin obligación de cotizar) al subsidio por incapacidad temporal la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 21 de enero de 1997 (AS 1997, 2567).

¹⁴⁴ Formulada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de junio de 1974, en recurso de casación en interés social (R.J. 1974, 3021) y reiterada por el Tribunal Central de Trabajo en Sentencia de

los días ordinarios de alta o días realmente trabajados deben sumarse los días correspondientes a los días cotizados por pagas extraordinarias: así lo entienden la Resolución de 1 de febrero de 1982, y lo avalan doctrina reiterada del Tribunal Central de Trabajo y del Tribunal Supremo (v.g., S. de 14 de octubre de 1991), así como de los Tribunales Superiores de Justicia¹⁴⁵.

Por consiguiente, los 180 días exigidos corresponden en realidad no a seis meses, sino a cinco (al computarse los días correspondientes a medio año: por tanto, treinta días-cuota, equivalente a una paga extraordinaria).

Los días computables son los que corresponden a dos pagas extraordinarias, aunque las efectivamente percibidas sean más (Sentencia del TSJ de Madrid, de 11 de julio de 1995¹⁴⁶).

Sin embargo, el cómputo de los días correspondientes a pagas extraordinarias no es extensible a otras remuneraciones no periódicas (v.gr., paga de beneficios)¹⁴⁷.

- No puede resultar aceptable la tesis de que el periodo de cotización computable ha de ser “nuevo” o “no consumido”, es decir, no haber sido empleado para generar un derecho anterior (ya sea de maternidad o de incapacidad temporal)¹⁴⁸, haciendo extensible a la prestación por maternidad las consideraciones acerca del subsidio de incapacidad temporal y los “periodos de recaída”. La STSJ de Cataluña de 10 de abril de 1992¹⁴⁹ excluye el “doble uso de cotizaciones”, si bien en dicha resolución se juzgaba un supuesto de incapacidad laboral transitoria que terminó en una declaración de invalidez permanente total. Más claras son las SSTSJ de Madrid, de 12 de noviembre de 1991 o de 16 de abril de 1993¹⁵⁰, que exigen la existencia de una actividad laboral mínima de seis meses, que han de ser anteriores a la fecha de la solicitud, o la STSJ de Cantabria, de 7 de septiembre de 1992¹⁵¹, en la que se declara la ineficacia de las cotizaciones anteriores a la fecha de jubilación para

13 de mayo de 1978 (R.TCT 1978, 2871), se deduce del art. 38 de la OM de 28 de diciembre de 1966, sobre cotización al Régimen General de la Seguridad Social.

¹⁴⁵ STSJ de Castilla y León/Burgos, de 28 de mayo de 1992 (AS 1992, 2551), que modifica con ella el criterio mantenido hasta entonces, STSJ de Extremadura, de 15 de febrero de 1994 (AS 1994, 443), STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de marzo de 1996 (AS 1996, 1806), sobre prestación de maternidad, y STSJ de Galicia, de 22 de junio de 1996 (AS 1996, 1780).

¹⁴⁶ AS 1995, 2896, sobre pensión de jubilación.

¹⁴⁷ STCT de 5 de noviembre de 1983 (RTCT 1983, 9308) y STSJ de Galicia, de 31 de marzo de 1992 (AS 1992, 1260), que alega tratarse “de un concepto meramente cuantitativo que, aunque sujeto a cotización al percibirse a prorrata cada mensualidad, supone unos efectos económicos con incidencia en las bases de cotización y consiguiente base reguladora de la prestación”. Recientemente, S TSJ de Aragón, de 11 de junio de 1997 (AS 1997, 2094).

¹⁴⁸ “Sin que tengan eficacia las cotizaciones que al margen de tal periodo pudieran en cada caso acreditarse” (STSJ de Cataluña, de 30 de septiembre de 1991, AS 1991, 5604).

¹⁴⁹ AS 19^o92, 2263.

¹⁵⁰ AS 1991, 6168 y 1993, 1969.

¹⁵¹ AS 1992, 4541.

lucrar prestación nacida durante la suspensión de la pensión, así como la que se juzga en la STSJ de Baleares, de 6 de marzo de 1996, que exige nueva alta y *nueva cotización* tras la declaración de incapacidad permanente¹⁵². Jurisprudencia que, emanada en la interpretación de la normativa reguladora de la prestación por incapacidad temporal, es aplicable a la contingencia de maternidad, al haberse extendido el periodo de carencia específica hasta los cinco años.

Con anterioridad a dicha ampliación, introducida por la Ley 42/1994, no había lugar a tales consideraciones, al menos en lo que respecta al posible “uso” de las cotizaciones que sirvieron para lucrar otras prestaciones, pues, al ser tan breve el periodo de localización de la carencia, impedía, en toda lógica, su utilización para generar el derecho posterior a una prestación por maternidad¹⁵³.

Ahora bien, según entiende la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de febrero de 1992¹⁵⁴, la cotización realizada durante la anterior situación de maternidad o incapacidad subsidiada servirá para generar el derecho a posibles nuevos subsidios (por cualquiera de ambas contingencias), sobre la base de un argumento relacionado con el propio contenido de la prestación, consistente en el abono de “un subsidio económico más lo cotizado durante el mismo periodo”, siempre que se mantenga vigente la relación laboral, pues, de lo contrario, cesará la obligación de cotizar (SSTSJ de Extremadura, de 16 de marzo de 1992 y de Andalucía/Málaga, de 24 de marzo de 1992¹⁵⁵).

En similares términos se pronuncia la sentencia del TSJ de Navarra, de 17 de septiembre de 1993, así como la del TSJ de Cataluña, de 4 de enero de 1994¹⁵⁶, si bien en ambos casos el supuesto de hecho juzgado se corresponde con una situación legal distinta, que podría fundar el rechazo de la tesis mantenida por ambos tribunales a la legalidad sustancialmente diversa, dado la ampliación de la carencia específica desde uno a cinco años. Dichas sentencias, así como la posterior del TSJ de Murcia, de 27 de marzo de 1996¹⁵⁷, retrotraen “el punto de cómputo para ver la carencia de 180 días en el año anterior al momento de iniciarse la enfermedad común, porque si durante el periodo de ILT no existe obligación de cotizar (por haberse extinguido el contrato de trabajo), no se puede pedir lo imposible de reunir dicha carencia en el año anterior”. Se sostiene que “la carencia específica ha de

¹⁵² AS 1996, 1811.

¹⁵³ Lo que sí permitía era el efecto contrario: que la cotización acreditada para maternidad sirviese para generar el derecho a prestación por enfermedad común.

¹⁵⁴ AS 1992, 924. En ella se juzgaba un caso de baja por maternidad precedida en el año anterior de un proceso de ILT, en el que la beneficiaria había estado durante 219 días, que el Tribunal considera computables “como cotizados a efectos de nuevas prestaciones de la Seguridad Social, al superar los 180 días requeridos para lucrar el subsidio por maternidad.”

¹⁵⁵ AS 1992, 1194 y 1388.

¹⁵⁶ AS 1993, 3870 y 1994, 122.

¹⁵⁷ AS 1996, 1823.

buscarse a partir del momento del inicio de la primera ILT haciendo paréntesis del periodo en el que no hay obligación de cotizar”, evitando con ello “una discriminación por el hecho de que varíe la contingencia, ya que la ILT por maternidad es subsiguiente al alta por enfermedad común.”

Recurriendo a la aplicación de esta tesis se obvian los problemas que la exigencia legal *carencia no consumida* puede provocar cuando, tras el nacimiento, adopción o acogimiento de un hijo, se produce el del segundo o posteriores en un lapso de tiempo inferior a cinco años, reduciéndose el amplio periodo previsto en el nuevo art. 133 ter. De otro modo, quedarían injustamente apartadas de la prestación aquellas personas que ya se hubieran beneficiado recientemente de ella por una maternidad anterior, cuando lo que se pretende, a través de la reforma de la misma, es lograr el efecto contrario, no el disuasorio. Sin embargo, la amplitud del nuevo periodo “específico” debe conducir, si se quiere respetar la coherencia de la norma, a aplicar la doctrina predicable de la prestación de incapacidad temporal, para la que no se ha mantenido hasta el momento tal solución por parte de la jurisprudencia.

- Es computable el periodo de desempleo subsidiado, y en desempleo-incapacidad temporal, por cuanto durante su percepción se mantiene la obligación de cotizar, precisamente como “beneficio” integrante de las prestaciones por desempleo (STSJ de Andalucía/Málaga, de 4 de mayo de 1993 y de 29 de septiembre de 1993 y STSJ de Baleares, de 10 de noviembre de 1993¹⁵⁸, y las que allí se citan). Por contra, no resulta computable el periodo en el que el beneficiario permaneció en incapacidad temporal por cuenta de la Entidad Gestora, sin obligación de cotizar (STSJ de Navarra, de 21 de noviembre de 1996¹⁵⁹).
- Computan, asimismo, las cuotas satisfechas a otros Regímenes dentro del sistema, siempre y cuando no se superpongan en el tiempo¹⁶⁰, y en otros Estados comunitarios¹⁶¹: en virtud del *principio de cómputo recíproco de cotizaciones*, previsto en el art. 9.2 LGSS y regulado en el RD 691/1991, de 12 de abril y -respecto

¹⁵⁸ AS1993, 2280, 4024 y 4833.

¹⁵⁹ AS 1996, 3780.

¹⁶⁰ Máxime si se tiene en cuenta que la contingencia es común a todos los Regímenes, tras haber sido homogeneizada por la Ley 42/1994. Lo que no procede es la aplicación de la doctrina de la atemporalidad de las cotizaciones a regímenes anteriores al 1 de enero de 1967, no extrapolable a esta prestación (STSJ de Cataluña, de 30 de septiembre de 1991, AS 1991, 5604).

¹⁶¹ Y aquellos otros países no comunitarios con los que exista convenio de reciprocidad: v.g., Convenio de Seguridad Social entre España y la Federación de Rusia, hecho en Madrid el 11 de abril de 1994 (firmado el Acuerdo Administrativo en Moscú el 12 de mayo de 1995, publicado en el BOE de 24 de febrero de 1996), cuyo art. 9 dispone el cómputo de los periodos de seguro o de trabajo acreditados en el otro país o Parte Contratante, “para la determinación del derecho a la percepción de prestaciones por ILT, maternidad en España o cuidado del niño en la Federación de Rusia”; o el Convenio General entre Ecuador y España sobre Seguridad Social, firmado en Quito el 1 de abril de 1960, entre los múltiples que el Estado español ha firmado con países extra-comunitarios (Australia, Canadá, Estados Unidos, Chile, Uruguay, Méjico...).

de las efectuadas en países de la Unión Europea- art. 18.1 del Reglamento Comunitario 1408/1971, de 14 de junio, en materia de enfermedad y maternidad.

Debe aludirse, por último, al cómputo de la carencia en aquellas relaciones laborales en las que existan normas especiales en materia de cotización a la Seguridad Social. Se hace referencia a los contratos a tiempo parcial y a los trabajadores fijos discontinuos, en los que las cotizaciones son proporcionales a la jornada de trabajo realizada, según vino a establecer la D.A. 9ª del RD 2319/1993, de 29 de diciembre, cuyo contenido fue recogido por la D. A. 7ª RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y plasmado posteriormente en el art. 12.3 ET:

- Respecto de los *trabajadores a tiempo parcial*, son destacables, a partir del nuevo régimen jurídico creado por la Ley 63/63/1997 y su reglamento de desarrollo, el RD 489/1997 (que expresamente deroga el apartado 3 y la regla 4ª del RD 2319/1993), dos cuestiones: 1ª cuál es el periodo de cotización exigido, y 2ª, cuáles son los periodos en los que ha de contabilizarse la carencia:

1. *Periodos de cotización exigidos*: en principio nada debe impedir que les sean de aplicación las reglas generales anteriormente examinadas, puesto que la duración del contrato es cuestión totalmente independiente a la de la duración de la jornada -por tanto, en nada difiere de los contratados a tiempo completo-, habiendo de repercutir sólo en lo concerniente a la cuantía de la prestación¹⁶², que guardará idéntica proporción respecto de la jornada de trabajo realizada (art. 12.3. 1º ET¹⁶³). Así lo entendió el legislador del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 (art. 128)¹⁶⁴ y las OM de cotización de los años 1991 (de 22 de enero), 1992 (de 16 de enero), 1993 (de 18 de enero) y

¹⁶² STS de 18 de octubre de 1993 (R.J. 1993, 7836). En la misma línea, la jurisprudencia del TSJ de Cataluña, anterior a la del TS: Sentencia de 26 de febrero de 1991 (AS 1991, 1679): “tendrá su reflejo en la base reguladora, que lógicamente se ve mermada por dicha circunstancia, pero en modo alguno para privarla de un derecho”. Asimismo, SSTSJ del mismo Tribunal, de 25 de mayo y de 11 de junio de 1992 (AS 1992, 2884 y 3370).

¹⁶³ “La base de cotización a la Seguridad Social y demás aportaciones que se recauden conjuntamente con aquella estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas.” La misma disposición se contiene en el art. 65 RD 2064/1.995, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por R.D. 2064/1.995, de 22 de diciembre.

¹⁶⁴ Aunque la Resolución de la Subsecretaría de la Seguridad Social de 1 de febrero de 1982, por la que se dictan normas en materia de afiliación y prestaciones económicas de Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial (BOE de 5 de febrero de 1982), ordenó que fueran computadas sólo las horas o días efectivamente trabajados: “a tal fin, cuando se trate de trabajos por horas, el número de días teóricos computables será el resultado de dividir la suma de las horas efectivamente trabajadas por el número de las que constituyan la jornada habitual para la actividad de que se trate”, fue derogada meses después por el RD 1445/1982, de 25 de junio (que deroga el Reglamento del que la citada Resolución constituía desarrollo: el RD 1362/1981, si bien lo mantiene con carácter provisional), a su vez derogado por el RD 1991/1984, de 31 de octubre, de desarrollo de la Ley de 2 de agosto de 1984, en el que se fija el criterio de la proporcionalidad de la cotización en los contratos a tiempo parcial.

siguientes. Criterio sostenido también por la jurisprudencia de suplicación¹⁶⁵ y confirmado por las Sentencias del TS en unificación de doctrina, de 26 de mayo, 18 de octubre y 13 de diciembre de 1993¹⁶⁶, calificando a la legislación fuente de tales innovaciones como "de dudosa legalidad" y entendiendo, en consecuencia, que, hasta tanto no ser recogido en norma con rango de ley, no es susceptible de aplicación. Según las mismas, el cómputo de los días cotizados debía realizarse según los días trabajados, con independencia de la duración de la jornada, por aplicación del art. 12.2 ET (según la redacción dada por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, por la que se modifican determinados artículos de aquél), que derogaba el art. 74.4 LGSS en materia de cotización, entendiendo que la Resolución de la Subsecretaría de la Seguridad Social de 1 de febrero de 1982¹⁶⁷ carece de validez para modificar el régimen previsto en la LGSS y normas de desarrollo.

No obstante, la Disposición Derogatoria del RDL 18/1993, de 3 de diciembre, *de medidas urgentes de fomento de la ocupación*, vino a derogar expresamente el art. 12 ET¹⁶⁸, por lo cual desde este momento el cálculo de la cotización habrá de realizarse según lo dispuesto en norma dictada *ad hoc*. Dicha norma fue la D.A. 9ª del RD 2319/1993, de 29 de diciembre, *de revalorización de pensiones del Sistema de Seguridad Social y de otras prestaciones de protección social pública para 1994*, que, al tiempo que ampliaba el periodo de carencia específica hasta los 18 meses anteriores a la fecha del parto o de la decisión judicial o administrativa de adopción o acogimiento, vino a reproducir, utilizando incluso la misma redacción, el contenido de la Resolución de 1 de febrero de 1982: es decir, *se computarán las horas o días efectivamente trabajados*.

¹⁶⁵ Entre otras, STSJ de la Comunidad Valenciana, de 2 de octubre de 1991 (AS 1991, 5833), STSJ de Castilla-León/Valladolid, de 13 de julio de 1993 (AS 1993, 3441) o Asturias, de 14 de julio de 1993 (AS 1993, 3348).

¹⁶⁶ R.J. 1993, 6374, 7836 y 9779. Según la primera de ellas, "la ausencia de normas válidas que hayan modificado para los trabajadores a tiempo parcial el régimen establecido por la Ley General de la Seguridad Social y normas de desarrollo, para cómputo del periodo de cotización exigible para causar prestación por incapacidad laboral transitoria, permite entender la voluntad normativa de entender aquél, lo que lleva consigo que los días trabajados en la jornada reducida propia de la modalidad contractual a tiempo parcial, aun cuando la cotización tenga que ser efectuada por las horas trabajadas, sean computados como días de cotización a efectos de alcanzar el periodo mínimo exigible para causar prestación por incapacidad laboral transitoria, incidiendo la menor cotización sólo a efectos de la base reguladora." El TSJ de Madrid parece seguir entendiendo vigente el régimen aludido, en su Sentencia de 26 de enero de 1995 (Ponente: Sr. Martínez Hidalgo de Torraba; en A.L., núm. 26, 1995, ref. 957). En el mismo sentido, SSTs de 25 de marzo de 1994 (R.J. 1994, 2636), de 11 de mayo de 1994 (R.J. 1994, 6838),

¹⁶⁷ BOE de 5 de febrero de 1982.

¹⁶⁸ El TSJ de Galicia, en su sentencia de 14 de junio de 1995 (Ponente: Sr. De Castro Fernández; A.L., núm. 39, 1995, ref. 1610), sostiene la tesis de la "posible ilegalidad" de dicha disposición, que tacha de "cuestionable". Por el contrario, el TSJ de Madrid aplica, con anterioridad a su aprobación, en sentencia de 14 de julio de 1993 (AS 1993, 3696), por entender válida la Resolución de 1 de febrero de 1982, las reglas en ella contenidas.

Sin embargo, el rango reglamentario de la disposición no acabó de despejar las dudas al respecto, siendo discutida su validez por doctrina y jurisprudencia¹⁶⁹, reiterando incluso, tras su aprobación, el Tribunal Supremo su doctrina sentada en las referidas sentencias de 1993 (Sentencias de 7 y 25 de marzo y de 11 de mayo de 1994¹⁷⁰). Hubo de ser la Ley 10/1994, de 19 de mayo, *de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación*, la que zanjara la cuestión, a través de su art. 4.3, posteriormente modificado por el más clarificador art. 40 de la Ley 42/94, de 30 de diciembre, según el cual “se computarán exclusivamente *las horas trabajadas*”, remitiendo a norma reglamentaria la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, *equivalentes a la jornada habitual diaria en la actividad de que se trate, así como los periodos en que los mismos hayan de estar comprendidos*.

Dicho precepto supone también la reforma de la D.A. 7ª.2 de la LGSS, en la que se disponía, confusamente, que “se computarán exclusivamente las *horas o días* efectivamente trabajados”, así como la del art. 12.3 del ET, hoy Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

De esta manera quedaba descartado definitivamente el cómputo de *días ficticios*¹⁷¹, pero se flexibilizaba la exigencia carencial, permitiendo que los días

¹⁶⁹ Vid. la sentencia citada en la nota anterior. En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña, de 22 de junio de 1994 (AS 1994, 2597; Ponente: Sr. D. Fernando Salinas Molina), que juzga ilegal el precepto, “de extraña ubicación”, siendo una norma “en la que la Administración aprovecha la oportunidad de dicha norma reglamentaria afectante a cuestiones totalmente distintas, para reflejar en ella el criterio administrativo sobre cómputo de cotizaciones en contratos a tiempo parcial, que había sido tachado de ilegal por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”. No obstante, el Tribunal no entra en su posible inaplicabilidad por ilegal, pues los hechos a los que afecta acontecieron antes de su entrada en vigor. Dicho argumento es el mismo que sirve al TSJ de la Comunidad Valenciana, de 20 de julio de 1994 (AS 1994, 3245) para aplicar la teoría de los días de cotización ficticios, según la cual día trabajado equivale a día cotizado, con independencia de la duración de la jornada, y la que se reitera en otra reciente sentencia del TSJ de Cataluña, de 2 de enero de 1996 (AS 1996, 151). Entre la doctrina científica, vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Reforma laboral y Seguridad Social”, R.L-La Ley, núm. 17 y 18, 1994, pág. 37, ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo”, *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 170 y ss.) y SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Jurisprudencia social. Unificación de doctrina 1993-1994*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 437.

¹⁷⁰ AS 1994, 2544, 2636 y 6838. En la primera de ellas se dan por reproducidos los fundamentos jurídicos de la primera de las resoluciones.

¹⁷¹ En palabras de LOUSADA AROCHENA (“Medidas laborales de la Ley 42/94, de 30 de diciembre. Comentarios de Urgencia”, en A.L., núm. 16, 1995, pág. 236), la “intención del reformador de desvirtuar a la jurisprudencia ha actuado despiadadamente, queriendo cerrar todo resquicio, aun pequeño o ínfimo, a las posibilidades de interpretación”. El TS entiende en su Sentencia de 21 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6786) que resulta de aplicación el criterio tradicional de equivalencia entre día cotizado y día de cómputo por acontecer el hecho causante antes de la vigencia del RD-ley 18/1993. Criterio reiterado en las posteriores sentencias del mismo Tribunal de 7 y 13 de febrero de 1997, y de 23 de junio de 1997 (R.J. 1997, 1168, 1264 y 5136), en las que, corrigiendo la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia que mantenían la aplicación de la doctrina de dicho tribunal, sobre ilegalidad de los preceptos de cobertura y, por tanto, la

de cotización se adaptaran a la actividad en cuestión en la que desempeñare su trabajo el trabajador contratado a tiempo parcial (jornada habitual diaria), sin perjuicio del cómputo de la parte proporcional correspondiente a los periodos de descanso, pagas extraordinarias y conceptos retributivos de periodicidad en su devengo superior a la mensual (art. 29 de la Orden de Cotización de 26 de enero de 1998). En todo caso, la teoría de los días-cuota por pagas extraordinarias debía entenderse derogada por el nuevo art. 12.3 ET¹⁷².

En cuanto a los trabajadores cuya jornada de trabajo tuviera carácter irregular, al amparo del art. 32.2 ET, regía y rige el criterio de la proporcionalidad respecto de la jornada anual (salvo para los trabajos fijos discontinuos): art. 4.3 de la Ley 10/94, de 19 de mayo: “para el cálculo de las doce horas a la semana o cuarenta y ocho horas al mes *se estará a lo que proporcionalmente resulte*, teniendo en cuenta la jornada anual, o la correspondiente al tiempo de duración del contrato si dicha duración es inferior al año, en la actividad de que se trate.” La norma se reproduce en el art. 65 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 2064/1995.

Todo este régimen y las dudas y confusiones que le acompañan ha quedado sustituido por el nuevo orden legal que introduce la Ley 63/1997 y su reglamento de desarrollo. El punto de partida o base del nuevo régimen es la supresión de la peculiar dicotomía legal trabajo a tiempo parcial ordinario/trabajo marginal, que amparaba diferencias de trato de muy difícil justificación. En cuanto al acceso a la prestación, y aunque ésta sea una cuestión que ya había quedado definitivamente resuelta en el art. 40 de la Ley 42/94, de 30 de diciembre, establece el art. 4.1 a) del RD 489/1998 (al que remite el número 2 del mismo precepto) que a tal fin (el de calcular los periodos mínimos de cotización exigidos

cotización ficticia íntegra a las cotizaciones realizadas con anterioridad a su entrada en vigor, entienden que la norma de aplicación será, en todo caso, la que estuviera en vigor en el momento del hecho causante, por lo cual el criterio *resulta todavía hoy de aplicación*. La doctrina se reproduce en la STSJ de Madrid (Sección 4ª), de 8 de mayo de 1997 (AS 1997, 1731), que corrige la anterior de 20 y 27 de enero de 1997 (Ar. 83). Vid. iter legislativo en la SSTSJ del País Vasco, de 15 de marzo de 1996. Ponente: Sr. García Ross. *La Ley*, núm. 4069, 1 de julio de 1996, ref. 6288, y Sentencia del TSJ de La Rioja, de 27 de mayo de 1997 (AS 1997, 1911); Ponente: Ilma. Sra. Dª. Mª Carmen Ortiz Lallana, interesante además por su síntesis de la evolución jurisprudencial sobre esta materia, todas ellas sobre cómputo de carencia a efectos de pensión de jubilación. Aplica el nuevo régimen jurídico, por producirse el hecho causante después de la entrada en vigor de normativa que le sirve de base, la STSJ de Castilla-La Mancha, de 16 de mayo de 1997 (AS 1997, 2466), sobre un supuesto de incapacidad temporal. También sobre incapacidad temporal, STSJ de la Comunidad Valenciana, de 29 de marzo de 1996 (AS 1996, 1807), que aplica directamente la tesis del día trabajado-día cotizado, haciendo abstracción de la fecha del hecho causante.

¹⁷² GARCÍA NINET, J.I.: “La incapacidad temporal”, en AA.VV.: *La incapacidad temporal*, Tecnos, 1996, Y STSJ de Galicia, de 2 de junio de 1997 (AS 1997, 2022). Mantienen la aplicación de dicha teoría las anteriores SSTSJ de Castilla-León/Valladolid, de 27 de octubre de 1992 (AS 1992, 5223 y 5224), en consonancia con su paralela obligación de cotizar por los mismos, con inclusión de “las partes proporcionales correspondientes a festivos, domingos y pagas extraordinarias” (AS 1992, 5223).

para acceder al subsidio), "el número de días de cotización computables será el resultado de dividir el número de horas efectivamente trabajadas entre el número de horas que constituyan la jornada habitual en la actividad de que se trate".

Sin embargo, no debe olvidarse que el art. 4.1 del RD 489/1998 excluye la aplicación de las normas en él contenidas sobre acceso y cálculo de la prestación a los trabajadores por cuenta ajena de ciertos Regímenes especiales (Regímenes especiales agrario y de empleados de hogar), cuyo régimen jurídico se remite a las normas generales del respectivo régimen, que, en lo que a la prestación por maternidad se refiere, son *las normas del régimen general*.

2. *Periodo en el que ha de contabilizarse la carencia*. En este aspecto, el art. 12.3 ET y la D.A. 7ª LGSS se remiten a norma reglamentaria de desarrollo: el RD 489/1998. En virtud del art. 4.1 a) del mismo, debe ponderarse el periodo de cómputo de los cinco años, teniendo en cuenta la duración efectiva de la jornada¹⁷³, como ya dispusiera en su día la D. A. 9ª del RD 2319/1993, de 29 de diciembre, *de revalorización de pensiones y de otras prestaciones de protección social pública para 1994*¹⁷⁴. Para ello, se establece que dicho periodo "se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente"¹⁷⁵.

¹⁷³ Otro sistema produciría "una discriminación positiva o negativa de la contratación a tiempo parcial respecto a la contratación a tiempo completo": RIERA VAYREDA: ("La incapacidad temporal y la maternidad en los contratos a tiempo parcial", en AA.VV.: *La incapacidad temporal*, Tecnos, 1996), quien, respecto de la aplicación de la regla de la proporcionalidad, sostiene que "la única forma admisible es contrato a contrato de forma individualizada: debe procederse -en aras de la seguridad jurídica- a un análisis particularizado de cada supuesto concreto.

¹⁷⁴ Según la cual "cuando para poder causar la prestación de que se trate, una parte del periodo mínimo exigible deba estar comprendido dentro de un lapso de tiempo inmediatamente anterior al hecho causante, este lapso se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente".

¹⁷⁵ De esta manera queda suprimida la regla que se contenía en el segundo párrafo de la D.A. 9ª del RD 2319/1993, de 29 de diciembre, en virtud de la cual, para proceder a la aplicación de la norma era preciso que concurra un rígido requisito adicional: la permanencia de cinco años dentro de un periodo de quince en la misma situación, es decir, prestando servicios a tiempo parcial durante quince años, regla (idéntica en la Resolución de 1 de febrero de 1982) prevista para enfermedad común, pero no extensible a la contingencia de maternidad, por la ausencia de norma expresa al respecto. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que tampoco la referencia de este Reglamento a la ampliación del periodo de carencia específica de doce a dieciocho meses (RD 2319/93) podía resultar de aplicación, suprimida la exigencia de que la carencia requerida se localizara en el año inmediatamente anterior al hecho causante. En este nuevo contexto, cierta doctrina (cfr., RIERA VAYREDA: "La incapacidad temporal y la maternidad en los contratos a tiempo parcial", en AA.VV.: *La incapacidad temporal*, Tecnos, 1996) optaba por la adaptación de la norma al nuevo periodo exigible, recurriendo a la aplicación del principio de proporcionalidad, que permite incrementar el periodo de cinco años en la misma proporción en la que se reduce el tiempo de prestación de servicios.

- Trabajadores *fijos discontinuos*:

El cómputo de la cotización se rige por las normas propias del trabajo a tiempo parcial¹⁷⁶, del que constituye una modalidad, desde que la nueva redacción del art. 15.3 ET¹⁷⁷ utiliza el parámetro anual para el cómputo de la jornada de trabajo (STSJ Castilla-La Mancha, de 26 de febrero de 1996¹⁷⁸). Ahora bien, ¿puede considerarse un paréntesis el periodo comprendido entre campaña y campaña? No está previsto expresamente, ya que dicho periodo intermedio es considerado únicamente a efectos de prestaciones por desempleo (art. 1 del RD 625/1985), pero podría entenderse asimilable, dada la involuntariedad que acompaña a tales periodos de inactividad. Ello supondría retrotraer el periodo de cómputo al momento en el que se interrumpió la obligación de cotizar¹⁷⁹.

5. Contenido de la prestación

Es en este ámbito donde se desvincula en mayor grado el subsidio por maternidad del subsidio por incapacidad temporal, salvo en lo que se refiere al cálculo de la base reguladora tomada para hallar la cuantía de aquélla, que continúa siendo idéntica a la empleada para determinar la protección económica de la incapacidad temporal.

5.1. Duración (remisión)

En materia de duración del periodo de descanso por maternidad, el sistema de la Seguridad Social se remite como ley en blanco al Derecho del Trabajo¹⁸⁰. El art. 133 ter LGSS efectúa un reenvío al art. 48.4 del ET, técnica que, por coherencia, será adoptada en este trabajo. Por tanto, el tratamiento de la duración de la prestación, que es el del descanso, queda remitido al lugar correspondiente (capítulo 3 del Título II).

Sólo resta recordar la inoperancia de la distinción contenida en las normas reglamentarias que desarrollaban la LSS de 1966 y más tarde el Texto Refundido de 1974 entre periodo *obligatorio* y periodo *voluntario* de descanso, como aclara la

¹⁷⁶ Aspecto sobre el que expresa sus dudas TEJERINA ALONSO en op.cit, pág. 60.

¹⁷⁷ Redacción introducida por el art. 4.1 del Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre y posterior 4.3 de la Ley 10/1994, de 19 de mayo. Vid. el art. 12.3 del vigente TRET, así como el art. 65 del RD 2064/1995, por el que se dictan normas sobre cotización para este colectivo. Con anterioridad, el cómputo carencial se sometía a las previsiones de la Resolución de 12 de febrero de 1979, de la Dirección General de Régimen Económico de la Seguridad Social, art. 15.6 del ET de 1980 y arts. 11 a 14 del RD 2104/1984, de 21 de noviembre, normas todas ellas derogadas por el Real Decreto - ley 18/1993 y normas sucesivas (RD 2317/1993, Ley 10/1994 y Texto Refundido del ET).

¹⁷⁸ A.L. núm. 31, 1996, ref. 1237.

¹⁷⁹ STSJ de Canarias/Las Palmas, de 28 de enero de 1993 (AS 1993, 17).

¹⁸⁰ STSJ de Baleares, de 7 de mayo de 1992 (AS 1992, 2323).

Resolución de 21 de abril de 1995, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, *en relación con diversas dudas que se plantean respecto de la prestación económica por maternidad, según la nueva redacción dada a la Ley General de la Seguridad Social por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre*, en la que se destaca la supresión por dicha Ley de la remisión a la regulación reglamentaria a efectos de duración del periodo de descanso.

Este epígrafe quedará limitado, pues, al tratamiento de aquellos aspectos derivados directamente de la legislación de Seguridad Social, que tratarán de sistematizarse a continuación:

1. Dispone el art. 12 de la O.M. de 13 de octubre de 1967:

- a) que “la muerte del hijo no relevará a la madre de la obligación de descansar los días que falten para completar el periodo obligatorio”¹⁸¹;
- b) que, además del descanso puerperal, “el médico que le preste asistencia sanitaria de la Seguridad Social” podrá prescribir a la beneficiaria la cesación absoluta de todo trabajo lucrativo durante un periodo anterior al parto, cuya duración máxima será de “hasta seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto” (diez semanas en la actualidad¹⁸², o incluso doce, en caso de “embarazo gemelar”¹⁸³), periodo que, por expresa disposición del citado precepto, se entenderá como *descanso obligatorio*. La norma, que se acomoda a lo previsto por el art. 3.5 del Convenio OIT núm. 103, de 28 de junio de 1952, *sobre Protección de la Maternidad*¹⁸⁴, según el cual “en caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico sea consecuencia del embarazo, la legislación nacional deberá prever un *descanso prenatal suplementario* cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente”, puede analizarse desde diversos puntos de vista:

1º. A tenor de la redacción del precepto, interpretado a la luz del art. 3.5 del Convenio OIT núm. 103, este lapso temporal no puede considerarse, atendiendo al elemento de la asistencia sanitaria (pues es el facultativo el que prescribe la

¹⁸¹ La Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 21 de abril de 1995, sobre aclaración de las dudas que pudiera suscitar la aprobación de la Ley 42/94, confirma la validez de dicha norma, de la que parece deducirse que tampoco interrumpe el periodo voluntario de descanso.

¹⁸² Se entiende derogada, en virtud del art. 48.4 ET (en la redacción dada por la Ley 3/89, de 3 de marzo), el inciso final del precepto, en el que se limitaba la duración del descanso voluntario prenatal a seis semanas: STSJ de Asturias, de 18 de diciembre de 1990 (AS 1990, 1811), STSJ de 15 de octubre de 1991 (AS 1991, 5727) y STSJ de Baleares, de 7 de mayo de 1992 (AS 1992, 2323): “no cabe duda de que es obligatorio el descanso de tales seis semanas posteriores al parto y que también puede estimarse como tal el prescrito por el médico que le preste asistencia sanitaria de la Seguridad Social y que como máximo podrá alcanzar hasta *diez semanas* anteriores al parto”.

¹⁸³ STSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS 1992, 2485).

¹⁸⁴ Ratificado por Instrumento de 20 de agosto de 1966, BOE de 31 de agosto.

cesación del trabajo)¹⁸⁵ como incapacidad temporal intercurrente con maternidad (y en consecuencia, con cómputo de periodos independientes y prestaciones diferentes), sino propiamente como contingencia de *maternidad*, cuya duración puede *prolongarse extraordinariamente* (de descanso prenatal *suplementario* habla el Convenio OIT núm. 103) a instancia del facultativo de la Seguridad Social que atienda a la trabajadora¹⁸⁶, por razones preventivo-patológicas.

En consecuencia, esta ampliación extraordinaria en nada afectará al periodo de descanso voluntario, dados los términos en los que se formula, ya que se ciñe al ámbito exclusivo del descanso obligatorio. De ahí que, sea cual sea la duración de éste (seis o doce semanas máximo), el voluntario seguirá extendiéndose desde el fin de la sexta semana posterior al parto hasta la decimosexta¹⁸⁷. Afirmación que confirma el art. 13 OM 1967, en el que se regula el descanso voluntario, al establecer que “se entenderá por descanso voluntario aquel que, no prescrito como obligatorio por el médico que preste a la beneficiaria asistencia sanitaria de la Seguridad Social, disfrute la trabajadora *por propia decisión...*” Por consiguiente, la frontera entre uno y otro descanso, cuando ambos son anteriores al parto, se halla en *la persona que toma la decisión*, siendo voluntaria cuando la decisión parta de la trabajadora.

2º. Entienden otros autores que *dicho periodo ‘extra’ consume el periodo de descanso voluntario*, por suponer una alteración excepcional de la opción de la beneficiaria por parte del facultativo de la Seguridad Social, en virtud de razones médicas. En consecuencia, según esta tesis -que cuenta con numerosos adeptos-, no debe haber ampliación del periodo, sino conversión del voluntario en obligatorio, pues la opción de la beneficiaria no es un derecho absoluto, sino supeditado a que no precise el descanso obligatorio¹⁸⁸. Esta interpretación, sin

¹⁸⁵ No obstante, no se trataría de incapacidad para el trabajo, sino de un periodo “preventivo” similar al existente para observación en caso de enfermedad profesional, ya que funciona a instancia del facultativo y no por previa incapacitación para el trabajo.

¹⁸⁶ Ésta deberá, en consecuencia, acudir a los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social aunque sea entendida habitualmente por facultativo de la Sanidad privada. Será preciso, pues, que ambos diagnósticos coincidan para que la trabajadora acuda a la Sanidad pública en demanda de dicha prescripción de descanso.

¹⁸⁷ Art. 14.1 OM 1967: “Una vez comenzado el descanso anterior al parto, *tanto si tiene carácter voluntario como obligatorio*, la beneficiaria no podrá volver al trabajo hasta que hayan transcurrido las seis semanas de descanso obligatorio posterior al parto.” En tal sentido, SSTSJ de Cataluña, de 12 de septiembre de 1990 (RTSJ 1990, 4271) y 23 de mayo de 1991 (AS 1991, 3524), de Madrid, de 16 de mayo de 1990 (RTSJ 1990, 1762). En cuanto a la STSJ de Baleares, de 7 de mayo de 1992 (AS 1992, 2323), cita a las anteriores, pero, según entiende la STSJ de Galicia, de 5 de enero de 1994 (AS 1994, 199), en la que se contiene doctrina contraria, parece apoyar otra conclusión, es decir, la que niega la posibilidad de disfrute íntegro del periodo voluntario, ya *agotado como obligatorio*.

¹⁸⁸ STSJ de Galicia/La Coruña, de 5 de enero de 1994 (AS 1994, 199), según la cual “es evidente que dicha limitación no es caprichosa ni arbitraria sino motivada precisamente por el supuesto que

embargo, es, de todas, la menos defendible por cuanto supone la sustitución de la voluntad de la trabajadora por la de la Inspección Médica de la Seguridad Social, y así lo declaran los TSJ de Asturias, en su sentencia de 18 de diciembre de 1990¹⁸⁹, y de Madrid, en Sentencias de 16 de mayo de 1990¹⁹⁰ y 25 de septiembre de 1991, para el que “tal decisión (de transformar la situación de baja por incapacidad temporal en situación obligatoria de baja por maternidad) contraría la libertad de opción concedida a la actora por el precepto comentado¹⁹¹, y sin que tal libertad de opción pueda quedar desvirtuada, enervada ni menguada por lo dispuesto en el art. 14 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967 y en el 6 del Decreto 3158/66, de 23 de diciembre”, razón por la cual “dado el inferior rango jerárquico de las mentadas disposiciones al de la Ley 3/89, *habrán de entenderse dichos preceptos derogados* en cuanto se opongan a lo establecido a las normas contenidas en la referida ley.”¹⁹²

- 3º. Otra línea doctrinal, secundada por la jurisprudencia de suplicación, por el contrario, se ampara en el carácter patológico de la ampliación del periodo para atribuirlo a contingencia distinta: la de *incapacidad temporal*, fundada en

contempla el art. 3.5 del Convenio de la OIT tantas veces citado y el art. 12.1 de la Orden 13 octubre 1967, es decir la concurrencia de circunstancias patológicas derivadas del embarazo que exijan a juicio del médico que lo certifica que la interesada inicie el periodo de descanso. Ante esta realidad, entender que cualquier eventualidad derivada de la referida causa debe dar lugar a una protección distinta, normalmente por vía de ILT, nos parece cuando menos muy discutible, y por ello más lógico que se entienda que a dicha situación solo pueden reconducirse aquellas patologías, que aun derivadas del embarazo excedan del periodo prenatal de 10 semanas o del puerperal de 6 semanas”. Se mantiene también, entre otras, en las sentencias TSJ de Madrid, de 16 de mayo de 1990 (RTSJ 1990, 1762), TSJ de Cataluña, de 23 de mayo de 1991 (AS 1991, 3524) y TSJ de Baleares, de 7 de mayo de 1992 (AS 1992, 2323). Según esta última, “se considera como voluntario el (descanso) que la trabajadora disfrute por decisión propia *dentro de los indicados límites* (el de las diez semanas de descanso obligatorio prescrito por el médico), conforme dispone la orden citada y reiterada doctrina jurisprudencial...”

¹⁸⁹ AS 1990, 1811. En ella se juzga sobre la decisión de la Inspección Médica de la Seguridad Social de transformar la baja de la trabajadora por ILT en situación obligatoria de baja por maternidad con dos meses de antelación a la fecha prevista del parto, decisión que considera no ajustada a derecho, por no haber lugar al descanso obligatorio, siendo facultad de la trabajadora la elección del periodo voluntario y no de la Seguridad Social transformando arbitrariamente una contingencia en otra al margen de su voluntad.

¹⁹⁰ AS 1990, 1762. En el mismo sentido, ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA (*Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, 1991).

¹⁹¹ Invoca también el Tribunal, a mayor abundamiento, el principio del respeto a los actos propios (“venire contra factum proprium non valet”), siendo la esencia se éste la protección de la buena fe y la seguridad jurídica.

¹⁹² La referida STSJ de Galicia (La Coruña), de 5 de enero de 1994 (AS 1994, 199) se opone a este argumento, alegando que no juega el principio de jerarquía normativa ni el derogatorio, puesto que el contenido de la Ley 3/1989 y de la Orden de 13 de octubre de 1967 no resulta incompatible, no debe operar la derogación tácita, pues la primera de ellas “nada ha innovado respecto del descanso por maternidad”, limitándose la segunda de ellas a acomodar la legislación española al Convenio OIT número 103, con cuyo art. 6.3 concuerda.

el diagnóstico de “embarazo de alto riesgo”, de modo que la duración del periodo de descanso permanecería inalterable, atribuyéndose a incapacidad temporal el *periodo extraordinario*. Así se afirma en la STSJ de Madrid, de 16 de mayo de 1990¹⁹³, en términos explícitos: “si la madre embarazada no ha optado por disfrutar ningún día del descanso dicho antes de la producción del parto, *forzosamente el disfrute del periodo total de las dieciséis semanas habrá de discurrir, sin interrupción alguna, desde la fecha del parto*”, o en las de los TSJ de Castilla-La Mancha o la Rioja, en sentencias de 11 de marzo de 1991, y 6 de mayo de 1992, respectivamente¹⁹⁴.

En esta última se afirma que el hecho de que el proceso patológico diagnosticado tenga su causa en la futura maternidad *no ha de implicar necesariamente que haya de extenderse parte de baja por maternidad*. Argumenta que debe tomarse en consideración como elemento determinante la fecha en la que se inicia dicha situación, pues, siendo anterior a las diez semanas previas al parto¹⁹⁵, resulta imposible, por una pura cuestión numérica, atribuir tal periodo a maternidad, dada la duración máxima de éste (y el respeto de las seis semanas de descanso obligatorio puerperal): en consecuencia, debe considerarse baja por enfermedad común.

Por su parte, la STSJ de Andalucía (Granada), de 12 de julio de 1993¹⁹⁶, argumenta que lo verdaderamente determinante es la voluntad de la trabajadora, ausente cuando el parte de baja se opera por prescripción facultativa, “de forma tal que aunque la misma se previera por razón exclusiva del parto, y no por la existencia y diagnóstico de cualquier otra afección, concurrente o no, que la aconsejase”, procede el abono de la prestación correspondiente a la totalidad del periodo de descanso anterior al parto, sin reducción del descanso puerperal obligatorio.

En cualquier caso, debe concluirse:

- a) Que se entiende derogada la norma del art. 12.3 por el art. 48.4 del ET en su redacción de 1989, que prevé la existencia de un solo periodo obligatorio, que ha de ser necesariamente posterior al parto.
- b) Que no puede convertirse un periodo concebido para su absoluta disponibilidad por la trabajadora, quien lo utilizará a su voluntad, en periodo obligatorio, y menos por una norma de rango reglamentario, contrariando lo dispuesto en ley ordinaria.

¹⁹³ AS 1990, 1762.

¹⁹⁴ AS 1991, 2175; 1992, 2346.

¹⁹⁵ En el supuesto de hecho la baja por maternidad se había extendido con una anterioridad de mes y medio a la fecha prevista para el parto, atribuyéndose a descanso obligatorio, decisión que no le está permitido adoptar al médico.

¹⁹⁶ AS 1993, 3255.

- c) Que no puede cerrarse la posibilidad de que el facultativo médico prescriba la necesidad de descanso adicional *pre-natal*, pero, dado su origen patológico, se tratará de una baja médica por incapacidad temporal y no por maternidad, aunque la enfermedad o el riesgo en cuestión hayan sido provocados directamente por el estado de gravidez de la trabajadora (pues ello no lo convierte en circunstancia no patológica, como sí lo es el embarazo).
3. Agotado el periodo de descanso obligatorio y voluntario, si *la beneficiaria continúa necesitando asistencia sanitaria y se encuentra incapacitada para el trabajo*, “se le considerará en situación de incapacidad (temporal) debida a enfermedad común”, iniciándose un periodo de I.T., en virtud del art. 12.3 OM 1967, sin solución de continuidad (es decir, sin plazo de espera de tres días), para cuyo cómputo máximo no se tendrá en cuenta el periodo de descanso disfrutado por maternidad (“con absoluta independencia de los periodos de descanso por maternidad”). Se prevé así un supuesto de conexión con la prestación de incapacidad temporal, que será analizado más adelante. Sobre el tema se volverá más tarde, al examinar las relaciones entre el subsidio por maternidad y otras prestaciones.
4. La duración del derecho para el colectivo de trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos debe entenderse equiparada a la de cualquier otro trabajador, por disposición expresa del art. 37 de la Ley 42/1994, art. 133 ter y D.A. 7ª LGSS, máxime cuando es el ET el que marca taxativamente la duración del derecho. No se plantean, pues, en este caso, los problemas propios de la duración de la prestación que surgen en caso de incapacidad temporal¹⁹⁷. Sin perjuicio de ello, sí que debe efectuarse una aclaración en torno a la duración “efectiva” de la prestación, pues si ésta se dirige a resarcir al beneficiario de la pérdida de rentas procedentes del trabajo, no escapa a la lógica que sólo deban cubrirse económicamente aquellos días en los que, debido al trabajo, no se realizó por disfrutarse de un periodo de descanso por maternidad, porque sólo éstos dan lugar a la pérdida de retribución. En consonancia con ello, dispone el art. 4.1 c) *in fine* del Reglamento regulador del trabajo a tiempo parcial (RD 489/1998) que “la prestación económica se abonará durante todos los días naturales en que el interesado se encuentre en la situación de (maternidad)”, declarando el mismo precepto en su apartado d) que ello no significa la prolongación de la duración del descanso (pues en nada quedará afectada su

¹⁹⁷ Tal es la doctrina también del TCT, contenida, entre otras, en la sentencia de 10 de febrero de 1988 (RTCT 1988, 1668). Vid. en el mismo sentido las SSTSJ de Madrid, de 23 de noviembre de 1992 (AS 1992, 5746) y de 28 de mayo de 1993 (AS 1993, 2638), que postulan la igualdad de derechos entre los trabajadores fijos y los fijos discontinuos a efectos de protección por ILT, por no contenerse límite alguno a la duración del derecho ni en la LGSS ni en la Orden de desarrollo. Y las SSTSJ de Canarias/Las Palmas, de 16 de mayo de 1995 (A.L., núm. 45, 1995, ref. 1876), en la que se entiende que el pago debe efectuarse todos los días naturales en los que el trabajador permanezca de baja, con independencia de la naturaleza de su contrato, y de 11 de julio de 1995 (en A.L., núm. 6, 1996, ref. 253). En contra, SEGOVIANO ASTABURUAGA, Mª L.: “Aspectos jurídicos de la maternidad”. *Información Laboral*, núm. 1, 1997, p. XXIX.

duración efectiva y real por el hecho de que sólo se perciba el subsidio durante unos determinados días). De ahí que, con efectos aclaratorios, se añada que "la aplicación de las reglas previstas en el anterior párrafo b) no afectará al cómputo del periodo máximo de duración de la situación..., que en todo caso, se realizará por referencia al número de días naturales de permanencia en la misma".

5.2. Cuantía

La prestación económica¹⁹⁸ por maternidad consistirá en un subsidio equivalente a la cuantía resultante de aplicar un porcentaje sobre la base reguladora del beneficiario, sea éste la madre o el padre.

Cuando el derecho se ejerza por el padre en caso de maternidad natural, sucediendo en su disfrute a la madre, procederá de nuevo el cálculo de la prestación, al tratarse de dos subsidios diferentes¹⁹⁹.

Siendo los elementos configuradores del contenido de la prestación por un lado la base reguladora y por el otro el porcentaje aplicable a la misma, deben ser objeto de examen autónomo. Finalmente, no debe olvidarse la incidencia de otros factores en la determinación de la cuantía final de la prestación, como la circunstancia de que el parto sea múltiple.

A. Base Reguladora

Para la determinación de la base reguladora de la prestación, el art. 133 quater LGSS remite a las normas²⁰⁰ propias de la incapacidad temporal, por cuanto establece que aquélla "será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes". En consecuencia, deben aplicarse las correspondientes normas de la Orden de 13 de octubre de 1967 (artículo 2), a las que remite el art. 129 LGSS, sobre cuantía de la prestación económica por incapacidad temporal, así como el art. 2 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre y el art. 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio.

El art. 2.1 del D. 3158/1966 resulta insuficiente o impreciso en la determinación de la base reguladora de la prestación, ya que únicamente dice que será "la base de cotización en la fecha en que se declare legalmente la incapacidad" (circunstancia que

¹⁹⁸ Recordar que a la prestación económica va unida indefectiblemente la prestación en especie: la de asistencia sanitaria.

¹⁹⁹ GARCÍA NINET parte de la posibilidad de que, en ausencia de prohibición expresa, puede existir también sucesión en el disfrute del descanso en caso de adopción o acogimiento, y, por tanto, también en este supuesto el subsidio se calculará sobre cada una de las bases reguladoras de los dos causantes o beneficiarios de la prestación (GARCÍA NINET, J.I.: "La maternidad", op.cit., p. 380).

²⁰⁰ Y por tanto a la jurisprudencia emanada a su amparo.

debe entenderse sustituida por la de la fecha en la que se inicie el descanso por maternidad).

En similares términos se expresa el art. 2.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967, que constituye Reglamento de la prestación, cuyo texto es idéntico al del precepto homónimo.

Más explícito -constituyendo, por tanto, la norma de referencia en este tema²⁰¹- es el art. 13.1 del D. 1646/1972, por el que se desarrolla la Ley 24/1972, de 21 de junio, *en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social*, según el cual *la base reguladora se corresponde con la base de cotización²⁰² de la contingencia de la que se derive* (contingencias comunes, especifica el art. 133 ter LGSS) *“en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad-maternidad, excluidos²⁰³, en su caso, los conceptos remuneratorios comprendidos en el número cuatro del presente artículo* (pagas extraordinarias, previstas en el art. 31 ET, y demás conceptos retributivos de periodicidad superior a la mensual o sin carácter periódico²⁰⁴, ya promediados en las

²⁰¹ STSJ de Navarra, de 13 de marzo de 1996 (AS 1996, 1174).

²⁰² La base sería la del beneficiario de la prestación que haga uso del derecho al descanso por maternidad o paternidad. Por tanto, en opinión de JIMÉNEZ-ASENJO (*Apuntes de Seguridad Social (Régimen General)*, Servicio de Reprografía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, 1995, pág. 112), en el momento de ejercitarse la opción habrá de procederse al nuevo cálculo de la base reguladora, dado que se trata de dos subsidios diferentes: el de maternidad por un lado y el de paternidad por el otro. En consecuencia, la base reguladora que habrá de tomarse será la correspondiente al mes anterior al hecho causante, que será, según ÁLVAREZ DE LA ROSA (*Enciclopedia de Seguridad Social*, op.cit.), el del inicio del descanso por el padre.

²⁰³ Así como todos aquellos que enumera el art. 109.2 LGSS y 23 del RD 2064/1995, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, modificado por RD 1426/97, de 15 de septiembre de 1.997. V.g., plus de transporte y desgaste de herramientas (STSJ de Castilla-La Mancha, de 19 de diciembre de 1991, AS 1991, 6704, y STSJ de Andalucía/Granada de 15 de mayo de 1997 (AS 1997, 2643).

²⁰⁴ Tienen carácter periódico aquellos que se abonan de manera “habitual, común, ordinaria, consuetudinaria en sus circunstancias y núcleo, no pudiendo hablarse de que exista la misma en aquellas ocasiones en las que tal continuidad en las sustituciones tenga una antigüedad que no sobrepasa los tres meses y medio en el contexto de la relación laboral” (en el caso enjuiciado). Los complementos previstos por el Estatuto Jurídico del Personal Médico de 1966 (D. 3160/1966, de 23 de diciembre) y Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social (OM de 26 de abril de 1978) para la retribución de las *sustituciones y guardias*, así como de la *atención continuada* (que sustituye al anterior de guardias médicas), efectuadas por tal personal están excluidas, según doctrina jurisprudencial consolidada (STCT de 22 de marzo de 1985 (R. 1985, 2043) y SSTS u.d. de 29 de abril, 2 de junio y 8 de julio de 1992, y 30 de enero, 22 de febrero y 8 de junio de 1993 y 18 de octubre de 1994 (R.J. 1992, 2682, 4513 y 5593; 1993, 386, 1264 y 6289; 1994, A.L. núm. 6, 1995, ref. 186), del cálculo de la base reguladora. Por tratarse de retribuciones que van ligadas a una situación extraordinaria de puesto de trabajo, no incluibles, pues, entre los conceptos que regula en art. 30 números 1.1, 1.2 y 1.3 del referido Estatuto del Personal Médico (STSJ de Madrid, de 8 de junio de 1990, AS 1990, 2055), ni tampoco en concepto de mejora voluntaria de la prestación. STSJ de Andalucía/ Málaga, de 7 de febrero de 1991 (AS 1991, 1075) y STSJ de la Comunidad Valenciana, de 8 de marzo de 1991 (AS 1991, 1806). Asimismo, quedan excluidos de abono durante la situación de suspensión del contrato aquellos complementos que no tengan carácter de ingreso normal, habitual o promedio: v.g., pluses de

bases de cotización respectivas de los doce meses anteriores al hecho causante), *por el número de días a que dicha cotización se refiera*”²⁰⁵.

No es necesario proceder a dicho prorrateo en el momento del cálculo de la base reguladora, como establece este precepto, porque, según dispone el art. 109.1 LGSS, ya están prorrateadas a efectos de cotización, dado el actual sistema de cotización, que difiere del vigente en la fecha en que se redactó este Reglamento (STSJ de Andalucía/Sevilla, de 22 de febrero de 1994²⁰⁶). La regla de referencia resulta de aplicación para todos los meses del año, con inclusión del mes de vacaciones (STSJ de Cataluña, de 31 de diciembre de 1991²⁰⁷), pues una interpretación literal del precepto “no se ajusta al espíritu de la norma, en la que trata de implantarse un sistema que tome en consideración todos aquellos conceptos que permiten determinar una medida retributiva que responde a la ganancia real del trabajador”, debiendo calcularse “por el promedio de la totalidad de lo que hubiese cotizado en los 365 días naturales, computando tanto los complementos retributivos periódicos²⁰⁸ y el mes de vacaciones en el que no se ha cotizado por tal concepto, tal y como viene a desprenderse del núm. 4 del art. 13 y de la totalidad del precepto”²⁰⁹.

nocturnidad y festividad, por no corresponderse con “trabajos que se realicen normal y habitualmente, sino que se trata de trabajos ocasionales”, no devengándose, pues, cuando no se prestan servicios: SSTs de 22 de diciembre de 1994 (Ponente: Sr. Varela Aufrán; A.L. núm. 19, 1995, ref. 697), 23 de enero y 13 de julio de 1995 (Ponente: Sr. De las Cuevas González y Desdentado Bonete, respectivamente; A.L., núm. 25, 1995, ref. 884 y 46, 1995, ref. 1914), en ambos casos sobre personal de *Iberia*. La STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 31 de mayo de 1994 (AS 1994, 2114), reconoce la procedencia del abono del plus de asistencia durante la situación de suspensión contractual, *porque también se debe entender incluida en la base reguladora de la prestación*, en virtud de su naturaleza salarial (art. 5 OM 1967).

²⁰⁵ En opinión de TEJERINA ALONSO (op.cit., p. 57), se trata de un sistema de cálculo que, persiguiendo proporcionar una base reguladora lo más aproximada posible a la retribución real del trabajador, se traduce en un confucionismo parcialmente eficaz, al obviar la existencia de retribuciones con periodicidad mensual pero de cuantía variable. Por ello propone tomar en consideración el promedio de los salarios de cotización de un periodo de tiempo amplio, similar al tomado en cuenta para calcular la prestación por desempleo, utilizando el parámetro de tiempo anual.

²⁰⁶ AS 1994, 679.

²⁰⁷ AS 1991, 6801.

²⁰⁸ Es computable el plus de jornada partida, si se abonó durante el periodo que sirve para el cálculo de la base reguladora y su carácter no es esporádico, sino habitual (STSJ de Baleares, de 13 de julio de 1996, AS 1996, 3163).

²⁰⁹ Vid. sobre los conceptos que se entienden incluidos en la retribución correspondiente a vacaciones anuales las Sentencias del TCT de 19 de abril y 13 de octubre de 1987 y 17 de septiembre de 1988, y las del Tribunal Supremo de 7 de octubre y 20 de diciembre de 1991, y 21 de enero y 29 de diciembre de 1992, de las que la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 26 de julio de 1994 (A.L., núm. 3, 1995, ref. 86) extrae la conclusión de que “aquella expresión de remuneración normal o media (a la que alude el art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT) debe comprender todos los conceptos salariales ordinarios en su promedio, entendiéndose por tales aquellos vinculados de forma normal al desempeño de la jornada ordinaria de trabajo, entre los que deben incluirse los complementos personales antigüedad, aplicación de títulos, idiomas y similares, y los de penosidad, toxicidad, nocturnidad, turnicidad... y demás derivados del puesto de trabajo...”

El número de días que se aplica como divisor es el de *treinta*, según establece el número 2 del art. 13, si la retribución es mensual, y siempre que el trabajador haya permanecido en alta -y cotizado²¹⁰- en la empresa durante todo el mes *natural*²¹¹ anterior a la fecha de inicio de la situación de maternidad. Ello significa: 1º que, permaneciendo todo el mes en alta, el divisor será 30, aunque el número efectivo de días naturales del mes correspondiente sea otro (28, 29 ó 31)²¹²; 2º que, en caso de retribución diaria, el divisor variará según el número de días del mes en cuestión (31, 30, 28 ó 29²¹³), y 3º que, cuando dicha situación no se produzca (no haya habido situación de alta durante todo el mes anterior), el divisor se corresponderá con el número de días en los que el trabajador ha permanecido en alta durante el mes anterior a la baja (STSJ de Asturias, de 28 de julio de 1995²¹⁴)²¹⁵.

El art. 13 regula también *situaciones especiales*, como la de que la baja acontezca durante el primer mes de trabajo en la empresa o, lo que es lo mismo, *cuando haya ingresado en ella en el mismo mes en el que se inicie la situación de maternidad*²¹⁶. La misma regla se aplica, en materia de cotización, por el art. 6.2, regla tercera, de la Orden de 26 de enero de 1998, por la que se desarrollan las normas de cotización contenidas en la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998.

En estos casos, dispone el número 4 del art. 13 que, a efectos de promediar los devengos de periodicidad superior a la mensual, “las bases de cotización se complementarán promediando las que hubieran correspondido al trabajador si hubiese cubierto la antigüedad necesaria para efectuar dicho cómputo o trabajado los doce meses completos en la misma empresa”, de modo que también en estos supuestos sea tenido en cuenta el prorrateo de las pagas extraordinarias, si bien dicha aseveración

²¹⁰ STSJ de Navarra, de 13 de marzo de 1996 (AS 1996, 1174), en el que, sobre un supuesto de trabajador fijo discontinuo, se aclara que la base de cálculo se refiere a los días de cotización, no a los de simple permanencia en alta, pues la norma habla de “bases de cotización”.

²¹¹ STSJ de Asturias, de 4 de junio de 1990 (AS 1990, 1620): “como referencia al mes que al no señalar nada en contra la norma ha de estimarse natural”.

²¹² STSJ de Cataluña, de 7 de octubre de 1996 (AS 1996, 3913).

²¹³ STSJ de Cataluña, de 28 de enero de 1993 (AS 1993, 465).

²¹⁴ A.L., núm. 48, 1995, ref. 2009.

²¹⁵ En cualquier caso, el mes que se toma como base de cálculo es el anterior a la fecha de la baja, aun cuando en éste no se hayan prestado servicios todos los días y sí en los anteriores, ya que para tales situaciones está prevista la regla especial de cómputo de los días efectivamente trabajados (STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 1 de octubre de 1996, AS 1996, 4300, en el que se revoca la sentencia de instancia, por haber procedido el juez a quo a la aplicación de la base de cotización de un mes distinto al precedente a la baja, argumentando que en éste no el trabajador no habían prestado servicios todos los días, ni tampoco en el mes anterior, en el que había permanecido algunos días de huelga, por lo cual utiliza la base del tercer mes anterior a la baja).

²¹⁶ No son salario a efectos de fijar la base reguladora las prestaciones anteriormente percibidas, durante un periodo de inactividad (SSTS 19 de diciembre de 1994 y 13 de enero de 1995, RJ 1994, 10699, y 1995, 349).

resulta innecesaria, por disponerse así expresamente en las normas de cotización (art. 109.1 LGSS)²¹⁷.

Una situación próxima a la que acaba de analizarse es la de los cambios de categoría profesional o de actividad dentro de una misma empresa. Sin embargo, el supuesto no es asimilable al previsto en el art. 13.3 del D. 1646/1972, a efectos de cómputo de la base de cotización del mes de inicio de la situación de maternidad, en lugar de la del mes anterior a éste, por no encajar en los términos del precepto citado (aun cuando dé lugar a la baja en un régimen y el alta en otro), ya que éste sólo prevé el de *ingreso* en la empresa (SSTSJ de Cataluña, de 6 de abril de 1992 y de 28 de enero de 1993²¹⁸).

Existiendo lagunas de cotización en el mes anterior a la baja (v.g., por ejercicio del derecho de huelga), se tomarán únicamente los días en los que el trabajador permaneció en activo, que constituirá el divisor para la base de cotización correspondiente a los mismos. Regla también aplicable para la situación de desempleo subsidiado durante parte del mes en el que ha tenido lugar el ingreso en la empresa, situación en la que, aun cuando se mantiene la obligación de cotizar, no existe situación de activo (STSJ de Cataluña, de 12 de julio de 1993²¹⁹).

La cuantía resultante habrá de ajustarse a los límites marcados por el art. 110 LGSS y 25 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre de 1995, regla que será aplicable también, en caso de pluriempleo, a la suma de bases de cotización de las diferentes empresas en las que el beneficiario presta o ha prestado servicios (que serán computadas para calcular la base reguladora de la prestación, art. 7 OM 1967).

Realizado el pertinente examen de las normas generales en la materia, debe aludirse a las situaciones especiales que pueden producirse en torno a ellas y que tratarán de sistematizarse en los siguientes puntos:

1. *Aumentos de las bases de cotización posteriores*: como se prevé en el art. 2 del D. 3158/1966 y art. 29 de la Orden de 28 de diciembre de 1966, *por la que se dictan normas de aclaración del precepto*, así como la regla cuarta de la Resolución de 24 de julio de 1973, de la Dirección General de la Seguridad Social, y actualmente en las Órdenes anuales de cotización (art. 6.4 de la Orden de 26 de enero de 1998), el aumento de las bases de cotización posterior a la actualización de la contingencia,

²¹⁷ Como indica TEJERINA ALONSO (op.cit., p. 56), en la práctica se simplifica la aplicación de la norma, acudiendo como única referencia a la base de cotización del mes precedente, considerando que las variaciones a las que pudiera dar lugar tal sistema de cálculo son casi irrelevantes. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que tales conclusiones se hacen con respecto al subsidio de incapacidad temporal, en el que el sujeto que efectúa el cálculo es el empresario, pero no al de maternidad, íntegramente gestionado por el INSS, al que le resulta exigible la estricta aplicación de la norma legal.

²¹⁸ AS 1992, 2240 y 1993, 466.

²¹⁹ AS 1993, 3557.

es decir, producido durante el disfrute de la prestación, debe tener reflejo en la misma, de modo que se altere su cuantía, que se acomodará a la nueva base (según dispone el citado art. 6.4 de la Orden de cotización para el año 1998, "el subsidio por incapacidad temporal o por maternidad se actualizará a partir de la fecha de entrada en vigor de la nueva base mínima de cotización"²²⁰).

Ello puede suceder por modificación legal de las tarifas de cotización mínimas (o máximas²²¹) por categorías profesionales, de modo que la base de la categoría del trabajador que se halle en situación de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, experimente un aumento superior al de la base tomada para el cálculo (pues la cuantía no puede ser superior y en consecuencia no verse afectada por el incremento legal, que no hace llegar la base legal al nivel de la disfrutada a título individual por el trabajador, según su salario²²²)²²³. Así se desprende del art. 6.4 OM 18-1-95, según el cual "el subsidio por incapacidad temporal o por maternidad se actualizará a partir de la fecha de entrada en vigor de la nueva base mínima de cotización" (que corresponda a la categoría profesional del trabajador).

Ahora bien, cuando dichos incrementos no tengan origen legal, sino *convencional*, los efectos en cuanto a la base reguladora serán limitados, desplegándose sólo cuando tengan carácter retroactivo respecto de los salarios tomados para el cálculo de la base reguladora (D.A. 1ª O.M. 26 de enero de 1998, en la que se establece la obligación de cotizar por los salarios que hayan de abonarse con carácter retroactivo, ya sea en virtud de convenio colectivo, de sentencia judicial, disposición legal, acta de conciliación o cualquier otro título legítimo)²²⁴. Idéntica

²²⁰ Ha de considerarse también la posibilidad de que el tope aplicable no sea el mínimo sino el máximo por categorías profesionales, circunstancia que tendrá reflejo en la cuantía del subsidio cuando el salario real del trabajador supere la base máxima de su categoría o grupo de cotización: STSJ de Cataluña, de 15 de noviembre de 1996 (AS 1996, 4838).

²²¹ STSJ de Cataluña, de 20 de septiembre de 1993 (AS 1993, 3836; Ponente: J. Agustí Julià): "en cuyo caso la concreta base del trabajador en cuestión ha de ampliarse para integrar el salario realmente percibido hasta donde pueda ser absorbido por el citado incremento".

²²² Es decir, la alteración sólo se producirá cuando la base del trabajador coincida con la base mínima legal por categorías profesionales: art. 6.4 de la Orden de Cotización de 18 de enero de 1995, prorrogada en su vigencia durante el año 1996, por el art. 1 de la Orden sobre cotización para 1996 de 11 de enero de 1996, en la que se actualizan las bases mínimas para el año 1996.

²²³ En contra, GARCÍA BIGOLÉS (op.cit.), quien entiende que la modificación debe ser automática cuando provenga de incrementos salariales, careciendo de efectos modificativos la variación de las bases mínimas y máximas de cotización, pues "la cuantía del subsidio durante el periodo de percepción es inamovible."

²²⁴ STSJ de Castilla-León, de 5 de junio de 1995 (AS 1995, 3618). Cuando el aumento salarial no tenga carácter retroactivo, carecerá de efectos para alterar la base reguladora de la prestación, por hallarse el trabajador en situación de suspensión contractual: STSJ de La Rioja, de 4 de noviembre de 1991 (AS 1991, 6046) y STSJ de Madrid, de 16 de septiembre de 1994 (A.L., núm. 4, 1995, ref. 133), en la que se entiende que las modificaciones producidas como consecuencia de una reducción o ampliación del cupo de asegurados o asignado al médico de la Seguridad Social carecen de trascendencia alguna para alterar la cuantía del subsidio. Vid. sobre el particular Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de febrero de 1996. Pleno.

regla ha de aplicarse cuando se trate de gratificaciones que no puedan ser objeto de cuantificación anticipada a efectos de prorrateo (v.g., comisiones sobre beneficios).

Cabe, no obstante, plantear la aplicación analógica del art. 162 LGSS -sobre base reguladora de la pensión de jubilación-, que, conteniendo norma limitativa similar en su número 2, exceptúa su aplicación en el número 3 para el caso de que los incrementos “sean consecuencia de la aplicación estricta de las normas contenidas en disposiciones legales y convenios colectivos *sobre antigüedad y ascensos reglamentarios de categoría profesional*” o que “deriven de cualquier otro concepto retributivo establecido con carácter general y regulado en las citadas disposiciones legales o convenios colectivos”. Interpretación que viene apoyada por el art. 2 del D. 3158/66, que alude a una “modificación” de las bases, pero no a que ésta deba ser necesariamente de carácter legal.

2. *Colectivos regidos por normas especiales:*

- A. *Colectivos integrados en el Régimen General:* artistas y profesionales taurinos. La base reguladora para estos colectivos, según disponen los arts. 10 (artistas) y 16 (profesionales taurinos) del RD 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se les integra en el Régimen General, y 5.1 de la Orden de 30 de noviembre de 1987, en la que éstas se desarrollan, resulta de *dividir por 365 la suma de las bases de cotización de los doce meses anteriores al hecho causante o, si el periodo de cotización es inferior, el promedio diario del periodo acreditado* (que no podrá ser inferior a la base mínima de cotización por categorías profesionales, art. 5 OM de 30 de noviembre de 1987)²²⁵.
- B. *Trabajadores contratados para la formación.* El art. 14 del RD 2317/1994, de 29 de diciembre, por el que se desarrollaban las normas del ET reguladoras del contrato de aprendizaje, establecía que la cotización por tales trabajadores se realizaría por cuota fija, no según base de cotización, que, en consecuencia, no existía. La nueva normativa reguladora de los contratos de formación, que sustituyen al de aprendizaje (el Real Decreto-ley 8/1997, de 17 de mayo, hoy Ley 63/1997, de 26 de diciembre, *de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida*), no incluye norma alguna que permita concluir que tales trabajadores deban cotizar de forma distinta al resto de los que

Asunto C-342/93, *Gillespie*, prejudicial (en R.L., núm. 11, 1996; TJCE-11), en la que el Tribunal considera que las Directivas 75/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975, sobre igualdad de remuneraciones entre sexos y 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992 (que impone a los Estados miembros a mantener la retribución íntegra durante el permiso por maternidad), garantizan la plena igualdad salarial entre sexos y, por lo tanto, obliga al cómputo de los aumentos salariales producidos *durante el permiso por maternidad*, lo cual tiene incidencia en las prestaciones que por tal contingencia concede el sistema de la Seguridad Social, en la medida en que la cuantía de éstas se calcula por relación con las rentas salariales percibidas con anterioridad al comienzo del permiso.

²²⁵ Vid. art. 32 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre.

se integran en el régimen general, que se difiere, en su disposición transitoria cuarta, hasta tanto entre en vigor la ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social. Este momento ha llegado con la aprobación del RD 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el art. 11 del ET (en cumplimiento de la D. T. 4ª del RDL 8/1997), cuyo art. 16 deshace las dudas al respecto (y evita la necesidad de acudir a la interpretación sistemática a partir del art. 64 del RD 2064/1995 y las respectivas normas anuales de cotización), al determinar con diáfana claridad que, no existiendo base de cotización real (pues la cotización se realiza por cuotas), para el cálculo de la base reguladora de las prestaciones económicas de la Seguridad Social "se tomará como base de cotización el 75 por 100 de la base mínima de cotización que corresponda"²²⁶. Es decir, durante el año 1998, 79.380 pts. mensuales (cuantía de la que ha de detraerse el 25% para obtener la base reguladora de la prestación).

La nueva regulación del salario mínimo interprofesional, introducida por el Real Decreto 2015/1997, de 26 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 1998, con eliminación de los topes por edades, evita situaciones como la de la alteración de la base reguladora de la prestación por alcanzar la edad de 18 años durante el disfrute de la misma. Con anterioridad a la Orden de 26 de enero de 1998, se producían situaciones como la descrita, pues, tomándose como base de cálculo la base mínima o base tarifada legal, y afectando los incrementos de ésta a la cuantía de la prestación, si el trabajador menor de edad al inicio de la situación de maternidad alcanzaba la edad de 18 años durante el disfrute de la prestación, automáticamente debía pasar a integrarse en esta categoría de trabajadores y, por tanto, debía modificarse *ope legis* su base reguladora, que sería a partir de este momento la correspondiente a los trabajadores mayores de 18 años (STSJ de Galicia, de 27 de diciembre de 1993²²⁷).

A. *Trabajadores a tiempo parcial* -y, por tanto, también trabajadores fijo discontinuos, por ser ésta una modalidad del trabajo a tiempo parcial, en virtud del cómputo anual de la jornada de trabajo, art. 15.3 ET²²⁸-. Debe ser de aplicación el art. 4.3 de la Ley 10/1994, de 19 de mayo (según la redacción dada

²²⁶ Así se preveía también en el *Manual Práctico de Cotización*, de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, para 1997, p. 36.

²²⁷ AS 1993, 5227.

²²⁸ La jurisprudencia ya aplicaba con anterioridad las normas del trabajo a tiempo parcial: v.g., STCT de 26 de octubre de 1987 (RTCT. 1987, 22948). En el mismo sentido, STSJ de la Comunidad Valenciana, de 10 de abril de 1991 (AS 1991, 2678). La STSJ de Baleares, de 29 de noviembre de 1996 (AS 1996, 3844), sobre un caso de incapacidad laboral transitoria, y con cita de la doctrina que describe como constante y unánime de los Tribunales Superiores de Justicia, entiende situación asimilable al trabajo parcial la prestación de servicios esporádicos (sin carácter fijo, por tanto), a efectos de cálculo de la base reguladora, pues lo contrario provocaría "una situación discriminatoria en perjuicio de quienes trabajan en régimen de jornada completa, y la prestación por incapacidad temporal dejaría de cumplir su genuina finalidad sustitutiva de la renta del trabajo para convertirse en inadmisibles fuente de enriquecimiento para el interesado".

por el art. 40 de la Ley 42/1994) y la D.A. 7ª.2 LGSS, según los cuales, para el cálculo de la base reguladora en las prestaciones se computarán las horas o días efectivamente trabajados, quedando remitida la fórmula de cálculo a desarrollo reglamentario. La norma reglamentaria de referencia está constituida por el RD 489/1998²²⁹, cuyo art. 4.1 c) (al que remite el 4.2) fija la siguiente regla de cálculo: "la base reguladora diaria de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los *tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante* entre el número de días naturales comprendidos en dicho periodo". Teniendo en cuenta la posibilidad de que la prestación se cause durante los tres primeros meses de permanencia en la empresa, se dispone a continuación que "de ser menor la antigüedad del trabajador en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan"²³⁰.

Queda así sustituido el viejo sistema de cálculo sobre el promedio anual de las bases de cotización (la base reguladora debía resultar del promedio anual²³¹ de las

²²⁹ Antes de la misma, podía hablarse de vacío legal, al no establecerse regla especial posterior a la Ley 10/1994 para el cálculo de la base reguladora en esta modalidad contractual. En tal sentido, la STSJ de Aragón, de 25 de junio de 1997 (AS 1997, 2294), sostiene que, a falta de desarrollo reglamentario de la Ley 10/1994, la remisión efectuada por la LGSS debe entenderse hecha al art. 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, al haberse producido el hecho causante de la prestación en noviembre de 1995. Asimismo, la STSJ de Navarra, de 13 de marzo de 1996 (AS 1996, 1174) cita como fundamento del cálculo (sobre las bases de todo el año anterior o toda la campaña) la doctrina jurisprudencial.

²³⁰ Se trata de una norma similar a la que se establece en el art. 13.2 OM 1967, en virtud del cual, si no se acreditara un año de cotización, se tomarían en cuenta los días correspondientes o periodo efectivamente cotizado, dividiéndose las bases de cotización del periodo de que se trate entre los días cotizados en el mismo.

²³¹ Pues, como argumenta la STSJ de Canarias/Las Palmas, de 11 de julio de 1995 (Ponente: Sr. Cabrera Guimerà; A.L., núm. 6, 1996, ref. 253) recogiendo la opinión de la doctrina científica, "la base reguladora no puede ser calculada teniendo en cuenta un día aislado de trabajo, sino que aquélla es la que resulte de calcular la media retributiva sostenida a lo largo de un amplio espacio temporal, como puede ser la media de la base de cotización de la última campaña, del último año o incluso del mes anterior", pues, de lo contrario, se produciría una situación de lucro indebido, expresamente prohibida por el art. 3.4 LGSS y contraria a los arts. 1.1 y 14 CE, pues los trabajadores fijos-discontinuos cobrarían más estando en situación de baja que prestando servicios y además cobrarían más que un trabajador a jornada completa en la misma situación. De ahí la utilización del sistema proporcional -conforme al salario realmente percibido y por las cotizaciones efectuadas- que se contiene en la Resolución de 12 de febrero de 1979 del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social. En idéntico sentido, Sentencia anterior del mismo Tribunal, de 25 de octubre de 1994 (AS 1994, 3953). Asimismo, debe citarse la STSJ de Navarra, de 13 de marzo de 1996 (AS 1996, 1174), que compendia la tesis jurisprudencial: "en estos casos la doctrina jurisprudencial coincide en que para determinar la base reguladora no debe acudir a un día aislado de trabajo sino calcular la media retributiva sostenida a lo largo de un amplio espacio temporal, como puede ser la media de la base de cotización de la última campaña, del último año o incluso del mes anterior, obteniéndose de ese modo una prestación proporcionada a la situación real de trabajador fijo discontinuo".

bases de cotización anterior por el número de días cotizados durante el mismo²³²), instaurado por la Resolución de la Subsecretaría de la Seguridad Social de 1 de febrero de 1982²³³ (a favor de cuya vigencia se pronunciaba la Dirección General del INSS²³⁴). Sin embargo, tal disposición introduce una nueva duda, al establecer la inaplicabilidad del art. 4.1 a los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes especiales agrario y de empleados de hogar, y consiguiente remisión a sus respectivas normas reguladoras. Teniendo en cuenta la homogeneización de la protección por maternidad impuesta por la Ley 42/1994, las normas generales del respectivo régimen a las que alude el art. 4.2 en relación con el 4.1 e) del citado RD 489/1998 son las de la LGSS y normativa de desarrollo. Todo ello supone que para los trabajadores a tiempo parcial de estos regímenes la prestación se calcula por las normas generales ya examinadas (por tanto, *sobre la base de cotización del mes anterior*).

5. *Trabajadores perceptores de la prestación por desempleo.* El art. 222.2 LGSS, según la nueva redacción introducida por el art. 47 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, señala que en este caso no se procederá a un nuevo cálculo de la base reguladora, sino que operará una sustitución del concepto en el que se percibe la cuantía de la prestación, que será el de maternidad ("percibirá la prestación por maternidad en la cuantía que corresponda"). Ello exigirá la aplicación de las normas sobre cálculo de la base reguladora de la prestación por maternidad, según las cuales se tomará la base de cotización del mes anterior. Sin embargo, dicha base no se corresponde con un periodo de trabajo, sino con otro de percepción de prestaciones por desempleo, luego será ésta -es decir, aquella sobre la que se calcula la cuantía de la prestación por desempleo, si bien teniendo en cuenta que se trata de una contingencia común-la que haya de utilizarse como base de cálculo²³⁵. En consecuencia, habrá de recurrirse a la propia base de cotización vigente, es decir, aquella por la que se está cotizando durante la percepción de la prestación y que se determina conforme a las reglas del art. 70 del RD 2064/1995 (el promedio de las bases de cotización por contingencias comunes de los últimos seis meses en activo, entendiéndose tal periodo como el anterior al inicio de la prestación por cuya reanudación se opta, en caso de suspensión de la misma, en virtud del art. 89. Ocho. 2 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1998).

²³² De ahí que en estos supuestos la regla de cómputo fuera única, con independencia de que la baja se hubiera producido en el mismo mes de inicio de la campaña en el caso de los trabajadores fijos discontinuos.

²³³ Posteriormente, el art. 32 de la Orden de 3 de febrero de 1984 recurría al sistema de dividir la cotización anual por doce meses.

²³⁴ *Guía de Prestaciones de la Seguridad Social*, de 31 de enero de 1996.

²³⁵ No debe olvidarse la modificación del sistema de cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo -art. 211.1 LGSS- por parte de la Ley 66/1997, de medidas administrativas, fiscales y del orden social, en el sentido de excluir del cómputo de las horas extraordinarias.

6. *Trabajadores en huelga parcial.* Si durante el mes anterior a la baja el trabajador participó en una huelga (es decir, sólo durante parte de la jornada y como interrupción de la misma), consecuentemente la base reguladora habrá quedado reducida “artificialmente”, no correspondiéndose con la base de cotización ordinaria o habitual. Es por ello preciso arbitrar reglas especiales para evitar perjuicios derivados del ejercicio del derecho de huelga, que merme considerablemente la base de cotización tomada en cuenta para el cálculo de la cuantía de la prestación.

Así lo ha entendido la Administración de la Seguridad Social, que, en Resolución de la Secretaría General para la Seguridad Social, de 5 de marzo de 1985²³⁶, sostiene que, siendo el caso análogo al del trabajador que no figure en alta durante todos los días del mes, deben ser de aplicación las normas reguladoras de tales supuestos. En consecuencia, ha de prescindirse de tales días, contabilizándose sólo aquellos en los que la cotización fue total, y dividirse la base que de ello resulte entre el número de días cotizados totalmente (regla cuarta).

Cuando la cotización parcial se haya prolongado durante todo el mes, habrá de acudirse, por las razones aducidas, al mes inmediatamente anterior al de la cotización parcial.

B. Porcentaje

A la base reguladora, determinada conforme a las reglas anteriores, ha de aplicarse un porcentaje, que permite obtener una cuantía económica final de la prestación: dicho tipo es el 100%.

De ello resulta una cuantía que supera los mínimos previstos por la normativa internacional: así, la Directiva 92/85/CEE, cuyo art. 11.3 dispone que la prestación “se considerará adecuada cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud”. Previsión que ha de ser completada por lo dispuesto en el art. 4.6 del Convenio núm. 103 de la OIT, según el cual, si las prestaciones se determinan conforme a la renta de activo, “no deberán representar menos de dos tercios de las ganancias anteriores tomadas en cuenta para computar las prestaciones”. En otro caso, deberán ser “suficientes para garantizar plenamente la manutención de la mujer y de su hijo en buenas condiciones de higiene y de acuerdo con un nivel de vida adecuado”.

Estas reglas fueron aclaradas y desarrolladas por la Recomendación núm. 95 de la OIT, cuya parte II establece que “las prestaciones en metálico...deberían ser fijadas con una tasa superior a la tasa mínima prevista por dicho Convenio; siempre que sea

²³⁶ BISS 3/15.

posible, la tasa debería ser fijada en un 100 por 100 de las ganancias anteriores de la mujer que hayan sido tomadas en cuenta para computar las prestaciones”.

C. Cuantía del subsidio en caso de parto múltiple

El art. 2.2 del D. 3158/1966, de 23 de Diciembre -Reglamento General de Prestaciones Económicas del Régimen General-, y el 2.3 OM 1967 reconocen el derecho -tanto a la madre como al padre²³⁷- a un subsidio especial²³⁸ por cada hijo a partir del segundo²³⁹, cuya cuantía será la que corresponda recibir por el primero, *durante el periodo de descanso puerperal*. Ahora bien, dicha referencia al descanso puerperal - que hoy se asienta sobre el derecho que regula el art. 48.4 del ET- se entendía efectuada a la Ley de Contrato de Trabajo, que reconocía el derecho a un periodo de seis semanas, es decir, el que hoy se entiende como *descanso obligatorio*, de lo cual deduce la Jurisprudencia que el referido subsidio especial ha de tener una duración equivalente al de tal periodo obligatorio²⁴⁰.

La doctrina se ha planteado, no obstante, la posible derogación de esta norma, que funda en dos razones: 1ª, la omisión del supuesto en la Ley 42/94 y en la LGSS 1994, así como en el art. 48. 4 ET y Ley 3/1989, y 2ª, su incompatibilidad con la nueva regulación de la prestación. El TSJ de Madrid, en sentencia de 7 de abril de 1994²⁴¹, aporta un tercer argumento: la diferente regulación dada por dichos textos normativos a los descansos por maternidad, extraordinariamente ampliados en su duración.

²³⁷ GARCÍA NINET: *Derecho de la Seguridad Social...*, op.cit., p. 381.

²³⁸ Por tanto, en palabras del Magistrado Sr. Rodríguez Quirós, en la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de León, de 26 de septiembre de 1995 (A.L., núm. 5, 1996, ref. 211), el subsidio es “complementario o accesorio del que se percibe por ILT o, en la actualidad de la prestación por maternidad”, razón por la cual es preciso tener derecho a la prestación principal para beneficiarse de la accesorio.

²³⁹ El art. 4.2 del Decreto de 20 de agosto de 1970 prevé, asimismo, una prestación complementaria de carácter asistencial, en favor de las madres de familia numerosa, consistente en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora, del cual un 25% será abonado con cargo a la correspondiente partida de los Presupuestos Generales. JIMÉNEZ-ASENJO (op.cit., pág. 116), siguiendo a PEREDA, duda de su vigencia, apostando por su supresión, “al no ser ni siquiera solicitada por sus potenciales beneficiarias”.

²⁴⁰ STSJ de Castilla-León/Valladolid, de 5 de noviembre de 1991 (AS 1991, 6244), en la que se rechaza la pretensión de la actora (acogida por el juzgado de lo social cuya resolución se recurre) de que se ampliara el derecho durante todo el periodo de descanso que procede por parto múltiple el derecho al subsidio múltiple.

²⁴¹ AS 1994, 1571. “El art. 2.2 del D. 3158/1966, de 23 de diciembre, ha sido derogado por los arts. 126.1 c) de la LGSS y 48.4 del ET, que regulan de modo diferente la situación de descansos por maternidad y no prevén el subsidio especial por segundo hijo, como tampoco lo hace la Ley 3 marzo 1989, ha de entenderse que la importante amplitud que se fija en la legislación vigente, que ha elevado el descanso por la causa indicada (...) *ha dejado sin efecto el subsidio que con anterioridad se señalaba por el segundo hijo...*”

Sin embargo, siguiendo las Instrucciones del INSS *sobre procedencia del subsidio especial por parto múltiple*, de 14 de marzo de 1995²⁴², así como la Resolución de 21 de abril de 1995, de la DGOJECSS, debe abogarse por su vigencia, porque la prestación que reconoce en nada es incompatible con el periodo de descanso, sino que constituye meramente un subsidio adicional fundado en la mayor carga económica que produce el sostenimiento de varios hijos nacidos al tiempo, que se disfruta durante un periodo determinado de descanso: el obligatorio, sin interferir en la suspensión contractual que regula el art. 48.4 ET.

Así se venía entendiendo a partir del Texto Refundido de 1974, que tampoco hacía alusión alguna a tal subsidio (pese a lo cual no se cuestionaba su validez) y así lo entiende también la jurisprudencia de suplicación, excepción hecha de algún supuesto aislado²⁴³: STSJ de Madrid, de 9 de mayo de 1994²⁴⁴, STSJ de Cantabria, de 14 de octubre de 1994²⁴⁵, donde se concibe como prestación independiente de la de maternidad (“constituye una cantidad alzada y por una sola vez, independiente de la prestación por incapacidad laboral transitoria”), y SSTSJ de Castilla-León (Valladolid), de 11 de noviembre de 1991²⁴⁶, de 5 de octubre de 1992²⁴⁷ y de 24 de marzo de 1995²⁴⁸, cuyo Fundamento de Derecho segundo aclara que “el art. 2º.3 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967, en la medida en que limita la prestación económica a satisfacer por maternidad, en el supuesto de parto múltiple, a un subsidio igual al que corresponda percibir por el primer hijo durante el periodo de descanso obligatorio y que no debe entenderse derogado por la redacción inicial del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores (...) máxime cuando la actual redacción de dicho precepto, atemperada ya a lo prevenido en el artículo 3.3 del Convenio número 103 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Protección de la Maternidad (...), no altera el espíritu ni la finalidad que perseguía antedicha Orden.”

²⁴² En dicha Resolución el INSS entiende vigente el art. 2.2 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, tras la aprobación de la LGSS (art. 133 quater). La misma conclusión se extrae de la *Guía de Prestaciones de la Seguridad Social*, confeccionada por el INSS y actualizada a 31 de enero de 1996.

²⁴³ STS de Madrid, de 7 de abril de 1994. Dicho Tribunal reconoce en una sentencia dictada un mes más tarde (9 de mayo de 1994; AS 1994,1978) la procedencia del reconocimiento de tal derecho, entendiendo vigente el precepto en el que se basa.

²⁴⁴ “El subsidio especial por parto múltiple participa de la naturaleza de la prestación de incapacidad laboral transitoria”.

²⁴⁵ AS 1994, 1978 y 3728.

²⁴⁶ AS 1991, 6246.

²⁴⁷ AS 1992, 5200: el art. 2.3 de la Orden de 13-10-1967 “no debe entenderse derogado por la redacción inicial del art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores (...), pues en todo caso la actual redacción de dicho precepto, atemperada ya a lo prevenido en el art. 3.3 del Convenio núm. 103 de la Organización Internacional del Trabajo (...) no altera el espíritu ni la finalidad que perseguía la mencionada Orden, es decir, la de conceder un subsidio especial por cada hijo...”

²⁴⁸ Ponente: Sr. Ramos Aguado. A.L., núm. 33, 1995, ref. 1296.

A dicha solución se opone el TSJ de Madrid, que, en sentencia de 20 de diciembre de 1994²⁴⁹ (y en la anterior de 7 de abril del mismo año), sostiene la tesis de la derogación del art. 2.3 de la OM 1967, así como del art. 2.2 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el art. 126.1 c) (hoy 133 ter) de la LGSS y 48.4 del ET, “que regulan de modo diferente la situación de descansos por maternidad y no prevén el subsidio especial por parto múltiple como tampoco lo hace la ley de 3 de marzo de 1989 y ha de entenderse que al elevarse el descanso por la causa dicha (...), *ha quedado sin efecto el subsidio* que con anterioridad se señalaba para el segundo hijo”. El mismo tribunal confirma su tesis en la posterior resolución de 11 de julio de 1995, aduciendo que “ha de entenderse que la importante amplitud que se fija en la legislación vigente, que ha elevado el descanso por la causa indicada, según se dice, de seis semanas en 1966 a 16 ó 18 semanas en la actualidad, ha dejado sin efecto el subsidio que con anterioridad se señalaba por el segundo hijo...”.

Merece mención especial la STSJ de Asturias, de 12 de septiembre de 1997²⁵⁰, que no sólo sostiene la vigencia de la norma, sino que postula su adecuación a la nueva configuración del permiso por maternidad (dentro de una evolución histórico-legislativa en la que la sitúa como “progresiva conquista femenina”), entendido como mecanismo de “protección genérica a la familia y más dilatada y extensa atención al recién nacido”. Todo lo cual avala, a juicio del tribunal, la interpretación del subsidio conforme a la nueva duración del descanso, de 18 semanas en caso de parto múltiple, luego “ »el subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo (deberá ser) igual al que les corresponde percibir por el primero durante el periodo de descanso obligatorio«, en la actualidad de dieciocho semanas ”.

Cuando la situación protegida (la especial perturbación que produce la presencia de más de un hijo en el descanso de la madre) no se produce, por malograrse el fruto múltiple del embarazo, al fallecer uno de los fetos, no existirá parto múltiple y, en consecuencia, no nacerá la prestación correspondiente, aunque sí se devengue el subsidio ordinario ligado al descanso, que en todo caso resulta preceptivo (STSJ de Madrid, de 1 de julio de 1997²⁵¹).

En el supuesto de que se admita la vigencia de la norma, dado su carácter beneficioso para los progenitores, y en vista de que ni existe unanimidad al respecto ni tampoco ha habido unificación de doctrina ni, por tanto, jurisprudencia en contra, sólo quedan amparados por la misma los padres naturales. Lo cual sugiere si no debiera entenderse extensible este derecho también al supuesto de *adopción múltiple*, adaptando la disposición de referencia a la evolución de la regulación del descanso y

²⁴⁹ AS 1994, 1571. Ponente: Sr. Nombela Nombela. A.L., núm. 18, 1996, ref. 673.

²⁵⁰ AS 1997, 2955.

²⁵¹ Sección 3ª. AS 1997, 2612. Ponente: Ilma. Sra. Calvo Ibarlucea. En el supuesto de autos había tenido lugar el fallecimiento de todos los fetos.

subsidio por maternidad, y acudiendo a la interpretación comparada²⁵². El supuesto de hecho se plantea en la STSJ de Madrid, de 20 de diciembre de 1994, que, partiendo de la derogación de la referida norma, no puede adoptar otra conclusión que su inaplicabilidad a la maternidad adoptiva, sin entrar en ulteriores consideraciones sobre si debe acudirse a una interpretación literal del precepto, que sólo aludía al “parto”, o bien efectuar una exégesis a la luz del art. 14 de la Constitución. Por el contrario, la STSJ de Cataluña, de 8 de enero de 1997²⁵³, sin cuestionar la validez de la norma, caracteriza al subsidio como “premio de natalidad”, con carácter indemnizatorio, por tanto, no de subsidio.

Olvidando tales consideraciones, que resultan insuficientes para rechazar la cobertura del nuevo supuesto por el art. 2.3, que sólo preveía el parto, pues la referencia a éste debe entenderse sustituida por la de “parto, adopción o acogimiento”, por aplicación del art. 48.4 ET, y partiendo de la vigencia del referido precepto, debe apostarse por la construcción de una tesis que permita casar la vieja norma con la vigente regulación de la maternidad. Y, efectuando tal adaptación a las nuevas previsiones del art. 48.4 ET, que hoy concede el derecho tanto por parto como por adopción o acogimiento, hay que hacer extensible el derecho al subsidio también a la adopción, porque, en definitiva, el bien protegido es el mismo: la mayor necesidad económica que genera el nacimiento de varios hijos en lugar de uno. Si no lo entendiéramos así, se haría de peor condición, vulnerando el art. 14 CE, a la familia que asume la adopción de varios hermanos (lo cual puede suponerle un gran sacrificio económico, amén de personal), que la que por causas naturales ve nacer a más de un hijo en el parto.

En lo que se refiere estrictamente a los términos económicos de este subsidio adicional, cuya duración se identifica con el periodo de descanso obligatorio, consiste en el abono de una *cuantía equivalente a la disfrutada en concepto de prestación ordinaria*, a la que se sumará tantas veces como hijos adicionales al primero hayan nacido del parto.

No se efectúa ulterior referencia legal al régimen jurídico de la prestación, por lo tanto habrá que estar al régimen propio de la prestación principal de la que ésta es accesoria, y a la que seguirá en sus vicisitudes. Sin embargo, en lo que respecta a su régimen de reconocimiento, existe jurisprudencia -contraria a la del Tribunal Supremo²⁵⁴- que, a partir de su carácter de subsidio especial, lo somete a régimen jurídico diferente, en el que se inscribe la preceptiva solicitud formal del mismo (no siendo de aplicación el principio de oficialidad) y, en consecuencia, la aplicación del

²⁵² En algunos Estados de la Unión Europea, la *prestación por nacimiento* no sólo se multiplica según el número de hijos nacidos, sino también según el número de hijos adoptados: así, Dinamarca (hasta la edad de siete años), Bélgica, Irlanda y Portugal.

²⁵³ AS 1997, 349. Ponente: Ilmo. Sr. Marzal Martínez.

²⁵⁴ Vid. infra, “Reconocimiento e inicio de la prestación”.

plazo de caducidad del art. 44.2 LGSS y no el de prescripción, de lo cual se induce que, si los efectos del reconocimiento sólo se retrotraen a los tres meses anteriores a la solicitud, la extemporaneidad de ésta provocará la extinción del derecho²⁵⁵.

Debe concluirse esta referencia al subsidio especial por parto múltiple al régimen de titularidad del derecho. En tal sentido hay que entender que la titularidad de un subsidio complementario debe seguir a la del principal, con independencia de la menor duración de aquél (seis semanas). Por tanto, quien disfrute de la prestación durante el periodo obligatorio de descanso, la madre (o, en caso de fallecer ésta, el padre), será beneficiario del subsidio especial. Ergo de no tener derecho a aquél, tampoco nacerá éste²⁵⁶.

6. Régimen jurídico de la prestación.

6.1. Reconocimiento e Inicio de la prestación

Siendo el nacimiento del derecho automático, en aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones del art. 95 de la Ley de Seguridad Social de 1966 (norma segunda), y ligándose, pues, a la actualización de la contingencia (lo cual tiene lugar en el momento del parto), el reconocimiento de la prestación no precisa de solicitud previa²⁵⁷ ante el ente gestor de aquélla -el INSS²⁵⁸-. Por el contrario, éste

²⁵⁵ STSJ de Andalucía/Granada de 2 de septiembre de 1997 (AS 1997, 3408).

²⁵⁶ La sentencia del Juzgado de lo Social número Uno de León, de 26 de septiembre de 1995 (Magistrado Sr. Rodríguez Quirós. A.L., núm. 4, 1996, ref. 211), considera que el padre no tiene derecho a este subsidio porque es complementario de la prestación por descanso maternal; en consecuencia, la madre deberá reunir los requisitos precisos para su reconocimiento, no pudiendo optar por su disfrute el padre, aun cuando cumpla las exigencias que establece la ley. La pretensión del actor es desestimada, interponiendo éste recurso de suplicación ante el TSJ de Castilla y León/Valladolid, que dicta sentencia el 14 de mayo de 1996 (AS 1996, 1527), entendiendo el Tribunal que "no es el mero alumbramiento del hijo, sino el cuidado del mismo, por parte del padre lo que legitima a éste par reclamar prestaciones por maternidad; cuidado paterno que, solamente, puede tener lugar en los dos supuestos anteriormente relacionados (cesión de las cuatro últimas semanas y fallecimiento de la madre) y por el tiempo que en cada uno de ellos se expresa, y ello con independencia de que se trate de parto único o múltiple, pues ese extremo únicamente tiene trascendencia para determinar la cuantía de la prestación". Por tanto, concluye que, puesto que el padre no ha cuidado a los tres hijos nacidos, con el consiguiente ejercicio del derecho que le reconoce el art. 48.4 ET, no ha lugar al reconocimiento de la prestación, y, por tanto, tampoco al subsidio por parto múltiple, circunstancia que sólo sirve para modular la cuantía de la prestación.

²⁵⁷ STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 9 de junio de 1992 (AS 1992, 3018): "al producirse *ope legis* (el reconocimiento del derecho y percepción del subsidio), sin necesidad de reconocimiento alguno, simplemente concurriendo los requisitos para su viabilidad"; y STSJ de Navarra, de 5 de marzo de 1993 (AS 1993, 1266): "las prestaciones propias de la incapacidad temporal (/maternidad) se someten a un principio de automatismo en el sentido que se hace innecesaria la petición de parte. Así, la emisión del parte médico de baja en el centro del INSALUD debe conllevar su traslado al INSS y el abono del subsidio de forma directa e inmediata

queda obligado a su abono a partir del momento en el que tiene lugar la presentación de la baja por el facultativo en la Entidad Gestora, que actúa como solicitud.

El pago por parte de la gestora será equivalente al acto de reconocimiento de la prestación, en virtud de un supuesto "principio de oficialidad" que se condiciona al requisito general del alta²⁵⁹ (SSTS de 9 de febrero de 1988, 9 de octubre de 1992, 12 de febrero, 20 de septiembre y 2 de noviembre de 1993, y 21 de enero y 17 de febrero de 1994²⁶⁰).

De ahí que no proceda en estos supuestos la aplicación del principio de prescripción de las prestaciones del art. 43.1 LGSS, que queda restringido a aquellas cuya concesión se condiciona a la previa solicitud del interesado, siendo aplicable sólo el principio de caducidad de las prestaciones del art. 44.2 LGSS, en virtud del cual el derecho al cobro de cada una de las mensualidades devengadas y no percibidas caduca con el transcurso de un año, siendo apreciable de oficio²⁶¹. En consecuencia, debe rechazarse, lógicamente, la aplicación de la retroacción de tres meses a partir de la

siempre que se trate de un trabajador en alta". En el mismo sentido, STSJ de Asturias, de 6 de marzo de 1992 (AS 1992, 1143).

²⁵⁸ Art. 5 de la Orden de 13 de octubre de 1967. Por el contrario, cuando la solicitud se efectúe ante el INEM, por hallarse el beneficiario en situación de desempleo subsidiado, no procederá el reconocimiento automático, siendo de aplicación el plazo general de prescripción de cinco años (STSJ de 19 de mayo de 1994, AS 1994, 1819).

²⁵⁹ Como argumenta la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 22 de enero de 1996 (AS 1996, 876), el principio de prescripción de las prestaciones resulta aplicable al subsidio debatido (aunque la resolución se refiere al de incapacidad temporal), "puesto que no nace de modo automático por la simple baja médica, sino que deberán concurrir otros requisitos complementarios". Sucede, sin embargo, argumenta el tribunal, que el principio de automaticidad relativa de las prestaciones que proclama el art. 95 de la LSS de 1966 (debe hacerse notar que el texto literal habla de "la Ley General de Seguridad Social de 1966") lleva aparejada la virtualidad de neutralizar la eficacia de la prescripción, imponiendo a la entidad gestora el pago automático. Es ésta la doctrina que se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. STS de 9 de octubre de 1992, RJ 1992, 7627).

²⁶⁰ R.J. 1988, 603; 1992, 7627; 1993, 1161, 6885 y 8347 y 1994, 358 y 1057. En el mismo sentido, STSJ de Madrid, de 10 de abril de 1990 (RTSJ 1990, 1646), STSJ de Cataluña, de 4 de enero de 1994 (AS 1994, 130), STSJ de Navarra, de 24 de junio de 1994 (AS 1994, 2418), STSJ de Andalucía/Sevilla, de 22 de enero de 1996 (AS 1996, 876), STSJ de Andalucía/Málaga, de 23 de febrero de 1996 (AS 1996, 980), STSJ de Canarias/Las Palmas, de 28 de marzo de 1996 (AS 1996, 1831) y STSJ de Galicia, de 18 de abril de 1996 (AS 1996, 1962). Parecen ir contra esta doctrina las SSTSJ de la Comunidad Valenciana y de Cataluña, ambas de 13 de febrero de 1991 (AS 1991, 1561 y 1652, respectivamente).

²⁶¹ GARCÍA NINET, J.I.: "La incapacidad temporal", op.cit., ps. 75 y 76.

solicitud, una vez cursados los correspondientes partes de baja²⁶² (SSTS de 21 de enero y 17 de febrero de 1994²⁶³).

Sin embargo, teniendo en cuenta la indefensión en la que quedaría el beneficiario al que no se le abonara la prestación de la que es titular si operase directamente el principio de caducidad (del pago de las prestaciones reconocidas), del que resulta un plazo más breve (un año), en lugar del de prescripción (de cinco años), habría de reconducirse la anterior interpretación al principio general establecido en el art. 43.1 LGSS. Es decir, con independencia del reconocimiento automático de la prestación, éste queda sometido al plazo general de prescripción, fijado en cinco años. El reconocimiento posterior tendrá efectos retroactivos a los tres meses anteriores a la presentación de la solicitud, o sea, la reclamación (SSTSJ de Andalucía/Sevilla, de 22 de enero y de 6 de febrero de 1996 y de Asturias, de 13 de junio de 1997²⁶⁴).

En cuanto a la revisión de la cuantía erróneamente fijada por la resolución inicial de la entidad gestora, existe una consolidada doctrina del Tribunal Supremo, en materia de pensiones²⁶⁵, en torno a la aplicación del plazo de prescripción de cinco años, en lugar del plazo especial de los tres meses previsto para las prestaciones de naturaleza vitalicia, a la nueva cuantía posteriormente declarada si el error fue ajeno a la voluntad del beneficiario. En cualquier caso, puesto que el referido plazo "especial" no resulta aplicable a las prestaciones de carácter temporal, no se suscita debate alguno en torno a esta cuestión²⁶⁶. En tal sentido, STSJ de Asturias, de 28 de

²⁶² Tal es el supuesto de hecho de la STSJ de Cataluña, de 13 de abril de 1993 (AS 1993, 1837), en la que se deniega el derecho por haber prescrito el plazo para la presentación de los partes de baja. No obsta a la cumplimentación de este requisito el haberlo realizado ante ente erróneo (STSJ de Extremadura, de 18 de noviembre de 1994, AS 1994, 4324, en la que se juzga el supuesto de beneficiario que presentó la solicitud ante la Tesorería, en lugar de hacerlo ante el INSS).

²⁶³ Según la primera de ellas, basta "con que se cursen oportunamente los partes de baja para que se produzca el abono automático del subsidio, al que no resulta de aplicación, por tanto, el efecto retroactivo previsto en el art. 54.1 del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social (de 1974: hoy art. 43)". En el mismo sentido, STSJ de Cataluña, de 5 de enero de 1994 (AS 1994, 132) y STSJ de Canarias/Las Palmas, de 28 de marzo de 1996 (AS 1996, 1831), según la cual "todo ello genera la inaplicación de los límites de la retroactividad del art. 54.1 de la Ley General de la Seguridad Social (1974), como ya han señalado reiteradamente las sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, las de fecha 9 octubre 1992 (RJ 7627), 12 febrero 1993 (RJ 1161), 21 enero 1994 (RJ 358) y 17 febrero 1994 (RJ 1057)".

²⁶⁴ AS 1996, 876 y 1116, y 1997, 1939.

²⁶⁵ Cfr., SSTS de 25 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2207), de 7 de julio de 1993, dictada en Sala General (RJ 1993, 5967), y de 22 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 9451), entre otras.

²⁶⁶ Debe tenerse en cuenta que la referida doctrina jurisprudencial se basaba en la aplicación analógica del plazo de prescripción aplicable en materia de reintegro de prestaciones derivado del art. 45 LGSS, en el que no se establecía plazo alguno, y de ahí que el Tribunal Supremo colmara tal laguna, distinguiendo en función del origen del error que condujo al reconocimiento de la prestación o de cuantía diferente a la debida, vía aplicación analógica del art. 43.1. Habida cuenta de la modificación del art. 45 LGSS -con la adición de un número 3- por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en el sentido de hacer abstracción de "la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la entidad gestora", dando base legal a la consolidada

junio de 1996²⁶⁷, sobre prestación de incapacidad temporal, en la que se recoge el principio de la *regla general-excepción de los cinco años y los tres meses*: "si el objeto del pleito es un crédito pendiente de definición y reconocimiento, ha de estarse al plazo de prescripción quinquenal establecido en el artículo 43.1 LGSS, sin poder limitar a tres meses el alcance temporal de la obligación de reintegro, prevista sólo para supuestos excepcionales fijados por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina: SSTs 17 abril 1991, RJ 5229, de 15 noviembre 1991, RJ 8226, de 12 febrero y 28 mayo 1992, RJ 971 y 3614, y 11 febrero 1994, RJ 875"²⁶⁸.

Tratándose del *subsidio especial por parto múltiple*, su naturaleza de indemnización a tanto alzado, abonable por una sola vez e independiente de la prestación por maternidad, implica la aplicación del principio de prescripción de prestaciones (STS de 7 de julio de 1993²⁶⁹, que excluye, sin embargo, la eficacia de la retroactividad de tres meses, propia de las prestaciones de tracto sucesivo)²⁷⁰.

En virtud del art. 8 d) de la OM de 13 de octubre de 1967, "se tendrá derecho al subsidio a partir del mismo día en que dé comienzo el descanso obligatorio o, en su caso, voluntario". En cuanto al *inicio* del subsidio, se liga al *parte*²⁷¹ de pronóstico de parto -para el descanso voluntario anterior al parto- y el *parte de notificación del parto* o, según la terminología introducida por el INSS en sus Instrucciones de 28 de febrero de 1995²⁷², *sobre prestación de incapacidad temporal y maternidad* (Anexo III),

doctrina del Tribunal Supremo, pero al tiempo poniendo fin a la tesis de la diversidad del origen de la percepción indebida (en virtud de la cual, y en ausencia de previsión expresa, el plazo al que alcanza la obligación de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas es distinto en función de la conducta observada por el perceptor y la diligencia en la actuación de la entidad gestora, determinando ambos factores la aplicación del plazo general de prescripción de cinco años o el especial, previsto para el devengo de la prestación, de tres meses, con la consiguiente pérdida económica para la Administración de la Seguridad Social) el plazo de prescripción aplicable será el de cinco años, sea o no sea imputable a error la indebida percepción. Todo ello significará la reorientación de la doctrina del Tribunal Supremo, aplicando el plazo de retroacción general de cinco años, funcione en perjuicio o en beneficio del titular de la prestación.

²⁶⁷ AS 1996, 1701.

²⁶⁸ En igual sentido, STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 7 de mayo de 1996 (AS 1996, 1524). Sobre reintegro de prestaciones por incapacidad temporal indebidamente percibidas, vid. STSJ de Baleares, de 6 de marzo de 1996, AS 1996, 1811 y las que allí se citan.

²⁶⁹ R.J. 1993, 5967. En el mismo sentido, STSJ de Cantabria, de 14 de octubre de 1994 (AS 1994, 3728).

²⁷⁰ En contra, STSJ de Andalucía/Granada, de 2 de septiembre de 1997 (AS 1997, 3408).

²⁷¹ Sentencias de los TSJ de Canarias, de 22 de marzo de 1991 (AS 1991, 2238), y de Murcia, de 13 de mayo de 1991 (AS 1991, 3358): "el juego de la emisión de un parte médico en el seno del INSALUD debe conllevar el traslado al INSS y el comienzo del abono del subsidio."

²⁷² Debe señalarse que la única modificación que han sufrido tales partes es la que se refiere a su denominación, ya que, en lo que respecta a su régimen jurídico, continúan siendo de aplicación las normas establecidas en el Reglamento de la prestación (OM 1967). En tal sentido, GARCÍA NINET ("La maternidad", en AA.VV.: *Derecho de la Seguridad Social*, op.cit., p. 378): "parece obvio ... que siguen rigiendo las normas sobre el control sanitario con cargo al Sistema de la Seguridad Social, y el régimen de partes de pronóstico de embarazo, parto y de notificación del parto (art.

“informe de maternidad” -para el cómputo del descanso obligatorio posterior²⁷³- o “certificado de descanso por maternidad” o “parte de maternidad”, que ha de cumplimentar el facultativo de la Seguridad Social²⁷⁴, que, no obstante, no tienen virtualidad para condicionar el nacimiento de la prestación. Así se declara en la STSJ de Castilla-La Mancha, de 16 de abril de 1996²⁷⁵, que lo concibe como “exigencia formal de carácter burocrático”²⁷⁶.

La prestación nace, pues, el día en el que comience el descanso voluntario u obligatorio, siendo abonada con carácter semanal (art. 6 OM 1967²⁷⁷). Sin embargo, como se deduce de la práctica habitual del INSS, la naturaleza de la prestación, de la que se predica un carácter automático, no se corresponde con la gestión que de la misma realiza la Administración de la Seguridad Social, al exigir la presentación ante la entidad gestora de “solicitud de la prestación de maternidad” conforme al impreso que aquélla facilita (Modelo M.1 08/8061). Ello sin perjuicio de que el descanso del padre se condicione a su vez al ejercicio de la opción materna mediante el correspondiente impreso individualizado, al que se adjuntará el parte de baja por maternidad, o, en su caso, el libro de familia o resolución judicial de constitución de la adopción o decisión administrativa o judicial de acogimiento (de modo que ambos documentos conformarán el régimen de formalidades de la prestación).

Si se interpreta tal exigencia formal a la luz del carácter que se ha predicado del subsidio por maternidad, deberá entenderse esta solicitud como una comunicación a la Entidad gestora de la situación que da lugar al nacimiento de la prestación. O, según afirma en la STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 7 de mayo de 1996²⁷⁸, como

18 OILT)”. Ni siquiera han quedado afectados por las importantes reformas que han afectado en los últimos años a la prestación por incapacidad temporal, tras su separación como contingencia autónoma, al referirse todas ellas al control de la situación de incapacidad temporal, con un objetivo claro: frenar el fraude en tales prestaciones (Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y reglamento de desarrollo (Real Decreto 575/1997, de 18 de abril) y Real Decreto 575/1997, de 18 de abril).

²⁷³ Así como a efectos de control de la situación de baja.

²⁷⁴ Este parte se presentará en la empresa en el plazo de cinco días y ésta, a su vez, dispondrá de un plazo de 10 días para remitirlos a la entidad gestora. En él el empresario hará constar los datos relativos a la cotización a efectos del posterior cobro de la prestación. Vid. en materia de tramitación la Orden de 6 de abril de 1983, *por la que se dictan normas a efectos de control de la situación de incapacidad laboral transitoria en el sistema de la Seguridad Social*.

²⁷⁵ AS 1996, 1378.

²⁷⁶ El mismo carácter de mero trámite se atribuye al resto de los requisitos formales que acompañan a la comunicación a la entidad gestora del inicio del descanso y, por tanto, del nacimiento de la prestación. Según señala el INSS en su Manual de Prestaciones, deberá aportarse el Documento Nacional de Identidad, el número de identificación fiscal, y la documentación relativa a la cotización (certificado de empresa o, en su caso, de hallarse en desempleo el beneficiario, del INEM).

²⁷⁷ La Resolución de la Dirección General del INSS de 22 de septiembre de 1989 prevé en su Instrucción Sexta que “el abono de la prestación se efectuará en uno o dos pagos según la duración de la suspensión laboral”.

²⁷⁸ AS 1996, 1524.

constatación por el INSS de las consecuencias de los requisitos legales, pues a la entidad gestora sólo compete realizar tal función y la de abono de la prestación. En consecuencia, el error en la cumplimentación de tales formalidades no debe perjudicar al beneficiario de la prestación, siendo automático el devengo.

Si el nacimiento de la prestación es automático, a partir del inicio del descanso por la madre o en su caso el padre (paternidad adoptiva), en el caso de que el descanso post-parto (las cuatro últimas semanas del periodo voluntario) sea compartido entre el padre y la madre, ésta deberá efectuar opción en favor de aquél. Lo cual significa que habrá de ser objeto de comunicación a la entidad gestora, sin la cual no podrá operarse el cambio de titularidad.

Admitida la obligación de comunicarla, y aceptando que tal notificación actúe como solicitud de la prestación del padre (para quien no será automático el acceso a la prestación, al suceder a la madre en su disfrute), no cabe concluir tampoco que sea requisito constitutivo del nacimiento del derecho, sino una mera exigencia formal de carácter burocrático, ya que no se prevé como causa de pérdida del derecho al subsidio la ausencia de ejercicio de la opción por la madre (STSJ de Castilla-La Mancha, de 16 de abril de 1996²⁷⁹). De todo lo cual cabe deducir, de nuevo, que no es requisito imprescindible la solicitud de la prestación.

En cuanto al modo de ejercitar tal opción en favor del padre, el momento oportuno es el inicio del disfrute de su periodo de maternidad, a través de la cumplimentación del modelo "opción del permiso por maternidad", con aportación de los correspondiente certificado sobre su estatus laboral²⁸⁰. Éste deberá hacerse llegar a la Entidad Gestora (Resolución de la Dirección General del INSS de 22 de septiembre de 1989), acompañado de certificación del Registro civil sobre el nacimiento del hijo. Se trata de un requisito formal para cuya cumplimentación se reconoce el derecho de los padres a la obtención de la documentación sanitaria pertinente a efectos de inscribir el nacimiento en el Registro civil y obtener, a su vez, certificación civil del mismo²⁸¹. En lo que respecta al ejercicio del derecho al descanso, bastará la presentación al empresario de la certificación médica para documentar la existencia del derecho al

²⁷⁹ AS 1996, 1378.

²⁸⁰ El Manual de Prestaciones del INSS indica que, de tratarse de trabajadora por cuenta ajena integrada en el sistema de la Seguridad social, habrá de adjuntar el certificado de la empresa en la que se hallaba prestando servicios en el momento del hecho causante, y, en el caso de "no pertenecer al sistema de la Seguridad social", deberá aportar certificación de la unidad de la unidad de personal de su centro de trabajo, indicando si le es de aplicación la Ley 30/1984, de 2 de agosto, así como la situación administrativa en la que se encuentra. Es asimismo de aplicación la regla general sobre la preceptiva aportación de Libro de familia o certificación de inscripción del nacimiento en el Registro civil.

²⁸¹ Constituye, a su vez, una de las prestaciones complementarias a las que consiste la asistencia sanitaria por maternidad, prestación en especie dentro del conjunto de prestaciones a través de las que se cubre la contingencia, reguladas por el RD 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

descanso. Sin embargo, la entidad gestora de la prestación va a requerir algo más que la certificación del empresario de que se ha hecho uso del derecho (expedida a partir de la presentación de la documentación sanitaria mencionada): la certificación de la inscripción del nacimiento, teniendo en cuenta, además, que los partes sanitarios serán inexistentes en el caso de que el hijo haya sido adoptado o acogido, entendiéndose sustituidos por la resolución judicial o administrativa de constitución de la adopción o declaración del acogimiento (*Manual de Gestión de Procedimiento del INSS*).

Cuando el derecho sea ejercido por el padre, por fallecimiento de la madre, deberá aportarse asimismo el certificado de defunción de ésta (requisito formal previsto en el *Manual de Gestión de Procedimiento del INSS*²⁸²).

Dichos partes o informes médicos constituyen medio de control o cómputo de la duración de la prestación²⁸³, residenciándose la competencia para ello en manos de los Servicios Médicos de la Seguridad Social o entidades correspondientes de las respectivas Comunidades Autónomas (art. 18 OM 1967)²⁸⁴.

En caso de adopción o de acogimiento, la prestación nace desde la resolución judicial o administrativa por la que aquellas situaciones se constituyan. Según se declara en la Resolución de la Dirección General del INSS de 22 de septiembre de 1989 (sobre *Instrucciones provisionales para el trámite de la prestación económica para el cuidado de hijos en los supuestos previstos en la ley 3/1989, de 3 de marzo*), “el percibo de la prestación está supeditado al disfrute efectivo del permiso por el solicitante, que acreditará tal circunstancia mediante certificado de la empresa u organismo, en el que se indique la fecha inicial del permiso y duración del mismo”. En este caso, la certificación médica quedará sustituida por la administrativa o judicial que corresponda.

²⁸² El *Manual de Prestaciones del INSS* enumera como documentos que deben acompañar a la solicitud de la prestación, el certificado de defunción de la madre, el Libro de Familia o certificación de la inscripción del hijo en el Registro civil, y certificado de la empresa indicando la fecha inicial del permiso (op.cit., p.

²⁸³ Art. 18 OM 1967: 1. “el parte de “pronóstico de parto” servirá para determinar la fecha en que se prevea médicamente que va a tener lugar aquél, a efectos de los descansos anteriores al mismo...”. 3. “En el parte de “notificación del parto” se hará constar la fecha en que el mismo haya tenido lugar, a efectos de iniciar el cómputo del periodo de descanso obligatorio posterior a aquél”.

²⁸⁴ BLASCO LAHOZ, LÓPEZ GANDÍA y MOMPALER CARRASCO (*Curso de Seguridad Social*. Tirant lo blanch, 1995, pág. 289), quienes señalan la falta de desarrollo reglamentario del tema del control de la prestación, especialmente en los supuestos de adopción o de opción en favor del padre.

6.2. Compatibilidades e Incompatibilidades

La ley no dedica norma expresa a la regulación del tema de las compatibilidades e incompatibilidades de estas prestaciones²⁸⁵, lo cual obliga al intérprete a acudir directamente a la jurisprudencia, sin perjuicio de la aplicación de normas que indirectamente inciden en el mismo.

Ahora bien, su carácter temporal las hace incompatibles con cualquier otra prestación que tenga por finalidad operar una sustitución de rentas de activo por ingresos pasivos. Sin embargo, es posible que de la inclusión del trabajador en varios regímenes se derive la compatibilidad de varias prestaciones por maternidad, provenientes de cada uno de ellos²⁸⁶, si bien, en virtud de la unificación de la prestación que introdujo la Ley 42/1994 para todo el sistema, el sistema de cálculo del mismo, así como, en general, su régimen jurídico, será idéntico en todos los casos (sin perjuicio de que la cuantía resultante sea distinta). De lo cual se puede inducir un principio general de incompatibilidad *con otras prestaciones*, que no afecta a la posibilidad de acumular varios subsidios por la misma causa por medio de la múltiple afiliación como consecuencia de la pluriactividad del beneficiario.

En todo caso el subsidio o subsidios por maternidad serán incompatibles con el salario, al ser su finalidad compensar su pérdida.

En resumidas cuentas, siendo la finalidad del subsidio sustituir las rentas salariales que dejan de percibirse como consecuencia de la suspensión del contrato, aquél resulta incompatible con cualquier otra prestación, y en cualquier caso con el salario. Existen, no obstante, situaciones de excepción en las que la compatibilidad es posible. Se quiere hacer referencia a la concurrencia de las prestaciones de maternidad con las de hijo a cargo por una parte y, por la otra, con las de desempleo en la modalidad de pago único -destinada a favorecer la incorporación del trabajador a una Cooperativa de trabajo asociado o sociedad laboral-, sin olvidar la posible compatibilidad con prestaciones periódicas (pensiones) y con complementos de las mismas (mejoras voluntarias):

- *Prestaciones por hijo a cargo*: su compatibilidad con la prestación por maternidad se infiere del principio general de compatibilidad que cabe deducir del art. 181 b) LGSS, en el que se reconoce el derecho también a los pensionistas del Régimen General por cualquier contingencia, así como del art. 187, que regula el régimen de incompatibilidades, *a sensu contrario*.

²⁸⁵ De ahí que GARCÍA NINET (“La incapacidad temporal”, op.cit.) afirme que “habrá de estarse al casuismo y a la elaboración jurisprudencial”.

²⁸⁶ GARCÍA NINET, J.I.: “La incapacidad temporal”, op.cit., p. 56.

- *Prestación por desempleo en la modalidad de pago único*²⁸⁷: la situación de maternidad puede ser coincidente con el periodo equivalente al de la duración de la prestación de desempleo capitalizada. En este caso, debe determinarse si, aun en el caso de que se preste un trabajo del que haya de nacer el subsidio por maternidad, procede la concesión de la prestación, dada su concurrencia con la de desempleo, con la que se declara incompatible (art. 221.2 LGSS)²⁸⁸.

Sin embargo, según dispone el RD 1044/1985, de 19 de junio, regulador del abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, dispone en su art. 5 que la prestación se considerará extinguida por agotamiento del plazo de duración de la misma. En consecuencia, *no existe percibo simultáneo*, por lo cual ni siquiera ha lugar al planteamiento de la cuestión de su compatibilidad. Así lo entiende el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de diciembre de 1992²⁸⁹, argumentando, a mayor abundamiento, que “otra interpretación sería contraria a la propia finalidad que persigue el Real Decreto 1044/1985 de propiciar la iniciativa de autoempleo²⁹⁰ de los trabajadores desempleados... como se recoge expresamente en su exposición de motivos”, además de ser “contrario a la lógica que careciese de protección ante tal evento”²⁹¹.

- *Pensiones*²⁹² que a su vez sean compatibles con el trabajo cuyas rentas son sustituidas por el subsidio (arts.141.1 y 179 LGSS). Siendo la finalidad de la prestación por maternidad garantizar el mantenimiento de las percepciones interrumpidas *con ocasión de* la suspensión del contrato de trabajo motivada por el parto o la adopción de un menor, sería contrario a la propia esencia del subsidio que el ordenamiento jurídico admitiera su mantenimiento en los casos en los que el trabajo realmente no dejara de prestarse (aunque el receptor del mismo fuera empresario distinto). Sentado tal principio general, no constituye excepción alguna

²⁸⁷ La STSJ de Andalucía/Granada, de 21 de julio de 1992 (AS 1992, 3561) declara su incompatibilidad con el subsidio de desempleo agrario.

²⁸⁸ O las prestaciones por cesantía, previstas en el art. 49 de los Estatutos de los Empleados de Notarías, aprobados por Orden de 11 de diciembre de 1968, asimilables a las prestaciones por desempleo (STS de 27 de enero de 1996, RJ 1996, 205; en idéntico sentido, STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 15 de octubre de 1996, AS 1996, 3051, sobre compatibilidad con la prestación por *incapacidad laboral transitoria*). Su compatibilidad radica, según la citada jurisprudencia, en el carácter voluntario de la cesantía y la naturaleza de mejora voluntaria de la Seguridad Social que cabe predicar de dicha peculiar prestación.

²⁸⁹ R.J. 1992, 10240.

²⁹⁰ Hay que recordar la reforma operada por el RD-ley 1/1992, de 3 de abril, de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo (y posterior Ley 22/1992, de 30 de julio) en materia de sujetos beneficiarios de tal subvención, eliminándose la referencia a los trabajadores autónomos.

²⁹¹ El supuesto de hecho era una incapacidad laboral transitoria por accidente de trabajo, lo cual no obsta para la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia a la situación de maternidad.

²⁹² No siendo la causa de la suspensión del contrato la incapacidad del trabajador, no se plantea duda alguna sobre la compatibilidad del subsidio con la pensión por invalidez permanente.

al mismo la compatibilidad del subsidio con prestaciones cuya percepción junto a las rentas salariales no suponía desvirtuación alguna de su finalidad, admitiendo el ordenamiento jurídico su devengo simultáneo. Ello significa que cuando la prestación de carácter vitalicio fuera incompatible con el trabajo lo seguirá siendo con la prestación por maternidad: v.g., pensión de jubilación, en virtud de los arts. 165 LGSS y 16 de la Orden de 13 de febrero de 1967.

Por contra, será compatible con las pensiones de viudedad (art. 179 LGSS y 10 de la Orden de 13 de febrero de 1967), en virtud del principio de igualdad por razón de filiación (pues el hijo *nacido* puede ser fruto de una unión de hecho, que no da lugar a la extinción de la pensión) y de invalidez, conforme al art. 35 CE, que garantiza el derecho al trabajo, y al art. 141 LGSS, así como con la indemnización a tanto alzado que el art. 139.2 LGSS fija como prestación sustitutiva de la pensión en el grado de incapacidad permanente total.

- *Mejoras voluntarias de la Seguridad Social* reguladas en convenio colectivo o contrato individual (art. 39 LGSS).
- *Salarios de tramitación* por despido nulo o improcedente, cuya compatibilidad se declara, alterando doctrina anterior, tradicionalmente contraria a tal tesis²⁹³, por el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de junio de 1994²⁹⁴, sobre la base de la no exoneración de la empresa de su obligación salarial²⁹⁵, razonamiento confirmado por las posteriores de 3 de octubre de 1994 y de 17 de enero y 24 de julio de 1995, todas ellas en unificación de doctrina²⁹⁶.

En otro orden de cosas, debe distinguirse entre el *régimen de pluriempleo* y el de *pluriactividad*, en razón de las diferentes consecuencias que en cada uno de ellos entraña la realización de varios trabajos al tiempo.

²⁹³ Por considerar que ello podría dar lugar a un enriquecimiento injusto del trabajador, que recibía el salario y, además, las rentas que se suponían sustitutivas de éste.

²⁹⁴ R.J. 1994, 5442. En dicha sentencia no se entiende ajustada a derecho una de las sentencias citadas en contradicción: la del TSJ de Cataluña, de 3 de junio de 1993 (AS 1993, 2953), que niega la compatibilidad porque lo contrario desvirtuaría la finalidad de la prestación, que es la de sustituir las rentas salariales dejadas de percibir.

²⁹⁵ La STSJ de Andalucía/Sevilla, de 13 de mayo de 1993 (AS 1993, 2375) considera compatible la percepción de ambas rentas cuando los salarios de tramitación tengan carácter indemnizatorio. En contra, GARCÍA NINET (op.cit.), por entender que, de admitir tal tesis, se está atribuyendo otra naturaleza a los salarios de tramitación, considerándolos "como una especie de indemnización".

²⁹⁶ R.J. 1994, 7740 y 1995, 6329. Existen, dentro de la doctrina científica, opiniones críticas contra esta decisión. Es el caso de GARCÍA NINET ("La incapacidad temporal", en *La incapacidad temporal*, op.cit., ps. 59 y ss.), quien entiende que, teniendo carácter salarial, los salarios de tramitación deben recibir el mismo trato que cualquier otra prestación salarial y, por tanto, son directamente incompatibles con el subsidio. Ello significa que no deberían haberse percibido, por no existir prestación laboral que les diera origen y sí situación habilitante para el nacimiento del subsidio. Es decir, si la situación que da lugar al nacimiento del subsidio es precisamente la suspensión del contrato por interrupción de la prestación laboral, no devengándose salarios, tampoco deberían devengarse *los de tramitación*.

Tratándose de *pluriempleo*, la norma de incompatibilidad introducida por el art. 13 del D. 1646/1972, de 23 de junio²⁹⁷, impide la acumulación de dos subsidios procedentes del mismo Régimen y derivados de la prestación de servicios por cuenta ajena para varias empresas, en cuyo caso serán aplicables las normas relativas a pluriempleo, según las cuales serán sumadas las bases de cotización de cada una de las empresas a efectos de determinar la cuantía de la base reguladora, *de una sola prestación*²⁹⁸.

En caso de *pluriactividad*, la Resolución de 21 de abril de 1995, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, *en relación con diversas dudas que se plantean respecto de la prestación económica por maternidad, según la nueva redacción dada a la Ley General de la Seguridad Social por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre*, entiende en su regla quinta que, puesto que no existe ningún régimen del sistema que prevea la incompatibilidad de la prestación económica por maternidad cuando se perciba simultáneamente otra prestación de la misma naturaleza a cargo de otro régimen del sistema, debe deducirse la compatibilidad de ambas.

6.3. Suspensión y extinción.

En cuanto a las causas de pérdida o suspensión del derecho al subsidio por maternidad, la reforma de la prestación por la Ley 42/94 ha tenido la virtualidad de eliminar las causas de *extinción* -subsistentes sólo para el subsidio por incapacidad temporal-, dejando en vigor sólo las causas que dan lugar a la *pérdida* del derecho. Es decir, que la extinción de éste sólo tiene efecto por conducta fraudulenta del beneficiario²⁹⁹, bien sea en el momento de acceso a la prestación o en cuanto a su conservación.

Establece el art. 133 *quinquies* LGSS que "podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación³⁰⁰ (a lo que el art. 18 LISOS añade la actuación tendente a incrementar fraudulentamente la cuantía o la duración de la prestación), así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes periodos de descanso"³⁰¹.

²⁹⁷ BOE del 28.

²⁹⁸ STSJ de Madrid, de 18 de abril de 1990 (RTSJ 1990, 1650).

²⁹⁹ No es necesario abundar en la irrelevancia de las vicisitudes del contrato de trabajo sobre la duración y disfrute de la prestación (DE LA VILLA, op.cit.).

³⁰⁰ Art. 18 LISOS.

³⁰¹ Art. 17 LISOS. SSTCT de 30 de abril de 1985 (RTCT 1985, 2792) y 2 de octubre de 1985 (RTCT 1985, 5398), y del TS de 30 de octubre de 1986 (R.J. 1986, 6025), 28 de junio y 26 de julio de 1988 (R.J. 1988, 5485 y 6240). En el mismo sentido, STSJ de Cataluña, de 4 de junio de 1992 (AS 1992, 3335). Desde el ET, constituye una causa justificante del despido procedente (art. 54.2 d): STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 15 de julio de 1991 (AS 1991, 4278): "no sólo es causa de

Esta regla debe ser completada con lo dispuesto en el art. 14 del Reglamento de la prestación, según el cual “durante los periodos de descanso voluntario u obligatorio las trabajadoras beneficiarias deberán abstenerse de todo trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia”. Debe entenderse sustituida la referencia a “la beneficiaria” por la de “el beneficiario”, dada la nueva configuración del permiso, de ejercicio compartido y de titularidad indistinta en el caso de que el descanso se base en una adopción o en un acogimiento.

El subsidio es incompatible con todo trabajo (no en vano su función es sustituir el salario que se deja de percibir como consecuencia de la suspensión del contrato de trabajo), lo cual significa que, en caso de pluriempleo y de pluriactividad, deberán interrumpirse la actividad en todos los trabajos desarrollados (STSJ de Castilla-León/Valladolid, de 21 de diciembre de 1993³⁰²).

Significa, además, que es completamente independiente de la capacidad para el trabajo de la beneficiaria, al no restringirse su ámbito de aplicación únicamente al periodo de descanso obligatorio, pues el periodo voluntario tiene la finalidad de atender al cuidado del menor. Y, si no se destina a tal finalidad, debe entenderse renunciado, dado su carácter voluntario: lo que no cabe es utilizarlo con otros fines (desempeñar trabajo distinto).

Es decir, se obvia el examen de la compatibilidad del trabajo con el estado de la trabajadora, precisamente porque lo que se toma en cuenta para la concesión de la prestación no es estrictamente su estado de salud o su posible capacidad física para el trabajo. No se valora el trabajo que se considera para, poniéndolo en relación con su estado físico, evaluar la existencia o no de una conducta transgresora, como cabe entender respecto de la contingencia de incapacidad temporal (que en sí misma considerada puede admitir la realización de ciertos trabajos, no perjudiciales para el estado de salud del beneficiario de la prestación³⁰³).

La razón de ello debe buscarse en la propia esencia del descanso que se tutela por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, desde el cual se reconoce un derecho que debe destinarse enteramente al fin para el que se concibe. Pues, como ya se manifestó en el lugar oportuno (vid. supra, Título II), siendo posible, ya que la capacidad laboral de la trabajadora así lo permite, el trabajo en el periodo voluntario o durante todo el periodo de descanso en el caso de adopción, y, por tanto, la renuncia

despido por violación de la buena fe contractual conforme al ET, sino que tal conducta es sancionable con la pérdida de las prestaciones económicas”.

³⁰² AS 1993, 5342.

³⁰³ STSJ de Andalucía/Sevilla de 22 de abril de 1997 (AS 1997, 3314), en la que se entiende compatible el percibo de prestación por invalidez provisional con el trabajo en otra actividad para la que no existe imposibilidad física, argumentándose que lo que prohíbe la ley es la realización de un trabajo nuevo, posterior al inicio del proceso de incapacidad temporal, pero no el mantenimiento de una situación precedente, derivado de una situación de pluriempleo, “a lo que parece aludir el artículo 128 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974”.

parcial al derecho, lo que no cabe en modo alguno admitir es la opción por su ejercicio y al mismo tiempo su simultaneidad con cualquier otra actividad que desvirtúe su fin.

En tal caso puede concluirse que la conducta será fraudulenta, a pesar de que el precepto distinga entre el acceso fraudulento y la realización de trabajos, que quedan, por tanto, al margen de tal tacha de fraude. Y, siendo expresamente prohibida por el art. 133 ter LGSS, dará lugar a la suspensión o a la anulación del derecho, según los términos del art. 17 LISOS (que la califica de infracción grave), en relación con el art. 46.1.2 del mismo texto, que la sanciona con la pérdida de la prestación durante un periodo de tres meses. Ello puede dar lugar, en muchos casos, no a la suspensión, sino a la pérdida de la prestación, en consideración a la breve duración del subsidio. Asimismo, recibirán la consideración de indebidamente percibidas las prestaciones que sean abonadas a partir del momento en el que se detecte la conducta fraudulenta³⁰⁴.

La cuestión así planteada suscita ulteriores problemas de ser el padre cesionario del derecho quien incurra en la susodicha conducta fraudulenta. Podría dudarse si la pérdida del derecho por parte del padre podría obrar su recuperación por la madre. La respuesta, sin embargo, no parece generar mayor exégesis, pues la pérdida del derecho económico no implica la del derecho al descanso y, en consecuencia, el menor no quedará desamparado, ya que el titular del derecho mantendrá su contrato de trabajo en suspenso, si bien perderá el derecho a la prestación, siendo ambos derechos autónomos.

Pero en tal supuesto sí cabría la intervención de una cuestión adicional: que la pérdida del derecho económico mueva al trabajador a reanudar la prestación laboral, renunciando al derecho a la suspensión del contrato. En tal caso, habrá que entender que, hallándose en el descanso voluntario, cabe la renuncia, ya que se permite su cesión desde la madre al padre. Ahora bien, si la hipótesis se traslada a la situación en la que la madre, hallándose en el disfrute del descanso, no habiéndose cedido al padre, incurre en la conducta que funda la infracción que se comenta, la solución a tal dilema pasará por la distinción entre ambos tipos de descansos, obligatorio y voluntario, así como por el carácter irrenunciable o renunciabile que se atribuye a cada uno de ellos.

Se trata de una causa análoga a la constitutiva de transgresión de la buena fe contractual en el plano del derecho a la suspensión del contrato, a la que ya se hizo alusión en el título precedente. La notoria diferencia que parece separar los efectos de la misma conducta en uno y otro ámbito radica en la expresa consideración de aquella como conducta prohibida por fraudulenta, en el caso de las prestaciones por maternidad.

A ella se anuda directamente una sanción consistente en la pérdida del derecho,

³⁰⁴ Sus efectos se proyectan hacia el futuro, pero no pueden tener eficacia retroactiva. STSJ de Madrid, de 16 de enero de 1996 (AS 1996, 104).

frente a su indirecta eficacia en el plano contractual, al ser constitutiva de un incumplimiento que da lugar no a la pérdida del derecho a la suspensión (por tanto, del derecho en sí mismo considerado), sino a la extinción del contrato. Tal "sanción contractual" tampoco opera automáticamente (pues no se trata de una sanción, sino de una manifestación del principio del sinalagma contractual), provocando, por el contrario, el nacimiento en favor de la contraparte (el empresario) del derecho a instar la extinción del contrato. Facultad que se asienta sobre la construcción jurídico-legal de que el incumplimiento contractual se ajuste al cuadro de causas o conductas contenido en norma legal, el ET (concretamente el art. 54, que reconduce todos los posibles incumplimientos del trabajador a la figura del despido disciplinario). Éste a su vez deberá ser completado por la interpretación jurisprudencial sobre el concepto de "transgresión de la buena fe contractual", en torno al cual se aprecia la unanimidad de criterio en cuanto a entender que lo es la realización de trabajos mientras se halla suspendido el contrato por incapacidad temporal o por maternidad. En cualquier caso, como se apuntaba al inicio de este excursus, se advierte la clara diferencia entre un régimen prohibitivo directo (el del art. 133 ter LGSS) y otro indirecto (el del art. 54.1 d ET, en el que, por otra parte, la alusión es meramente tácita, dados los términos generales en los que la norma se presenta).

Por lo demás, debe llamarse la atención sobre el hecho de que sean idénticas las causas que dan lugar a la suspensión y a la pérdida definitiva del derecho. Deberá, acudirse, pues, al régimen de sanciones previsto en la LISOS (arts. 18 y 46.1.3), para determinar cuándo procederá la suspensión y cuándo la anulación, según la gravedad de la falta.

Aplicando el régimen del art. 17 en relación con el 46.1.2 LISOS, la sanción a la infracción grave, consistente en compatibilizar el trabajo con la prestación (siempre y cuando la Entidad Gestora pruebe la efectividad del trabajo desarrollado³⁰⁵), será la suspensión de la misma durante un plazo de tres meses. Ahora bien, en lo que se refiere a la infracción muy grave, tipificada en el art. 18 como la que consiste en acceder o conservar fraudulentamente la prestación, el art. 46.1.3 LISOS se limita a sancionar la que se relaciona con las pensiones, suspendiéndolas durante el periodo de seis meses, y con las prestaciones o subsidios por desempleo, extinguiéndolas, sin hacer en ningún momento referencia a *otros* subsidios, como el de maternidad.

De ello resulta una indeterminación en torno a si la prestación por maternidad puede ser objeto de extinción como sanción al amparo de tal precepto, puesto que no figura en el catálogo de prestaciones afectadas por esta medida y atendiendo al principio de tipicidad que rige las normas sancionadoras. Ante ello hay que concluir

³⁰⁵ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: "Incapacidad Temporal". Vol. IV de la Enciclopedia de Seguridad Social. CISS, 1995. A tales efectos no es prueba suficiente el mero mantenimiento del alta en el RETA, según entiende la STS de 23 de marzo de 1984 (RJ 1984, 1604).

que se trata, en todo caso, de un lapsus del legislador, puesto que no es coherente tipificar una falta como infracción muy grave y olvidar su sanción expresa. Debe entenderse, pues, que la similitud entre el subsidio por maternidad y las prestaciones o subsidios por desempleo encamina la solución hacia la extinción de la prestación, puesto que ésta es la sanción prevista para las prestaciones de carácter temporal que regula expresamente.

Suspendido o extinguido el derecho por las anteriores causas, procederá la devolución de lo percibido indebidamente de la Seguridad Social, en aplicación de lo previsto en el art. 46.2 LISOS (SSTSJ de Andalucía/Granada, de 18 de septiembre de 1991 y 15 de mayo de 1995³⁰⁶), siempre que se lleve a cabo por parte de la Gestora la actuación inspectora y extinción de la prestación (STS de 24 de mayo de 1984³⁰⁷) y con sujeción al plazo general de prescripción de cinco años (STSJ de Andalucía/Málaga, de 26 de abril de 1991³⁰⁸).

Al margen de las que se encuadran en el régimen de infracciones y sanciones, por su carácter fraudulento, son causas de extinción (debe añadirse "las únicas causas de extinción") de la prestación cuando haya resultado beneficiario de la misma el padre, por opción de la madre (lo que JIMÉNEZ-ASENJO llama "subsidio por paternidad"³⁰⁹): la revocación de la opción por parte de la madre, por causas justificadas³¹⁰, o la existencia de riesgo para la salud de ésta, detectado con posterioridad al ejercicio de la opción.

No son ya, pues, de aplicación las causas de extinción propias de la prestación de incapacidad temporal que se contienen en el art. 10 de la OM de desarrollo de la prestación, y así lo aclara la Resolución de 21 de abril de 1995, de la DGOJECSS:

- El transcurso del plazo máximo establecido es una causa extintiva inoperante en este caso, pues ya se prevé el plazo de la prestación en el art. 133 bis por remisión al art. 48.2 ET (y al 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto).
- El fallecimiento del beneficiario no puede actuar como causa extintiva, pues, de producirse el de la madre, será el padre el que pase a disfrutar del periodo de descanso y, por consiguiente, de la prestación, con lo cual lo que se produce es una sustitución del beneficiario de ésta.
- Tampoco tiene relevancia alguna el alta médica del beneficiario, con o sin declaración de invalidez, ya que sólo son aplicables a la maternidad las normas sobre alta o baja médica relativas al momento del parto (partes de pronóstico o de

³⁰⁶ AS 1991, 4989; A.L., núm. 41, 1995, ref. 1683.

³⁰⁷ R.J. 1984, 3077.

³⁰⁸ AS 1991, 2779.

³⁰⁹ JIMÉNEZ-ASENJO GÓMEZ, E.: op. cit..

³¹⁰ JIMÉNEZ-ASENJO (op.cit., pág. 119) cita como tales el haber sobrevenido hechos que hagan inviable la efectividad de la opción, "tales como ausencia, enfermedad o accidente del padre, abandono de familia, separación u otras circunstancias análogas".

notificación del parto), siendo aquélla una situación desligada de la capacidad del beneficiario para el trabajo o de su necesidad de asistencia sanitaria.

- De lo cual se colige que la negativa a someterse al tratamiento médico prescrito no puede ser causa que dé lugar a la extinción del derecho a la prestación por maternidad, pues no existe incapacidad alguna necesitada de tratamiento médico (aunque la situación fuera concurrente con la de incapacidad temporal, estaríamos hablando ya de otra contingencia, pero no de maternidad). Luego no entrará en juego la facultad empresarial de verificar el estado de salud de la trabajadora que haga uso del derecho al descanso, ex art. 22.4 ET, pues no existe base argumental para ello (la veracidad del parto, o en su caso de la adopción, ya ha sido comprobada y la duración del descanso está expresamente tasada por la ley, lo cual excluye toda posibilidad de fraude).
- La extinción por acceso a la pensión de jubilación. Siendo naturalmente posible que un trabajador de cierta edad asuma la paternidad biológica, debería hacerse alusión a un caso que no por infrecuente debe ser obviado: la extinción del derecho por jubilación forzosa del trabajador, en tanto no existe ya soporte contractual para mantener el derecho derivado del que goza (por cesión de la madre). En definitiva, se trata de enjuiciar si este derecho cedido y, consiguientemente la prestación a él anudada, debe extinguirse por cese en la actividad laboral. En principio, parece admisible la respuesta negativa, en tanto es posible mantener el derecho a la prestación tras la extinción del contrato. Ergo, aunque el derecho sea cedido, no existiendo impedimento -ahora con mayor razón- para que el trabajador dedique su tiempo al cuidado del hijo -aun cuando no exista ya suspensión del contrato, porque éste se ha extinguido-, tampoco lo ha de haber para el percibo de la prestación. No siéndolo tampoco la existencia de otro beneficiario o titular "principal", siempre y cuando el derecho en cuestión hubiera ya nacido antes del cese en la actividad laboral³¹¹.

Existen determinadas situaciones que pudieran suscitar ulterior controversia, sobre las que nada se postula en la citada resolución administrativa, pero que pueden deducirse, del acervo jurisprudencial. Si bien como causa de suspensión y no de extinción, ocasionalmente alguna resolución judicial ha considerado la hipótesis de que la privación de libertad pueda constituir un supuesto de interrupción de la percepción del subsidio. A la misma se refiere el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su

³¹¹ Sobre el asunto, si bien en relación con la existencia de una situación de incapacidad temporal, interrumpida por la jubilación forzosa del trabajador instada por el empresario, conoce la STSJ de Murcia, de 18 de noviembre de 1996 (AS 1996, 4558), que, con buen criterio, concluye que, si bien la jubilación, como causa de cese automático en la actividad, puede ser instada por el empresario (en este caso, se trataba de una Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba, siendo prevista la jubilación forzosa en norma de carácter reglamentario), la pensión sólo corresponde solicitarla al trabajador, y, por tanto, éste puede continuar percibiendo el subsidio hasta agotarlo, pasando con posterioridad a la jubilación pensionada.

sentencia de 9 de marzo de 1996³¹². En esta interesante sentencia, se sostiene la invalidez de la extrapolación a tal circunstancia (la privación de libertad) de la causa extintiva de la incompatibilidad con la realización de un trabajo, bajo el argumento de que, puesto que el subsidio sustituye al salario que se deja de percibir, no debe abonarse cuando existe una causa impeditiva del trabajo al margen de la propia maternidad (el supuesto habla de incapacidad temporal). En definitiva, se está recurriendo (en la sentencia de instancia) a un lugar conocido (supra, título II): la concurrencia de causas suspensivas, argumentando que la interposición de una causa anula los efectos de la otra, anterior. Reconducido el supuesto a este punto, resulta evidente la inadmisibilidad de la tesis de la eficacia suspensiva que supuestamente ha de producir la privación de libertad sobre el percibo del subsidio. Y así se entiende por el TSJ de Cataluña, en los siguientes términos:

"aunque una cierta "ratio" histórica de aquella manifestación de la acción protectora de la Seguridad Social vinculara, en cierto modo, tal prestación a la no percepción del salario, y, por ende a la no posibilidad del trabajo -de modo que constituye causa de su pérdida o suspensión el trabajo por cuenta propia o ajena (...)-, ello no quiere decir necesariamente que en situaciones como la contemplada la imposibilidad del trabajo del en principio beneficiario de la ILT determine, ya la extinción, ya la suspensión o interrupción de dicha prestación".

A lo cual añade otros tres argumentos:

- 1º que las causas de suspensión y extinción son "numerus clausus" y, por tanto, no pueden realizarse interpretaciones extensivas;
- 2º que en nada empece a la subsistencia de la situación protegida por la norma el hecho de que se decrete la prisión preventiva del beneficiario (tal hecho no puede borrar la preexistencia de las situaciones que se protegen ni alterar su carácter intrínseco);
- 3º tal hipotética causa de extinción no opera respecto de otro subsidio público, el de desempleo, ex art. 212.1 c) LGSS, que sólo prevé la suspensión de la prestación mientras el titular del derecho cumpla condena que implique privación de libertad.

Asimismo, no constituyen causa de extinción³¹³ (de nuevo se reitera que no existe causa de extinción alguna, por tanto no lo será ni ésta ni cualquier otra hipotética *causa*), y así lo entiende la DGOJECSS en la ya citada Resolución de 21 de abril de 1995, el fallecimiento del hijo ni la excedencia regulada en el art. 46 ET, pues "ni la Ley los contempla ni deriva de la naturaleza de las cosas el que como tales actúen" ³¹⁴.

³¹² AS 1996, 629. Ponente: Ilmo. Sr. D. A. García Rodríguez.

³¹³ Recordar que tampoco es causa de suspensión del derecho la huelga ni el cierre patronal, ya examinados en sede de requisitos de acceso a la prestación.

³¹⁴ No lo es tampoco la privación de libertad, como aclara la Circular del INSS núm. 14/1985, de 22 de mayo.

En el ámbito de los efectos ulteriores de la pérdida o agotamiento del derecho, debe apuntarse que la extinción por fallecimiento del padre, a favor del cual se había realizado la opción puede dar lugar a la "recuperación" del derecho por parte de la madre que lo había cedido³¹⁵.

7. Gestión de la prestación

El art. 57.1 a) LGSS atribuye la competencia al INSS en materia de gestión y administración de las prestaciones económicas de la Seguridad Social. A la referida entidad gestora corresponde, en virtud del art. 5 OM 1967, el reconocimiento del subsidio por maternidad (así como el derecho a la prestación de asistencia sanitaria)³¹⁶.

Debe destacarse en este terreno que, según la D. A. Undécima ter de la LGSS, en ningún caso cabrá la gestión de dicha prestación -ni directa ni delegada- por sujetos ajenos a la Administración de la Seguridad Social, reuniendo en un solo sujeto la gestión en todos los supuestos, sea cual sea el titular del derecho. Debe recordarse que, con anterioridad, ciertos supuestos, como el pago en caso de opción del derecho en favor del padre, se reservaban a la exclusiva competencia de la entidad gestora, mientras que en otros, y como regla general en los supuestos de maternidad natural, era preceptiva la intervención o colaboración del empresario, a través de la obligación de pago delegado.

Dicha disposición fue objeto de modificación por el art. 81 de la Ley 13/1996, de *Medidas fiscales, administrativas y del orden social*, estableciéndose que "no cabrá fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas", sin perjuicio de que la entidad gestora (INSS) pueda concertar la encomienda de gestión para el pago de la prestación con el Instituto Nacional de Empleo en los supuestos a que se refiere el artículo 222.2 LGSS.

En virtud de la Undécima ter de la LGSS, la D.A. 6ª del RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla en materia de incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, dispone que si la situación de maternidad se produce durante el disfrute de la prestación por desempleo, el subsidio que corresponda por esta nueva contingencia será abonada por el INEM, por delegación de la entidad gestora que corresponda (INSS). La deducción por cotización se realiza por las mismas normas.

³¹⁵ Sobre el particular, vid. la introducciónII, en el que se trata la titularidad y ejercicio del derecho a la suspensión del contrato.

³¹⁶ Sin perjuicio de que el pago del subsidio se verifique a través de la Tesorería General de la Seguridad Social y, asimismo, sin perjuicio del pago delegado por el INEM cuando el beneficiario se halle en situación de desempleo subsidiado.

Ello implica que tampoco quepa deducción de cantidades en concepto de pago delegado por parte del empresario, ni en concepto de cotización, ya que éste sólo ingresará su aportación (la de la beneficiaria será gestionada por la entidad gestora). Así fue previsto por la Orden de cotización para el año 1995 (D.A. 18ª de la OM de 18 de enero de 1995: “a partir del 1 de enero de 1995 y respecto a los procesos por maternidad causados desde dicha fecha, las empresas no podrán deducir cantidad alguna en concepto de pago delegado, al corresponder la gestión de esta prestación a la entidad gestora respectiva, de conformidad con lo establecido en la D.A. 11.3 de la LGSS”).

Si el reconocimiento del derecho se realiza por el INSS, el pago corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social³¹⁷, previo descuento -aplicado a la base de cotización del mes anterior al inicio del descanso, coincidente con la cuantía de la prestación y con la base reguladora de la misma- de la cuota a Seguridad social, desempleo y formación profesional a cuya contribución está obligado el trabajador.

8. Responsabilidad en orden a las prestaciones

En lo tocante a responsabilidad en orden a las prestaciones, la gestión exclusiva de ésta por el INSS le hace, asimismo, responsable exclusivo, siempre que exista situación de alta del trabajador (lo contrario impedirá la traslación de responsabilidades, que habrán de exigirse al empresario incumplidor³¹⁸).

No opera en caso de maternidad el principio de *automaticidad absoluta* de las prestaciones, por el cual la entidad gestora estaría obligada al anticipo de la prestación de no existir el alta³¹⁹, por no tratarse de un supuesto de alta presunta, beneficio exclusivo de las contingencias profesionales, entre las que no se halla la de

³¹⁷ STSJ de La Rioja, de 8 de mayo de 1997 (AS 1997, 2019), sobre prestación por incapacidad laboral transitoria.

³¹⁸ SSTs de 30 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1221), de 21 de abril de 1986 (RJ 1986, 2217) y de 29 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 7149), ratificadas por las SSTs, u.d., dictadas en Sala General, de 22 de abril y de 3 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 3271 y 3273, y 8588). Las de 22 de abril de 1994, y de 6 de junio de 1995 (RJ 1995, 4765) declaran que la retroacción de la obligación de cotizar proveniente de actuación de la Inspección de Trabajo posterior al hecho causante no exime al empresario de sus responsabilidades por ausencia de cotización. Es también doctrina unificada (STS de 6 de junio de 1995, RJ 1995, 4765) que la responsabilidad en caso de haberse producido el alta con posterioridad al hecho causante corresponde al empresario, por incumplimiento de la obligación de dar de alta y cotizar. En caso de infracotización, la responsabilidad alcanzará a la diferencia entre la prestación reconocida en vía administrativa y la imputada judicialmente al empresario (cfr. STSJ de Andalucía/Sevilla, de 10 de octubre de 1996, AS 1996, 4894).

³¹⁹ STSJ de Navarra, de 9 de octubre de 1992 (AS 1992, 4735), en el que se deniega la traslación de responsabilidad desde la empresa incumplidora a la entidad gestora en un supuesto de maternidad. Vid. también, sobre prestación de incapacidad temporal, SSTs de 13 de junio de 1995 (RJ 1995, 4897) y de 9 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9137) y las que aquí se citan.

maternidad (art. 125.3 LGSS). Sí, por el contrario, el de *automaticidad relativa*, condicionada a la existencia de alta en el momento del hecho causante³²⁰, según el régimen contenido en el art. 95 de la Ley de Seguridad Social de 1966, mantenido en vigor con carácter reglamentario por la jurisprudencia (STS de 10 de mayo de 1993³²¹, de 22 de abril de 1994 y de 6 de junio de 1995³²²). De dicho precepto se deduce que sin alta no hay responsabilidad ni anticipo por la Entidad Gestora³²³, en el bien entendido de que la cotización en forma equivale al alta formal³²⁴, siempre que sea anterior al hecho causante³²⁵, y de que la infracotización no es asimilable a la falta de alta³²⁶.

Debe rechazarse, por otra parte, la responsabilidad, tanto directa como subsidiaria, del INSS respecto de la mejora voluntaria de la prestación, pues las partes

³²⁰ SSTs de 15 de abril de 1991 (RJ 1991, 3270) y de 18 de enero de 1993 (RJ 1993, 95), sobre incapacidad temporal. En la STSJ de Baleares, de 9 de abril de 1996 (AS 1996, 2059), sobre prestación de incapacidad temporal, se juzga un supuesto de baja formal posterior al hecho causante pero con efectos desde el día anterior a aquel en el que se produjo éste, entendiendo que en tal caso el trabajador estaba materialmente en alta, ya que la baja se debía a un cese que, bajo la apariencia de voluntariedad, recibió posteriormente la calificación judicial de despido nulo, siendo condenada la empresa al abono de salarios devengados desde la fecha del despido, lo cual deja sin efectos la baja en el sistema de la Seguridad Social (por tanto, se trata de una conversión de la baja en alta como consecuencia de la nulidad del despido). En el mismo sentido se había ya pronunciado el mismo tribunal en las sentencias de 20 de julio de 1994 (AS 1994, 3098) y de 11 de febrero de 1991 (AS 1991, 1622).

³²¹ RJ 1993, 4965. Hay que recordar la obligación que sobre los Representantes de Comercio pesa de realizar los actos de encuadramiento en el Sistema y cotización (art. 5 del RD 2621/1986, de 24 de diciembre, arts. 17.2 y 22.5 del RD 1258/1987, de 11 de septiembre, arts. 4 y 5 de la OM de 20 de julio de 1987, así como art. 31 del RD 1064/1995, de 22 de diciembre), razón por la cual no puede ser de aplicación el art. 95.1.2º de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, sobre anticipo de las prestaciones por la Entidad Gestora (STSJ de 24 de junio de 1994, AS 1994, 2350).

³²² RJ 1994, 3271; A.L., núm. 43, 1995, ref. 1756. Dispone ésta que “el responsable directo del abono de tales prestaciones es el empresario que no dio de alta al trabajador, ni, en consecuencia, ingresó cotización alguna hasta después de producido el hecho causante”, no procediendo el anticipo de las prestaciones por parte de la entidad gestora. En el mismo sentido, STSJ de Navarra, de 9 de octubre de 1992 (AS 1992, 4735), de Galicia, de 10 de junio de 1993 (AS 1993, 2926), de Cataluña, de 13 de febrero de 1996 (AS 1996, 420), y de Baleares, de 9 de abril de 1996 (AS 1996, 2059), entre otras.

³²³ Entre otras, SSTSJ de Cataluña, de 1 de octubre de 1993 (AS 1993, 4504), de 3 de abril y de 13 de junio de 1996 (AS 1996, 1408 y 3370), y STSJ de Andalucía/Granada, de 12 de noviembre de 1996 (AS 1996, 4611).

³²⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana, de 29 de marzo de 1996 (AS 1996, 1808), y STSJ de Cataluña, de 9 de octubre de 1996 (AS 1996, 3920), esta última sobre prestación por maternidad, argumentándose que en tal caso la Tesorería General de la Seguridad Social debe proceder a dar de alta de oficio, “y si no se hizo así, el error o la negligencia administrativa no puede perjudicar a la trabajadora demandante, pues las deficiencias y carencias en el funcionamiento del sistema de la Seguridad Social no pueden repercutir en perjuicio de sus beneficiarios, como ya tuvo ocasión de señalar el Tribunal Constitucional en su sentencia 227/1991, de 28 de noviembre”.

³²⁵ SSTSJ de Canarias (Las Palmas), de 30 de octubre de 1992 (AS 1992, 4705) y de 9 de marzo de 1993 (AS 1993, 1168).

³²⁶ STSJ de Cataluña, de 13 de junio de 1996 (AS 1996, 3370).

representadas por los negociadores no pueden vincular a terceros (STSJ del País Vasco, de 23 de febrero de 1996³²⁷).

9. Conexión con otras situaciones protegidas

Como ya se ha puesto de relieve anteriormente, el subsidio por maternidad es compatible con determinadas prestaciones, que, en consecuencia, se percibirán de forma simultánea a aquél. Ahora bien, la hipótesis que da lugar a la conexión de situaciones protegidas no es la simultaneidad de percepciones, sino la sucesión entre las mismas, sobre la base de su absoluta incompatibilidad (entendida como percepción simultánea), de la que se deriva la necesaria articulación entre ellas cuando se produce la actualización de una contingencia (incapacidad temporal o desempleo) durante el transcurso de la otra (por tanto, sin existir un ínterin entre el momento del agotamiento de una prestación y el nacimiento de la otra).

Planteada así la cuestión, deben ser objeto de análisis las consecuencias derivadas del principio enunciado en cuanto a la necesaria articulación del subsidio con las prestaciones que se venían disfrutando en el momento de producirse la contingencia o que se generan durante el disfrute de la misma: las situaciones de incapacidad temporal y de desempleo.

A la primera de las cuestiones ya se ha hecho la oportuna referencia al hablar de las compatibilidades e incompatibilidades de la prestación. En cuanto a las segundas, dada su amplitud, resulta preferible distinguirlas en epígrafes separados.

9.1. Incapacidad temporal

La maternidad natural no genera por lo general complicaciones patológicas³²⁸ que se prolonguen más allá del descanso obligatorio puerperal, o en su caso también del voluntario. Sin embargo, es posible que ello suceda (v.g., depresión post-parto³²⁹, cesárea...), con lo cual estaremos ante el nacimiento de contingencia diferente, impregnada de elementos patológicos relacionados con la salud de la madre, que anulen o disminuyan su capacidad para el trabajo: la incapacidad temporal. Su inicio viene marcado por la extinción del periodo de descanso, en el que la alteración de la salud quedaba subsumida. A partir de este momento, la posible incapacidad temporal

³²⁷ AS 1996, 277.

³²⁸ La situación es muy diferente en las zonas geográficas en vías de desarrollo: v.g., en el África subsahariana cada día mueren 500 mujeres en el parto, según explicó la profesora Caterina Okoje, de Nigeria, en el *Congreso Internacional sobre Mujer, Salud y Trabajo*, celebrado en el mes de abril de 1996 en Barcelona.

³²⁹ STSJ de Cataluña, de 11 de abril de 1994 (AS 1994, 1456).

para el trabajo cobra relevancia, al constituir por sí misma una situación cubierta bajo la acción protectora del sistema de la Seguridad social.

Es decir, la concurrencia de los elementos caracterizadores de la incapacidad temporal, junto al agotamiento del periodo de descanso puerperal, provoca el nacimiento de la contingencia de incapacidad temporal, pues hasta dicho momento la contingencia continúa siendo la de maternidad, por más que concurren circunstancias patológicas que desvirtúen la naturaleza propia del descanso (la atención del recién nacido). Así se desprende de la Resolución de la DGOJECSS, de 2 de septiembre de 1991³³⁰, cuya instrucción segunda dispone: “durante el descanso por maternidad no procederá el reconocimiento de cualquier otra situación de incapacidad laboral transitoria. Agotado dicho periodo de descanso, si la beneficiaria necesitase asistencia sanitaria y se encontrase impedida para el trabajo, se iniciará la nueva situación de incapacidad laboral transitoria que corresponda.”

La STSJ de Baleares, de 24 de abril de 1990³³¹, adopta una postura similar: “queda absolutamente claro que el periodo de descanso obligatorio o de parto no tiene por sí mismo valor ni para modificar o extinguir las causas de la situación anterior ni la posterior, sino que es una situación sui generis que se superpone a aquéllas y produce un efecto propio dentro del periodo en cuestión, y que una vez transcurrido dicho periodo recobran aquéllas su vigencia o producen efecto las que hayan surgido en el citado periodo”³³², pues la situación de maternidad “se mantiene invariable aunque coincida con alguna enfermedad o situación incapacitante”.

La situación de incapacidad temporal, por otra parte, puede ser también anterior al parto³³³ y por tanto concurrente con el descanso voluntario pre-natal. También en este terreno se plantean cuestiones que admiten diversas soluciones y que derivan del posible solapamiento entre ambas contingencias.

En cualquiera de las dos circunstancias, se trata de contingencias distintas, que deberían actuar de forma autónoma y, por tanto, no solaparse entre sí. Esta solución, proveniente de la vieja regulación conjunta de la maternidad y la incapacidad laboral, no es, no lo era entonces ni tampoco lo es hoy, una opción basada en la propia naturaleza de la situación que se regula, sino un mecanismo cuya única pretensión es la coordinación de las dos contingencias. No puede justificarse su vigencia como simple vestigio de una legislación renovada. Se impone, por el contrario, otra que no desvirtúe el espíritu del permiso, que, como indicaba la Exposición de Motivos de la Ley 3/1989, es tanto preservar la salud de la madre como facilitar el primer contacto del bebé con sus padres. Resulta muy difícil creer que, en determinadas situaciones incapacitantes

³³⁰ Recogida en el Oficio-Circular núm. 6/1991, de 11 de septiembre.

³³¹ AS 1990, 2578. F.D. 1º.

³³² También la STSJ de Murcia, de 21 de junio de 1994 (AS 1994, 2660): “el alumbramiento de un hijo no es causa de extinción de una situación previa de ILT”.

³³³ V.g., “lumbalgia gravídica” (STSJ de Cataluña, de 1 de octubre de 1993, AS 1993, 4509).

para el trabajo, cuya entidad provoque también trastornos en la vida cotidiana de la afectada, y, por tanto, dificulten o impidan la relación materno-filial, esa finalidad pueda verse cumplida. En consecuencia, la vigente regulación de las relaciones entre incapacidad temporal (por no mencionar las dudas que suscita el hecho de que ésta se refiera a una contingencia hoy inexistente, que genera confusión en torno a la articulación de las dos situaciones a las que se refiere) está demandando una reforma que se integre dentro de la más amplia reestructuración de la prestación, comenzando por la necesaria creación de un reglamento propio.

Volviendo al examen de la *lege data*, las próximas líneas tratarán de dar solución a las cuestiones anteriormente planteadas, a partir del siguiente esquema:

1. *Incapacidad posterior al parto*. Las interrelaciones entre ambas contingencias están previstas y reguladas en el art. 12.3 OM 1967, así como en la Resolución de 2 de septiembre de 1991, de la DGOJECSS. Dispone el art. 12.3 que

“agotado el periodo de descanso obligatorio posterior al parto, si la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria y se encontrase incapacitada para el trabajo, se le considerará en situación de incapacidad laboral transitoria debida a enfermedad común³³⁴, iniciándose a partir de este momento, sin solución de continuidad el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación, con absoluta independencia de los periodos de descanso por maternidad”.

El problema que se deduce del contenido de este precepto, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 42/1994, que desdobra la contingencia de incapacidad laboral transitoria en dos prestaciones diferenciadas, está relacionado con el momento de conexión de una y otra situación. La cuestión es la siguiente: ¿debe seguir aplicándose el art. 12.3 OM 1967 y por tanto conectar sin solución de continuidad ambas prestaciones, o, por el contrario, hay que entender que, al tratarse de dos contingencias diferenciadas, dicho inciso -previsto para unir dos situaciones dentro de una misma contingencia- resulta inaplicable y, por consiguiente, ha de regir la norma general según la cual sea la situación que sea la precedente, el plazo de espera es preceptivo? Existen argumentos tanto a favor como en contra de ambas tesis:

- Avala la primera el hecho de que ya con anterioridad a la reforma de 1994 se distinguía nítidamente entre ambas situaciones, pues incluso el contenido de la prestación seguía reglas propias (entre otras, la cuantía y el momento de nacimiento de la prestación), a lo que debe añadirse que se indica expresamente

³³⁴ La dicción del art. 3.6 del Convenio núm. 103 de la OIT induce a atribuirle otra naturaleza a dicho periodo “adicional”, por cuanto dispone que “en caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del parto, la mujer tendrá derecho a una prolongación del descanso puerperal, cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente.” Por tanto, el texto insta a una “prórroga” del permiso puerperal, pero no a su “conversión” en incapacidad temporal.

que el cómputo de la duración del subsidio por incapacidad temporal no se verá afectado por la duración del periodo de descanso por maternidad, separando claramente las dos contingencias. Por consiguiente, si existiendo la distinción se estableció la regla de referencia, ¿por qué no entenderla aplicable ahora?

- En contra -y por tanto a favor de la segunda tesis- puede argumentarse que el paso de una situación a otra es sustancial, pues lo que con anterioridad era una de las posibles situaciones que daban lugar a la prestación es ahora una contingencia específica regida por normas propias, siéndole aplicable la norma de desarrollo sólo en aquello en lo que no sea incompatible con la nueva contingencia. Ahora bien, ¿resulta esta regla incompatible con el nuevo Capítulo IV bis y en consecuencia debe entenderse derogada? En cualquier caso, se trata de una cuestión que debería ser clarificada en el oportuno reglamento de desarrollo. Teniendo en cuenta que la propia norma habla de “nueva contingencia”, debe concluirse que no hay razón para entenderla derogada cuando constituye excepción a la regla general según la cual ha de respetarse un plazo de espera para acceder al subsidio por incapacidad temporal, con mayor razón si cabe por el propio carácter beneficioso de la norma.

Partiendo de tal premisa, de la que son defensores ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA³³⁵ y BLASCO LAHOZ³³⁶, la articulación de ambas contingencias en la práctica va a funcionar de la siguiente manera: agotado el periodo de descanso por maternidad, la trabajadora continúa necesitando asistencia sanitaria y está incapacitada temporalmente para el trabajo en tanto no existe curación clínica de las complicaciones patológicas derivadas del parto o bien concurrentes con él (pues cabe que la alteración de la salud sea totalmente ajena a la maternidad, a la que se ha superpuesto o ha sucedido en un momento anterior a la finalización del periodo de descanso que regula el art. 48.4 ET)³³⁷. Existiendo tal conjunto de circunstancias y producido, por tanto, el hecho causante de la prestación por incapacidad temporal común, nacerá el derecho al subsidio. Si entendemos vigente el art. 12.3, el momento del nacimiento de aquél será *el día siguiente al de la extinción del de maternidad*, sin necesidad de esperar el plazo preceptivo de tres días³³⁸. En este instante tendrá lugar la traslación de atribuciones en materia de gestión del subsidio hacia el empresario, que se hará cargo del pago directo de los días cuarto al decimoquinto y del pago delegado a partir de

³³⁵ *Instituciones de Seguridad Social*. Civitas, Ed. 1992, pág. 255.

³³⁶ *Curso de Seguridad Social*. Tirant lo blanch, 1994, pág. 258.

³³⁷ Instrucción tercera de la Resolución de 2 de septiembre de 1991: “estas reglas se aplicarán con independencia de que los procesos de ilt antes referidos sean o no consecuencia del embarazo.”

³³⁸ Si, por el contrario, entendemos derogado el art. 12.3 OM 1967, los tres primeros días de esta segunda baja quedarían sin cobertura, por inaplicación de la regla de “cobertura sin solución de continuidad”. No existiría, pues, interconexión ninguna entre ambas prestaciones, que quedarían separadas por este “impass”, como si de cualquier otra prestación se tratase.

vigesimoprimer día. La naturaleza *común* de la incapacidad lleva aparejada una serie de consecuencias en lo que se refiere a la cuantía del subsidio: a partir de este momento la cuantía de la prestación pasa a ser del 60% de la base reguladora hasta que, llegado el decimosexto día de esta segunda baja, se incrementa hasta el 75%.

En cuanto a la *duración* del subsidio, como expresamente indica el art. 12.3, el cómputo funcionará de manera independiente, no afectándole el tiempo ya disfrutado por maternidad (instrucción primera de la Resolución de 2 de septiembre de 1991).

Por último, debe efectuarse el planteamiento de una situación regulada por la Circular núm. 20/1989, de 22 de septiembre, del INSS, por la que se dictan criterios de actuación administrativa e instrucciones *provisionales*³³⁹ para el trámite de la prestación económica, en desarrollo de la Ley 3/1989. Se trata de la situación en la que, existiendo un derecho al descanso compartido entre los progenitores, *uno de los dos cae enfermo, iniciando, por tanto, un proceso de incapacidad temporal por causa común*. El supuesto puede verse desde una doble perspectiva, dependiendo el cuál de los dos sea el afectado por la nueva contingencia:

1. *Estando el padre en el disfrute del periodo de descanso, la madre cae enferma*, por causa derivada del parto o por causa ajena a éste. Entiende la Dirección General del INSS que en tal caso se mantendría el disfrute del derecho al descanso por parte del padre hasta su agotamiento, mientras que la madre iniciaría un proceso de incapacidad temporal por enfermedad común³⁴⁰. En este caso, no serían de aplicación las normas sobre conexión de situaciones o contingencias, anteriormente examinadas, porque la madre había agotado ya su derecho, habiéndose reincorporado a su puesto de trabajo. Ya que, aunque la "recaída" se deba a secuelas derivadas del parto, se manifiestan con posterioridad, cuando la ejecución del contrato de trabajo se había reanudado.
2. Si, por el contrario, *es el padre el que resulta aquejado por enfermedad común durante el disfrute del permiso*, dispone la citada Resolución, de igual modo que se establece en el art. 12.3, que continuará en el disfrute del permiso hasta agotarlo, pasando en este momento a la situación de incapacidad temporal, iniciándose, por tanto, un nuevo proceso, en este caso de incapacidad temporal por enfermedad común. Ahora bien, en este caso no se emplea la expresión "sin solución de continuidad", sino que únicamente se

³³⁹ La vigencia de dicha circular se mantiene aún hoy, en tanto no exista reglamento de desarrollo e la prestación. Una vez más se hace patente la necesidad de que tal reglamento se dicte.

³⁴⁰ Se manifiesta en contra de esta solución GARCÍA NINET, J.I.: "Algunas cuestiones sobre la protección de la maternidad" (Editorial). TS, 1997, núm. 75, p. 6.

habla de inicio de “un nuevo proceso de ILT por enfermedad común”, con lo cual se está alterando sólo respecto del padre el régimen previsto por el art. 12.2 para la madre. Si entendemos que tal régimen continúa en vigor, debe considerarse esta norma inaplicable por discriminatoria, teniendo en cuenta que se contiene en disposición de rango inferior.

Nada se establece sobre la recuperación del ejercicio del derecho por parte de la madre, cuando el padre no se halle en condiciones de atender debidamente al hijo. La regulación vigente parece optar por el mantenimiento del derecho por parte del progenitor que estuviera haciendo uso de él, sea el padre o la madre, a pesar de que su salud no se lo permita. La solución correcta, y más acorde con la evolución de la legislación protectora de la maternidad y del niño, sería, no obstante, la contraria, que podría arbitrarse a partir del principio general de disfrute por el cónyuge sano, principio inspirado en la filosofía tutelar del niño que preside las más recientes reformas legislativas.

3. *Incapacidad temporal que precede al parto*³⁴¹. La situación se resuelve en la ya citada Resolución de 2 de septiembre de 1991, de la DGOJECSS³⁴², así como la de 9 de junio de 1992. En la primera de ellas se aclara -primera instrucción- que “los procesos de I.L.T. iniciados antes del parto y sin que la interesada hubiera optado por el descanso maternal, se mantendrán en sus propios términos hasta el momento del parto, dejando siempre a salvo la posibilidad de opción de la interesada por dicho descanso³⁴³. A partir de la fecha del parto deberá comenzar el disfrute de la situación de ILT derivada del descanso por maternidad, que se mantendrá ininterrumpidamente. Si transcurrido éste la anterior situación de ILT persistiera, se reanudará el cómputo interrumpido.” Por tanto, la situación de incapacidad temporal prevalece -salvo si la interesada opta por disfrutar de descanso voluntario

³⁴¹ Con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la Ley 42/1994, la interconexión entre ambas situaciones podía generar situaciones dudosas en cuanto al posible acceso a la prestación por maternidad, pues si bien se trataba de una de las varias situaciones que componían la contingencia protegida (incapacidad laboral transitoria), exigía requisitos diferentes de afiliación y carencia, razón por la cual debía acreditarse el cumplimiento de los mismos para el nacimiento de una *prestación que ya se venía disfrutando*, aunque en otro concepto o por otra causa, cabiendo pues, la titularidad del derecho en un caso y no en otro (v.g. por carencia insuficiente durante el año anterior al parto). Tal es el supuesto de hecho de la STSJ de Murcia, de 21 de junio de 1994 (AS 1994, 2660), en la que el Tribunal considera que la situación de tránsito de una a otra prestación debe equipararse a la paso de la de ILT a la de invalidez provisional, produciéndose, por tanto, de forma automática.

³⁴² Debe entenderse que esta Resolución deroga completamente -en lo que no se considerara ya derogado por el art. 48.4 del ET, teniendo además en cuenta su inexistente valor normativo- la Circular 5/1978, de 27 de septiembre, del extinguido Instituto Nacional de Previsión, que determinaba que las bajas por enfermedad en las semanas inmediatas al parto tienen los mismos efectos del descanso obligatorio prenatal. Vid. la Sentencia de 23 de mayo de 1991, del TSJ de Cataluña (AS 1991, 3524).

³⁴³ En palabras de DESDENTADO BONETE (op.cit., pág. 62), tales procesos, anteriores al parto y relacionados con el embarazo, “no son deducibles de los periodos de descanso”.

pre-natal³⁴⁴- a la de maternidad si es previa al parto y cede ante el descanso puerperal.

La segunda de ellas (de 9 de junio de 1992) permite prolongar la situación de incapacidad temporal más allá del parto cuando no exista derecho a prestación por maternidad y subsista la situación patológica³⁴⁵.

La afectación de la salud de la trabajadora como consecuencia de su embarazo puede guardar relación, en algunas ocasiones, con la propia naturaleza del trabajo desempeñado por aquélla. Esta incidencia, obedeciendo a causas no intrínsecamente patológicas, se sitúa en un ámbito ajeno al que configura la contingencia de incapacidad temporal, que se define por los elementos de la incapacidad para el trabajo y la necesidad de asistencia sanitaria. Ambos factores pueden no estar presentes y, sin embargo, existir una incapacidad física de la trabajadora grávida para desempeñar su trabajo habitual.

Se trata, sin embargo, no de un estado incapacitante (por razón de la concomitancia de circunstancias patológicas), sino de una mera *incompatibilidad* entre el trabajo y el estado de gravidez, relacionada directamente con la naturaleza de aquél, que, en condiciones ordinarias o habituales, no causa perjuicio alguno a la salud de la trabajadora, pero que, durante el periodo del embarazo (o la lactancia) puede ocasionar graves daños en su salud (e incluso malformaciones en el feto). En tal supuesto podría desarrollarse la situación que constituye contingencia protegida a través de la prestación por incapacidad temporal. No obstante, al situarse temporalmente en un estadio anterior a ese momento patológico, siendo precisamente el objetivo del legislador, a través de los mecanismos que arbitra la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de *Prevención de Riesgos Laborales*, evitar que tal contingencia se actualice, no puede hablarse de incapacidad temporal, tal como se define en el art. 129 LGSS.

Lo cual debe ponerse en relación con la más cualificada de las medidas que el art. 7.1 de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, *sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia*³⁴⁶, de contenido más amplio que el

³⁴⁴ Así lo entiende también el TSJ de Madrid, en su sentencia de 16 de mayo de 1990 (AS 1990, 1762), que aboga por la prevalencia de la voluntad de la beneficiaria sobre la decisión de la Inspección Médica en materia de ILT, no pudiendo quedar “desvirtuada, enervada ni menguada por lo dispuesto en el art. 14 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967”; y la STSJ de Murcia, de 21 de junio de 1994 (AS 1994, 2660). En contra, el TSJ de Galicia/La Coruña, que admite en su sentencia de 5 de enero de 1994 (AS 1994, 192) la eliminación de dicha facultad por prescripción facultativa, según los términos del art. 12.1 OM.

³⁴⁵ STSJ de Murcia, de 27 de marzo de 1996 (AS 1996, 1823).

³⁴⁶ DOCE L 248, de 28 de noviembre de 1992. Décima Directiva específica con arreglo al artículo 16.1º de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, *relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo* (DO núm. L

art. 26 de la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales*³⁴⁷, prevé en protección de la salud de la trabajadora embarazada: la dispensa del trabajo, que tendrá lugar cuando ninguna de las que componen el abanico de medidas preventivas de la salud de la trabajadora (modificación del régimen de trabajo a turnos, movilidad funcional... art. 26 de la Ley 31/1995, que condiciona la adopción de las medidas "cualificadas" o de especial intensidad en el grado de protección -modificación de las condiciones de trabajo- a la aportación de certificado médico del facultativo de la Seguridad Social que atienda a la trabajadora, del que se desprenda la necesidad de apartar a la trabajadora de la exposición al riesgo detectado³⁴⁸) garantice la compatibilidad entre la actividad laboral y el óptimo desarrollo del proceso de gestación. Se trata, en realidad, de una suspensión del contrato de trabajo, aunque la ausencia de mayor previsión en torno a su carácter retribuido despoja a tan singular medida de una sólida conceptualización jurídica que permita definirla como tal³⁴⁹.

183, de 29 de junio de 1989), cuyo art. 15 dispone que los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán estar protegidas contra los peligros que les afecten de manera específica, entre los que se entiende comprendida la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia.

³⁴⁷ PURCALLA BONILLA, M.A. (*Heterotutela y autotutela de la Seguridad e higiene en el trabajo. Un estudio sobre la deuda de seguridad del empresario. Tesis doctoral*. Tarragona, abril 1997 (ejemplar mecanografiado), p. 402) califica la actuación del legislador español de "sospechosa y un tanto incongruente omisión de la LPRL, que pone en duda el pleno rigor técnico de la adecuación y suficiencia del art. 26 LPRL".

³⁴⁸ Certificado que en modo alguno debe confundirse con la baja médica por incapacidad temporal. En otras palabras, la intervención de los servicios sanitarios de la Seguridad Social no necesariamente se relaciona con incapacidades temporales para el trabajo, pudiéndose relacionar con medidas simplemente preventivas, en razón de una incompatibilidad detectada entre el estado biológico de la mujer y la actividad laboral que desarrolla.

³⁴⁹ La dispensa del trabajo podría reconducirse al ámbito del art. 30 ET, sobre imposibilidad de la prestación, en virtud del cual, cuando al empresario le resultara imposible la asignación de la trabajadora a puesto adecuado, ésta conservaría el derecho a su remuneración, aun cuando no existiera prestación de servicios. La aplicación del referido precepto sí está prevista expresamente en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales para un supuesto específico: la paralización de trabajos por orden de la autoridad laboral, estableciendo el art. 44.2 del referido Texto legal que el trabajador conservará el derecho al salario o las indemnizaciones que procedan, cuando no exista otro trabajo al que pueda ser destinado mientras dure la paralización si ésta no es total (sobre la totalidad de actividades de la empresa), ya que la imposibilidad es debida a la organización de la empresa (SEMPERE NAVARRO et al.: *Derecho de la Seguridad y salud en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1996, p. 198). Sobre la dispensa del trabajo por motivos técnicos u objetivos derivados de la organización empresarial, vid. R.I. SANTOS FERNÁNDEZ: "La protección de la trabajadora embarazada en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales", Comunicación al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, págs. 25-26. Para un supuesto similar, si bien derivado de enfermedad profesional manifestada o susceptible de manifestarse en recaída, sí está prevista, desde el año 1961, una solución expresa que apunta hacia la conservación del salario durante un periodo cierto (arts 25.4 del Decreto 792/1961, de 13 de abril, sobre aseguramiento de las enfermedades profesionales y 45 de la O.M. de 9 de mayo de 1962).

El Derecho belga configura como causa de suspensión del contrato, por razón de prevención de riesgos laborales, la dispensa del trabajo con ocasión de la existencia de riesgo para el proceso

En cualquier caso, haya o no derecho al salario, su carácter preventivo la sitúa en un estadio anterior al desarrollo de una incapacidad física para el trabajo necesitada de asistencia médica. De lo cual se infiere que no encaja en el concepto de incapacidad temporal y que, de no preverse expresamente el derecho a conservar el salario durante el periodo de incompatibilidad que impone la dispensa del trabajo, debiera configurar una nueva situación cualificada dentro de la contingencia de incapacidad temporal. Por tanto próxima a los periodos de observación por enfermedad profesional, en los que tampoco existe una incapacidad para el trabajo (de ahí que la ley los asimile a la incapacidad temporal, poniendo buen cuidado en señalar que no constituyen en sentido estricto una incapacidad para el trabajo, pues en tal caso serían reconducibles a la regla general o supuesto ordinario), sino una finalidad cercana a la prevención.

El aislamiento del medio de trabajo que puedan imponer los facultativos competentes al trabajador determinará si efectivamente existe una incapacidad física. De igual modo, el apartamiento de la trabajadora grávida de su puesto de trabajo (cuando no exista otro adecuado) demostrará que, a menos que ya haya experimentado algún perjuicio su salud, no precisará de asistencia sanitaria ni habrá de dejar de desarrollar cualquier otra actividad que no sea la que ha determinado tal dispensa temporal. En definitiva, que no existe una situación de incapacidad temporal (como el propio art. 12.3 de la Orden sobre ILT establecía, respecto a los periodos de incapacidad posteriores al parto, "agotado el periodo de descanso obligatorio posterior al parto, si la beneficiaria continuase *necesitando asistencia sanitaria y se encontrase incapacitada para el trabajo*, se le considerará en situación de incapacidad laboral transitoria debida a enfermedad común...").

Sin perjuicio de su verdadera esencia jurídica desde la LGSS, parece reconducirse en la práctica a la contingencia de incapacidad temporal, haciendo abstracción de la situación incapacitante y optando por la capacidad decisoria de los servicios médicos de la Seguridad Social (GARCÍA NINET³⁵⁰). Así lo ha entendido alguna resolución judicial, proveniente del Tribunal Constitucional, si bien anterior a la Ley 31/1995 (STC 166/1988, de 26 de septiembre, F.J. 4^o ³⁵¹).

Por tanto, la relación *dentro-afuera* que caracteriza al aspecto preventivo (en tanto aspecto interno al trabajo que influye negativamente en la salud de la trabajadora) es desplazada por el binomio *fuera-hacia-dentro* propia de la incapacidad temporal (en cuanto circunstancia externa al trabajo que incide en él). Ello por cuanto la

de gestación, determinando que, cuando por tales motivos se prescriba un cambio de puesto de trabajo que no sea posible ni técnica ni objetivamente o no pueda exigirse por motivos justificados, deberá adoptarse como última medida la suspensión del contrato (art. 42 loi sur le travail).

³⁵⁰ GARCÍA NINET, J.I.: "En torno a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (VI y final). Protección de la maternidad (art. 26)". *Tribuna Social*, núm. 68/69, 1996, p. 7.

³⁵¹ BOE de 14 de octubre de 1988. Ponente: D. Carlos de la Vega Benayas.

incidencia del trabajo sobre la salud de la trabajadora a su vez puede situar a ésta en una posición incompatible con el trabajo y por tanto, reconducible, como remedio alternativo a la dispensa de trabajo (no expresamente prevista), a la contingencia de incapacidad temporal, trasladando el coste de ese periodo "de incompatibilidad laboral" desde el empresario al sistema de la Seguridad social³⁵².

9.2. Desempleo

Como ya se ha observado al examinar los requisitos de acceso a la prestación, concretamente en el epígrafe relacionado con el requisito de alta o situación asimilada, cabe lucrar subsidio por maternidad, en virtud de los arts. 125 y 222 LGSS y 4 de la OM 1967, desde la situación de desempleo involuntario total y subsidiado, en su nivel contributivo, quedando excluido de protección el nivel asistencial de la prestación.

Por otra parte, también el disfrute de la prestación por maternidad constituye situación asimilada al alta para el acceso a la de desempleo, cuando durante la vigencia de tal circunstancia se extinga el contrato "por alguna de las causas previstas en el apartado 1º del art. 208", según cabe deducir de los arts. 222.1 LGSS y 17 del RD 625/1985, de 2 de abril.

Dispone el art. 207 LGSS que "para tener derecho a las prestaciones por desempleo... las personas protegidas por la contingencia de desempleo deberán estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta", además de reunir el resto de los requisitos enumerados en el mismo precepto.

Por otra parte, el art. 2 del R.D. 625/1985, de 2 de abril, considera situación asimilada al alta a efectos de las prestaciones por desempleo la derogada situación de invalidez provisional, pero no la de incapacidad temporal o maternidad. La razón de ello es que dicha situación no es de asimilación al alta³⁵³, sino de alta *real*, pues la

³⁵² Dicha solución permite dar respuesta a la situación en la que puede hallarse una trabajadora por cuenta propia cuya actividad profesional sea incompatible con su estado biológico y, por tanto, la obligue no ya a "modificar sus condiciones de trabajo", medida que, sin perjuicio de que no provenga de la aplicación de la Ley 31/1995 (pues el art. 3 de la misma la excluye de su ámbito de aplicación, salvo en casos de descentralización productiva), posiblemente le resultará imposible de adoptar (pues resulta harto improbable que, empleando a trabajadores por cuenta ajena, pase a ocupar temporalmente las funciones de uno de tales trabajadores, exentas de riesgos), sino a suspender su trabajo, con pérdida de ganancia.

³⁵³ Según la STSJ de Andalucía/Granada de 11 de julio de 1994 (A. S. 1994, 2925), así como la del TSJ de Cataluña de 26 de marzo de 1994 (AS 1994, 1298), ni en el art. 2 c) del R.J. 625/1985, ni en el art. 95 de la Ley General de Seguridad Social de 1974 se otorga expresamente a la ILT (y, por tanto, la maternidad) el carácter de situación asimilada al alta, pero debe considerarse "asimilado al alta a los solos efectos de los arts. 2.1 y 3.5 del Real Decreto 625/1985". Y, por tanto, a efectos de cálculo de los periodos de ocupación cotizada -para determinar la duración de la prestación por desempleo-, debe efectuarse retroacción por el tiempo de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, después de extinguirse la relación laboral: los periodos en

relación laboral durante la cual ha acaecido el hecho causante se halla -en virtud de los arts. 45 1 e) y 48 ET- suspendida y no extinguida (criterio insuficiente si no va acompañado del mantenimiento de la obligación de cotizar, pues la hoy desaparecida invalidez provisional tampoco extinguía el contrato pero sí constituía situación asimilada, debido a la falta de la obligación de cotizar), y porque el art. 106.4 de la LGSS establece que “la obligación de cotizar continuará en la situación de maternidad”

Y, por tanto, según establece el número 3 del art. 124 de la LGSS, “las cuotas correspondientes a la situación de incapacidad temporal (y maternidad) serán computables a efectos de los distintos periodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones”. Es decir, que serán computables a efectos de carencia para el acceso a las prestaciones por desempleo.

En consecuencia, concurriendo los demás requisitos exigidos por el art. 207 LGSS, podrá conectarse la prestación por maternidad o paternidad, adopción o acogimiento con la de desempleo.

En cuanto al modo de articularse la interconexión entre una y otra prestación, el interés se centra en tres cuestiones: 1ª, articulación en el tiempo de ambas situaciones, 2ª cuantía correspondiente a la prestación en cada una de ellas y 3ª gestión de ambas prestaciones, teniendo en cuenta que sus cuantías van a quedar solapadas:

- *Articulación en el tiempo de ambos supuestos.* el correcto examen de este tema exige distinguir dos situaciones: el paso de la situación de maternidad a la de desempleo y la situación inversa, el de la percepción de la prestación por desempleo a la de maternidad:
 - 1) *Durante el disfrute del periodo de descanso previsto en el art. 45.1 d) ET, se produce la extinción del contrato.* En tal caso, la beneficiaria, o el beneficiario, si se trata del padre, continuará percibiendo el subsidio hasta agotarlo (considerándose cotizado ese tiempo por la base mínima de cotización establecida para trabajadores mayores de 18 años, art. 140), pasando después -si así procede- a percibir el de desempleo³⁵⁴. La posibilidad de que el padre suceda

los que no hubo obligación de cotizar por tratarse de una situación de incapacidad temporal con extinción del contrato, deben computarse, a efectos de determinar los días de carencia para lucrar desempleo.

³⁵⁴ ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA (op.cit, pág. 215) entienden que, puesto que no existe ya relación laboral cuyas rentas se sustituyen por la prestación de maternidad, desaparece también “la ratio de la prestación” y que, “por tanto, el mantenimiento de la i.t o la maternidad tan sólo estaría justificado, si el trabajador tuviera derecho al desempleo (en caso contrario se extinguiría) y se descontará del tiempo de prestación que se acredite.” Postulan, pues, que en lugar de esperar hasta el agotamiento de la prestación de maternidad para conectarla con la de desempleo, se acceda directamente a ésta, con lo cual la duración total de la cobertura quedaría reducida.

a la madre en el ejercicio del derecho, en caso de maternidad natural, supone que ambos se hallan vinculados por una relación laboral en vigor. Sin embargo, si hallándose ya en el disfrute del derecho el padre, tiene lugar la extinción de su contrato de trabajo, no cabe duda de que mantendrá el derecho a la prestación, ya adquirido. Ahora bien, la anterior respuesta no despeja las dudas que se suscitan en torno a la posible accesión al subsidio desde la situación de desempleo cuando ya se ha extinguido el contrato, a pesar de que la opción realizada por la madre en favor del padre se hubiese efectuado con anterioridad a tal evento.

En tales circunstancias, debe hacerse estricta aplicación de la lógica y concluir que no cabrá el acceso a la prestación, por la siguiente razón: para que sea posible la distribución del periodo total de descanso, es necesario que ambos progenitores trabajen, eventualidad que no concurre en este caso y que, por tanto, excluye el acceso al subsidio por parte del padre. A ello no obsta el hecho de que sea posible beneficiarse de la prestación, desde la situación de desempleo.

En cuanto al posible acceso a la prestación cuando se trata de una adopción, al tratarse de un derecho indistintamente reconocido en favor de uno de ellos, puesto que el art. 222 LGSS no efectúa distinción alguna, sí cabe el acceso a la prestación desde la situación de desempleo (pues las obligaciones naturales hacia el bebé le impiden estar en condiciones de aceptar un empleo y, por tanto, le apartan temporalmente del mercado de trabajo), aun cuando ninguno de los dos adoptantes trabaje. Lo cual significa que, como ya se puso de manifiesto en el lugar correspondiente³⁵⁵, el padre adoptivo recibe un tratamiento más beneficioso que el biológico.

- 2) *La baja por maternidad se causa durante la situación legal de desempleo.* En este supuesto, será el INEM -por delegación- quien le abone la prestación, en la cuantía que corresponda a maternidad (el nuevo art. 222.2 LGSS, modificado por el art. 47 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de *Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, dice que la beneficiaria "percibirá la prestación por maternidad en la cuantía que corresponda")³⁵⁶.

Fundamentan dicha tesis, *de lege ferenda*, en la necesidad de "ser consecuente con los elementos conceptuales y suprimir las invitaciones al fraude" y de solventar "el problema de quién cotiza durante la i.t. una vez extinto el contrato, que de forma poco convincente resolvieron STSud 18-IX y 27-XI-1991 (...) y 27-I-1992 al fundamentar la 'no cotización' en el 'silencio legal existente'".

³⁵⁵ Vid. Título II, capítulo 3.

³⁵⁶ Con anterioridad, dicho precepto establecía que el beneficiario tenía derecho a percibir la cuantía mayor de las dos en concepto de subsidio por maternidad (es decir, la desempleo si fuera mayor a la de maternidad o la de maternidad de serlo ésta). Esta nueva redacción responde a la nueva configuración del subsidio, del que se percibe no ya el 75%, como preveía antes de la reforma operada por la Ley 42/1994, sino el 100%. Resulta claro que la cuantía mayor es, por regla general

Se iniciará, pues, el cómputo del periodo de descanso, mientras sigue transcurriendo la duración de la prestación por desempleo, es decir, no queda suspendida, por expresa disposición del segundo párrafo del art. 222. 2 LGSS (“el periodo de percepción de la prestación por desempleo no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de *maternidad*”). Cabe distinguir varias hipótesis:

- 1°. Si, consumida parte de la duración total de la prestación por desempleo, sobreviene la maternidad, el periodo de descanso podrá agotar la prestación del nivel contributivo (si la parte que quedaba es equivalente al periodo de descanso).
- 2°. Percibida parte de la prestación, sobreviene la situación de maternidad, que *se extiende por espacio superior al del tiempo que queda para agotar la prestación contributiva*. En tal caso, puesto que, en virtud del art. 222.2 LGSS, la duración de la prestación por desempleo no queda ampliada por el hecho de que sobrevenga la contingencia de maternidad, el beneficiario permanecerá en dicha situación por el tiempo que reste hasta finalizar el periodo de descanso, y la entidad gestora continuará siendo la misma (INEM), aunque desaparecerá la obligación de cotizar (que ahora carece de base legal). Agotada la duración de la prestación por maternidad, el trabajador pasaría a disfrutar, de cumplir los requisitos legalmente exigidos, el subsidio asistencial por desempleo. No obstante, éste no operaría sin solución de continuidad, sino que habría de transcurrir el mes de espera -a partir del día siguiente al de la finalización del descanso- que establece el art. 215.1.1

(a menos que el promedio de horas extraordinarias sea muy elevado y, por lo tanto, también lo sea la base reguladora, teniendo en cuenta, en cualquier caso, que la Ley 66/1997, de medidas administrativas, fiscales y del orden social, ha modificado el art. 211.1 LGSS, excluyendo el cómputo de las horas extraordinarias a la hora de calcular la base reguladora de la prestación por desempleo), la correspondiente a la prestación por maternidad, dada la elevación experimentada por mor de la Ley 42/1994. Con la nueva reforma, se evitan problemas de coordinación entre ambas prestaciones, así como el pago por el INEM de las diferencias resultantes de sus cuantías. El anteproyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social para 1996 preveía la modificación del art. 222.2 LGSS, con el objeto de eliminar la posibilidad de opción por la cuantía más favorable, disponiéndose que los beneficiarios de la prestación por desempleo que pasaran a la situación de incapacidad temporal o maternidad percibirían por cualquiera de tales contingencias la misma cuantía que correspondería a la de desempleo, aunque aquellas otras fueran superiores. El texto, sometido a la consideración del Consejo Económico y Social (Dictamen 6, 1995, "Sobre el anteproyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y de orden social"), fue duramente criticado por dicho organismo, por entender que contenía una penalización al fraude en las prestaciones por incapacidad temporal que en modo alguno debía ser extensible a las prestaciones por maternidad, con mayor razón habida cuenta de la reciente reforma a la que éstas habían sido sometidas, de signo extensivo y no restrictivo, como la medida propuesta, y en consideración a la finalidad a la que sirve la maternidad. En definitiva, resultaba cuanto menos incoherente ampliar la cuantía de la prestación al cien por cien de la base reguladora para más tarde, y por la vía de la conexión con prestación diferente -la de desempleo-, reducirla al amparo del nuevo art. 222.2 LGSS.

LGSS, comenzando entonces el cómputo y disfrute de dicho subsidio, salvo que se trate de uno de los casos especiales que el propio art. 215 exceptúa (subsidijs especiales *para parados de larga duración, contributivo y de prejubilación*).

3º. Si, por el contrario, *la duración del periodo de descanso es menor que la de la prestación por desempleo* (lo cual puede ocurrir cuando el trabajador opte por disfrutar de un periodo inferior de descanso voluntario, o cuando sea el padre quien disfrute del descanso en caso de fallecimiento de la madre en el parto), al finalizar el periodo de descanso, el beneficiario continuaría en el disfrute de la prestación por desempleo, que, en cualquier caso, no ha quedado interrumpida (sino "reemplazada"). Es decir, no se reanuda el cómputo del periodo de percepción fijado por el art. 210 LGSS, pues el plazo ha seguido "corriendo", pero sí se "recupera" el concepto en el que se percibe la prestación, que vuelve a ser el de desempleo.

- *Cuantía de la prestación en cada una de las situaciones.*

El art. 222.2 LGSS establece que el beneficiario de la prestación por desempleo que inicie una situación de maternidad *percibirá* (luego no es una opción, sino un mandato legal) la correspondiente a la prestación de maternidad.

La referencia se entiende hecha a la "cuantía", pero no al concepto en el que ésta se perciba, que permanecerá inalterado, siendo aquel que da origen a la situación, es decir, la maternidad, con independencia de que se lleve a cabo el cómputo simultáneo de la duración de ambas prestaciones. Otro tanto sucede en lo que se refiere a la entidad gestora, que será en todo caso el Instituto Nacional de Empleo, quien estará a cargo tanto de la cotización como de la gestión de la prestación.

En cuanto al cálculo de la cuantía de la prestación, puesto que el precepto alude a "cuantía" y no a "porcentaje", es susceptible de la siguiente interpretación: la prestación por maternidad se calcula a partir de unas reglas (art. 13.1 del D. 1646/1972) que deberán aplicarse en este caso (aunque la situación de origen no sea de activo), ya que el subsidio que se devenga es precisamente el de maternidad. Y si éstas establecen que la base reguladora se determina conforme a los salarios percibidos por el beneficiario durante el último mes, o, lo que es lo mismo, sobre la base de cotización del mes anterior al del hecho causante, como dicha base es la correspondiente a la situación de desempleo, que, en virtud del art. 70 del RD 2064/1995, se obtiene de promediar las bases de cotización por contingencias comunes de los últimos seis meses en activo, tal será también la base reguladora de la prestación por maternidad. De procederse de otro modo, no se estaría garantizando la sustitución de rentas que persigue el subsidio de referencia, pues se estarían considerando unas rentas que no son las inmediatamente anteriores al momento del hecho causante, sino las de un mes (el último mes de trabajo) aislado y sin relación directa con la nueva situación acontecida, que bien pudiera estar alejado en el tiempo

hasta más de veinte meses (pues la duración de la prestación contributiva por desempleo tiene una duración máxima de 720 días).

Entiende el TSJ de Andalucía, en su sentencia de 11 de enero de 1996³⁵⁷, que en tal supuesto no opera el tope máximo para fijar la cuantía de la prestación por desempleo. A partir de la reforma del art. 222.2 LGSS, dicha resolución podría reinterpretarse, entendiéndose que no existe tope máximo para la fijación de la cuantía de la prestación por maternidad durante el periodo en el que ésta sustituye a la prestación por desempleo.

La situación de desempleo puede concurrir con parto múltiple. En tal caso, admitiendo la vigencia de la norma que le sirve de base, nacerá también el derecho al subsidio por parto múltiple, aunque éste tenga, como declara la STSJ de Cataluña, de 8 de enero de 1997³⁵⁸, naturaleza de indemnización. Sin embargo, entiende la referida sentencia que, a pesar de ser procedente su reconocimiento, no lo es en el marco del art. 222.2 LGSS, lo cual significa que la entidad gestora del mismo no es el INEM, que sólo resulta responsable de "los periodos coincidentes de incapacidad temporal y desempleo", sino el INSS.

- *Gestión de las prestaciones.*

Según dispone el art. 57.1 a) y Disposición Adicional Undécima ter LGSS, la gestión de las prestaciones por maternidad, adopción o acogimiento corresponde en exclusiva al I.N.S.S.

Por otra parte, las prestaciones por desempleo, en virtud de los arts. 226 y 228 del mismo texto, son gestionadas por el Instituto Nacional de Empleo, competente para declarar el reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de las prestaciones y para efectuar su abono (o en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, el Instituto Social de la Marina), no procediendo el pago delegado por la empresa cuando se trate de un supuesto de suspensión del contrato, por mandato expreso de la D.A. Undécima ter de la LGSS.

Ahora bien, cuando estemos ante una de las situaciones cuyo examen acaba de realizarse, será necesario articular las relaciones que surgirán entre ambas entidades gestoras por el juego de las alternancias entre prestaciones:

A) Durante el disfrute del descanso por maternidad, sobreviene situación de desempleo:

Mientras subsista la situación de maternidad, la entidad gestora, el INSS, llevará a cabo el pago de la prestación.

³⁵⁷ AS 1996, 191.

³⁵⁸ AS 1997, 349.

B) Durante el disfrute de la prestación por desempleo involuntario total sobreviene la situación de maternidad:

Tanto si se trata de un supuesto de suspensión como de un caso de extinción del contrato, la prestación por maternidad será reconocida y abonada por el INSS, en virtud del art. 17.1 del R.D. 625/1985, de 2 de abril, si bien su abono se efectuará por delegación por el INEM³⁵⁹ (D.A. 6ª RD 1300/1995).

10. Complementos de la prestación a cargo de la empresa

La suspensión del contrato de trabajo supone la exoneración del empresario del cumplimiento de su obligación salarial. Sin embargo, puede significar al tiempo el nacimiento de otra obligación consistente en el mantenimiento de ciertas retribuciones, a pesar de la interrupción de la obligación que les sirve de base, a partir de un compromiso previo instrumentado a través de un convenio colectivo (por tanto, bajo el instituto de la mejora voluntaria colectiva) o bajo la figura de la condición más beneficiosa (siempre que conste el propósito de futuro del empresario y el acuerdo de voluntades de las partes³⁶⁰).

La mejora de la prestación, sobre cuyo carácter no resulta necesario añadir, en esta sede, nada más a lo que ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁶¹ (y la doctrina científica³⁶²) se han encargado de delimitar, habitualmente se identifica con el

³⁵⁹ Recuperando lo abonado descontándolo de las cotizaciones a aportar a la Seguridad Social (STSJ de Andalucía, de 11 de enero de 1996, AS 1996, 191).

³⁶⁰ "Pues ni es suficiente con que el beneficio se disfrute reiteradamente en el tiempo, ni tampoco es precisa esa nota de duración o permanencia para que exista la obligación. Lo esencial estriba en determinar si ha habido un acto de voluntad empresarial de obligarse para el futuro." STSJ del País Vasco, de 31 de diciembre de 1996 (AS 1996, 4775). En el mismo sentido, SSTS de 21 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1216), 25 de enero y 31 de mayo de 1995 (RJ 1995, 410 y 4012), entre otras.

³⁶¹ Cfr. SSTS de 21 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1215): "el complemento... reclamado en este proceso -al igual que otros complementos (...) tiene carácter de prestación de la Seguridad Social, en concepto de mejora voluntaria", STS de 12 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8687), de 28 de junio de 1996 (RJ 1996, 5398), todas ellas sobre mejoras de la pensión de jubilación. Asimismo, SSTSJ de Madrid, de 3 de marzo de 1994 (AS 1994, 1133), de Asturias, de 28 de junio de 1996 (AS 1996, 1701), de Andalucía, de 16 de enero de 1996 (AS 1996, 193), y de Extremadura, de 3 de abril de 1997 (AS 1997, 1675), sobre complemento de la prestación de incapacidad temporal. Todas ellas reiteran el carácter de prestación de la Seguridad Social que adquieren los complementos empresariales en cuanto son efectivamente implantados y, por tanto, incorporados al campo de la acción protectora de la Seguridad Social, tal como dispuso el art. 2 de la Orden de 28 de diciembre de 1966, reguladora de las mejoras voluntarias.

³⁶² Vid. MARTÍN VALVERDE, A.: "Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social", Sevilla (Inst. García Oviedo), 1970; BORRAJO DACRUZ, E.: "Criterios judiciales sobre la revisión de los complementos, a cargo de la empresa, del subsidio de Incapacidad Laboral Transitoria", en *Actualidad Laboral*, núm. 40, 1986, ps. 2050 y ss.; VALERA DE LA ESCALERA, S.: "Las mejoras voluntarias en el sistema de la Seguridad Social", DL, 1989; ALONSO SAURA, J.L.: "Las mejoras voluntarias y prestaciones complementarias de la Seguridad Social en los convenios colectivos", DL, 1990, núm. 32; GALIANA

complemento de la prestación que reconoce el sistema de la Seguridad social. Por mor del pacto colectivo o individual entre las partes de la relación laboral, la cuantía de aquélla puede resultar incrementada en una cuantía superior al cien por cien de la base reguladora.

Cabe, no obstante, sin dejar de ser práctica también habitual, que esté constituido por la conservación de determinados complementos salariales cuyo devengo no se produciría de otro modo, por no prestarse el trabajo, y estar ya incluidos en la base de cotización que sirve de cálculo de la base reguladora de la prestación. En este último caso, el problema que se plantea con frecuencia es el de los *conceptos que integran dicho complemento*, cuando no se han determinado explícitamente en la norma convencional que los establece.

Dos cuestiones son habituales en los litigios sobre el devengo de los complementos voluntarios por parte de la empresa:

1. El *contenido* del complemento: siendo habitual la inclusión de una fórmula de "conservación de los complementos salariales" o del salario (v.g., "el personal que permanezca de baja... tendrá derecho a percibir las mismas retribuciones que le corresponderían en el supuesto de haber efectuado la jornada normal de trabajo"), surgen conflictos interpretativos en torno a la categoría de complementos que se entienden incluidos, especialmente con ocasión de la interpretación de una cláusula habitual: "las retribuciones correspondientes a la jornada *normal* de trabajo"³⁶³.

Ante tal conflicto interpretativo, la jurisprudencia se muestra favorable a entender incluidos aquellos complementos ligados a la *ejecución* del trabajo contratado, con la finalidad de evitar que la retribución sufra merma alguna. De lo cual deduce que, ante la expresión, contenida en el convenio colectivo de aplicación, de "retribución" o de "salario", ha de inferirse que no deben ser objeto de exclusión ni siquiera aquellos que tienen carácter compensatorio o indemnizatorio (suplidos o indemnizaciones), a menos que sean expresamente exceptuados.

Sin embargo, siendo tal doctrina aplicable a determinados pluses -como el de turnicidad-, entiende alguna jurisprudencia (STSJ de la Comunidad Valenciana, de

MORENO y SEMPERE NAVARRO: "La implantación legal de las mejoras voluntarias establecidas por convenio colectivo a cargo de una empresa pública", AL, 1991, núm. 8;; GARCÍA NINET, J.I.: "Las mejoras voluntarias previstas en la negociación colectiva", *Tribuna Social*, núm. 25, 1993, ps. 25 y ss.; REY GUANTER, S. del y GALA DURÁN, C.: "Las mejoras voluntarias. Análisis de la reciente negociación colectiva y jurisprudencia", REDT, 1993, núm. 62, y YANINI BAEZA, J.: "Las mejoras voluntarias en la Seguridad Social. Régimen del Seguro colectivo laboral", Madrid, EDESA, 1995.

³⁶³ Por ello, cuando se trata de un complemento ligado a una función o tarea no habitual o atípica, se excluye su cómputo (STSJ de Aragón, de 10 de abril de 1996, AS 1996, 1359, sobre mejoras para el personal sanitario no facultativo del INSALUD, calculadas sobre los conceptos fijos y periódicos de los últimos doce meses). Se cita en la mencionada resolución en apoyo de la argumentación descrita la jurisprudencia del Tribunal Supremo, vertida en las Sentencias de 30 de enero, 22 de febrero, 20 de septiembre y 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 386, 1264, 6890 y 9783).

11 de febrero de 1997³⁶⁴), que no lo es a otros, como el de asistencia (citando en su apoyo la del TSJ de Andalucía (Granada), de 15 de junio de 1993³⁶⁵). Puesto que si dicho plus se establece para incentivar la asistencia al trabajo, en supuestos de suspensión del contrato (el supuesto juzgado es de incapacidad temporal) "no debe devengarse, al tener una finalidad antiabstencionista, por lo que de otorgarlo se llegaría al absurdo de equiparar al trabajador que no asiste al trabajo con el que permanece en su puesto, privando así de toda significación práctica al incentivo."

Haciendo abstracción de los supuestos concretos admitidos por la jurisprudencia, no debe abandonarse la perspectiva científica en el análisis de la cuestión, y atender a la propia naturaleza del referido complemento. Es precisamente su carácter indemnizatorio el que debe excluir, en ausencia de inclusión expresa, su devengo durante la suspensión del contrato, pues se dirigen a compensar un gasto que no puede haberse hecho, ya que no se ha prestado trabajo alguno. Puede hallarse algún pronunciamiento judicial en el que la cuestión se reconduce a su preciso centro de gravedad, que no es otro que la ilógica obligación de *indemnizar un daño que no se ha producido* (con el consiguiente enriquecimiento injusto para el beneficiario). En tal sentido, STSJ de Canarias (Las Palmas), de 23 de julio de 1996³⁶⁶, que, además, sostiene tal argumentación sobre una segunda base jurídica: la discriminación que el mantenimiento del correspondiente complemento indemnizatorio implicaría para el trabajador en activo, que efectivamente sufre tal perjuicio económico. Todo lo cual le permite concluir que, si bien procede la conservación de los complementos salariales, aun cuando no se preste efectivamente el trabajo (pues tal es la finalidad de la mejora), no puede sostenerse idéntica opinión respecto de los conceptos retributivos extrasalariales.

2. Las *situaciones* que se entienden comprendidas: es decir, si el reconocimiento es incondicionado o puede exceptuarse en ciertas situaciones "especiales", v.g., cuando la suspensión por maternidad concurre con otra suspensión contractual derivada de expediente de regulación de empleo. Para dar respuesta a tal cuestión habrá que estar a la propia redacción del convenio en el que se establezca³⁶⁷.

³⁶⁴ AS 1997, 258.

³⁶⁵ AS 1993, 2848.

³⁶⁶ AS 1996, 3161.

³⁶⁷ La STSJ de Cataluña de 3 de septiembre de 1996 (AS 1996, 3626) examina un supuesto en el que la duda interpretativa surge de la inclusión de una cláusula en la que se establece la conservación por parte del trabajador de las mismas retribuciones que le corresponderían de haber efectuado la jornada normal de trabajo, habiendo entendido la recurrida que, puesto que dicha jornada no se habría realizado, por autorizarse la suspensión de los contratos de trabajo en virtud de expediente de regulación de empleo, no había lugar a tales devengos, ya que no se habrían producido. El TSJ de Cataluña, haciendo aplicación del art. 1281 C.c., argumenta que esa referencia ha de ponerse en relación con la propia ausencia del trabajador, que le impide prestar el trabajo y, por tanto, realizar la jornada ordinaria, no con la situación real en la que se halla la empresa, que ha dado lugar a la suspensión colectiva de relaciones de trabajo. La misma sentencia plantea otra cuestión no menos interesante: si el hecho de que en el momento en el que se inicia la suspensión por

Dentro de estas llamadas "situaciones especiales" es de obligada referencia la posible modificación legal sufrida por el precepto que sirve de base a la mejora voluntaria y sobre el cual se configura el régimen jurídico de ésta.

Sobre la materia es sobradamente conocida la doctrina -unificada- del Tribunal Supremo emanada al amparo de la entrada en vigor de la Ley 28/1992, de 24 de noviembre, por la que se trasladaba al empresario el coste de los doce primeros días del subsidio por incapacidad temporal, y que se contiene en las sentencias de 4 y 14 de julio de 1994³⁶⁸, de 27 de febrero de 1995³⁶⁹ y de 26 de marzo y 19 de abril de 1996, entre otras, en las que se proclama la aplicabilidad del principio *rebus sic stantibus* y, por tanto, la desaparición de la obligación empresarial, nacida al amparo de una situación jurídica harto distinta³⁷⁰.

Ahora bien, ¿es la reforma de la prestación por maternidad causa de alteración de las circunstancias y, por tanto, base suficiente para entender que la mejora, pactada con anterioridad, no resulta exigible a partir de la nueva legalidad impuesta por la Ley 42/1994? La respuesta es que, atendiendo al carácter de la reforma aludida, por el que se mejora -a cargo del sistema de la Seguridad Social- la cuantía de la prestación, la consecuencia inmediata será que, o bien las mejoras voluntarias no quedarán afectadas, por consistir en el mantenimiento de ciertos complementos salariales, o, en otro caso, devendrán ineficaces, por cuanto, siendo lo habitual mejorar la cuantía de la prestación hasta el 100% de la base reguladora, si éste es el nuevo régimen jurídico previsto en la ley, *no habrá nada que mejorar*. Teniendo en cuenta la habitual *inercia negociadora* de los agentes sociales, ésta será la hipótesis más probable, prescindiéndose, pues, del recurso a mecanismos alternativos para

maternidad (aunque se trata de otra hipótesis: la de incapacidad temporal) ya se haya dado efectividad a la medida en cuestión -la suspensión de los contratos en virtud de ERE- debe producir la paralización del devengo de la mejora voluntaria, considerando, por tanto, que la primera suspensión absorbe a la segunda. Sin embargo, el Magistrado Ponente no da solución al problema planteado, al apreciarse que existe arbitrariedad en la actuación empresarial por excluir al trabajador afectado que inició la baja con posterioridad a la comunicación del empresario pero *antes* de la fecha de efectos de la citada medida.

³⁶⁸ RJ 1994, 6335 y 7043. Dictadas en Sala General.

³⁶⁹ RJ 1995, 1257.

³⁷⁰ Si entre estas situaciones objeto de mejora se incluía la maternidad, pues se regulaba conjuntamente con la incapacidad temporal, el referido cambio legislativo no debe afectarle, por cuanto no se traslada el costo al empresario. Por tanto, no existe una alteración de las circunstancias que haga inaplicable la mejora, aun cuando estuviera prevista como parte integrante de la prestación por incapacidad temporal (como ocurre, en efecto, en el caso enjuiciado, pero también en otros muchos, anteriores a la entrada en vigor de la Ley 42/1994). Si el argumento que utiliza el Tribunal Supremo es que la imposición de la obligación de hacerse cargo de parte de la prestación por incapacidad temporal hace desaparecer el condicionante del abono de la mejora, no puede extenderse a la mejora del subsidio por maternidad, cuya financiación *sigue estando a cargo* íntegro de la Seguridad Social. No hay, pues, "alteración de la base del negocio".

crear mejoras negociales de la prestación³⁷¹, especialmente desde su configuración legal como contingencia autónoma (lo cual hace que ya no se beneficie por extensión de la mejora pactada para la contingencia de incapacidad temporal). Lo cual tampoco debe extrañar a nadie, si el propio contenido legal -cuantía del cien por cien- se estima ya suficiente.

Por lo demás, se entiende que el complemento empresarial debe seguir igual suerte que la prestación a la que complementa, de modo que le es extensible su carácter y normas reguladoras, entre las que se hallan las que se relacionan con la prescripción (STSJ de Asturias, de 28 de junio de 1996³⁷²).

B. LA PRÓRROGA DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y SU TRATAMIENTO POR EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: LA PRESTACIÓN NO ECONÓMICA POR HIJO A CARGO.

1. Efectos de la situación de excedencia por cuidado de hijos en el ámbito de la Seguridad social.

La permanencia en situación de suspensión del contrato por excedencia para el cuidado de hijos, manteniendo o prorrogando la suspensión del contrato durante un periodo ulterior al descanso por maternidad que el Estatuto de los Trabajadores reconoce como derecho a la madre y/o al padre trabajadores, no puede permanecer ajena a la relación jurídica de Seguridad social, al significar la baja temporal en el mismo, desapareciendo la obligación de cotizar³⁷³.

Sin embargo, y como mecanismo de tutela de la armonización de las responsabilidades familiares con el trabajo, desde el ámbito de la Seguridad social se articula un conjunto de efectos beneficiosos para el trabajador que ejerce el derecho a la excedencia, que operan en un caso durante todo el periodo de la excedencia y en el otro, dada la magnitud del derecho que se contempla (y puesto en relación con el

³⁷¹ El Convenio Colectivo V para el Personal Laboral de la Junta de Andalucía, con vigencia desde el 13 de diciembre de 1996, opta en su art. 33 por una fórmula alternativa: la de garantizar la diferencia entre la prestación de la Seguridad Social y las retribuciones íntegras del último mes, y continúa considerando como situaciones de ILT (y utilizando tal denominación, dos años después de haberse suprimido de la LGSS) a la enfermedad común o profesional y a la maternidad.

³⁷² AS 1996, 1701: "el complemento empresarial de la prestación de ILT pactada en el convenio colectivo tiene el carácter de mejora voluntaria de Seguridad social (...), a la que son aplicables, en materia de prescripción, las normas específicas contenidas en la Ley General de Seguridad Social".

³⁷³ Sin perjuicio de su incidencia en cuanto a la obligación de cotizar respecto del empresario que cubra la vacante mediante la celebración de nuevos contratos de interinidad, a los que será aplicable una reducción en la cuota empresarial, siempre que aquéllos se celebren con beneficiarios de prestaciones por desempleo que lleven más de un año como perceptores. Dicha reducción es la que prevé el art. 3 de la Ley 4/1995, por el que se adiciona una nueva disposición adicional undécima al E.T. de 1980 -hoy Texto Refundido del ET-, y cuya cuantía varía según el año de la excedencia: 95% durante el primer año, 60% durante el segundo y 50% en el tercero.

sistema financiero de la Seguridad social), sólo durante un periodo limitado (un año), haciendo abstracción de la ausencia de prestación laboral y, por tanto, de la existencia de una verdadera base sobre la que asentar la protección que brinda el sistema de la Seguridad social.

El sistema de protección se estructura en dos niveles de tutela:

1. El primero consiste en la presunción de que durante cierto periodo de la excedencia -el primer año-, en el que cesa o se interrumpe la obligación de cotizar, se han efectuado cotizaciones por los sujetos que hubieran estado obligados a ello en circunstancias ordinarias (es decir, durante la actualización habitual de las prestaciones objeto del contrato de trabajo). Que se presuman realizadas significa que serán computadas como si efectivamente hubiera tenido lugar su ingreso a la hora de determinar prestaciones del sistema de la Seguridad social, corriendo su financiación a cuenta del propio sistema público.

Dispone el art. 180 LGSS que se considerará cotizado el periodo de permanencia en tal situación. Resultan de aplicación para determinar el modo en el que se considera cotizado, por un lado, las normas que regulan la cotización y, por el otro, las que regulan las diversas *prestaciones a las que cabe acceder* desde la situación de excedencia y para cuyo cálculo han de determinarse los periodos cotizados.

2. El segundo tiene como contenido la consideración de todo el periodo de excedencia como tiempo de asimilación al alta, y por tanto, tiene por finalidad situar al trabajador excedente en posición de acceder a las prestaciones que brinda el sistema de la Seguridad social como si en efecto se hallara prestando servicios retribuidos, así como al mantenimiento de las prestaciones de asistencia sanitaria, en virtud del art. 17 del RD 356/1991.

El reconocimiento del primer año de excedencia por cuidado de hijos como de cotización efectiva tiene, en todo caso, naturaleza prestacional. Así lo entiende el art. 180 LGSS, que lo incluye entre las prestaciones por hijo a cargo ("asignación no económica por hijo a cargo").

2. Beneficiarios. Requisitos.

Dicha prestación tiene señalados como beneficiarios, en virtud del art. 15 del RD 356/1991, de 15 de marzo de 1991, a los trabajadores por cuenta ajena afiliados al régimen general que disfruten de un periodo de excedencia por cuidado de hijos.

Tan limitado campo de aplicación no puede entenderse, sin embargo, en sentido estricto, puesto que, si es posible que otros trabajadores asalariados no incluidos en el Régimen General, sino en uno de los especiales, gocen de una excedencia para el cuidado de hijos, por hallarse bajo el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, resulta de todo punto ilógico que no queden amparados por idéntica prestación a la que disfrutaban los trabajadores -por cuenta ajena- del Régimen General,

sin motivo razonable que lo justifique³⁷⁴. Es más, al no preverse en norma de rango legal (pues la Ley 26/1990 no incluye previsión similar), sino reglamentaria, cabe incluso dudar de su legalidad, como ha puesto de relieve cierta doctrina³⁷⁵.

Sin embargo, un examen sistemático de la norma cuestionada permite llegar a conclusiones diferentes, y argüir que si el art. 15 protege a los trabajadores del Régimen General, la Disposición Adicional de dicho Reglamento es la norma de cobertura de los trabajadores de los Regímenes Especiales. Se trata de una conocida técnica dentro del marco de la LGSS, en la que también se da cobertura a los trabajadores de los regímenes especiales respecto de ciertas contingencias a través de disposiciones adicionales (v.gr., y sin ir más lejos, prestaciones por maternidad). En consecuencia, y según lo dispuesto en la referida disposición, son también beneficiarios los trabajadores incluidos en el campo de aplicación de los Regímenes Especiales Agrario, de la Minería del Carbón, Empleados de Hogar, así como en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar³⁷⁶, si bien en este caso la gestión de las mismas corresponde al Instituto Social de la Marina (art. 15 y D.A. Tercera del RD 356/1991, de 15 de marzo de 1991).

Por otra parte, la norma de reparto del derecho al permiso por maternidad, el art. 48.4 ET, exige que, para que ello sea posible, ambos *deben trabajar*. Efectuada la exégesis del precepto (vid. supra, Título II, capítulo 2), se llegó a la conclusión de que el presupuesto de hecho de la cesión parcial del permiso al padre es la existencia en ambos casos de una relación de trabajo dependiente (sea de empleador privado o público, ya que en las dos hipótesis el derecho se reconoce en los mismos términos), quedando excluido el trabajo autónomo o por cuenta propia. Esta conclusión, mantenida por el TSJ de Aragón, en su sentencia de 30 de enero de 1997³⁷⁷, puede ser válida desde el punto de vista contractual, es decir, desde el ámbito del Derecho del

³⁷⁴ En tal sentido, TORTUERO PLAZA: op.cit., p. 277.

³⁷⁵ ALARCÓN CARACUEL, M.R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*. Tecnos. Madrid, 1991, p. 410.

³⁷⁶ La D.A.3ª también incluye a los trabajadores integrados en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, si bien en este caso y por lo que respecta a la prestación objeto de estudio, deben entenderse excluidos del colectivo de beneficiarios de la misma, pues no pueden hacer uso de una excedencia por cuidado de hijos. Por ello el art. 15 habla expresamente de "trabajadores por cuenta ajena", dicción que ha de trasladarse a la D.A.3ª cuando se trata de la prestación no económica. Sin perjuicio de ello, dicho artículo efectúa exclusión de aquellos trabajadores que no gozan de la condición de "trabajadores por cuenta ajena" en el sentido que le atribuye al término el Estatuto de los Trabajadores, por estar sometidos a régimen estatutario (funcionarios públicos incluidos en el Régimen General), pero que sí pueden disfrutar de una excedencia por cuidado de hijos. Debe valorarse dicha omisión como error del legislador, ya que no existe razón alguna para establecer tal distinción. En cualquier caso, éste no es el marco adecuado para llevar a cabo tal discusión, pues debe recordarse que el presente trabajo se ciñe al ámbito exclusivo de la relación laboral regulada por el Derecho del Trabajo: la suspensión del contrato de trabajo y su incidencia en la relación jurídica de Seguridad social, o, si se quiere, la incidencia de la maternidad, sobre las relaciones laboral y de Seguridad social.

³⁷⁷ AS 1997, 614.

Trabajo. Ahora bien, desde la perspectiva de la legislación de Seguridad social, no debe olvidarse que también el trabajador autónomo tiene derecho a las prestaciones por maternidad, a pesar de que no exista la situación de base de las mismas, constituida por la suspensión del contrato de trabajo. Si la D.A. undécima bis de la LGSS establece literalmente que "los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales del sistema tendrán derecho a la prestación por maternidad con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores del Régimen General...", no puede impedirse al trabajador autónomo el disfrute de parte del periodo de descanso que corresponde a la madre y que ésta está autorizada a cederle. A menos que se entienda que la homogeneidad de la prestación alcanza sólo al contenido de la misma, y no a su titularidad, lo cual no es sostenible, por cuanto la norma transcrita hace referencia a los términos y condiciones de aquélla, debe admitirse la posibilidad de cesión de las cuatro últimas semanas al padre, trabajador autónomo, si no desde la perspectiva contractual (pues, aunque el trabajador autónomo no puede suspender su contrato, sí puede disponer libremente la interrupción de su actividad, mientras que la trabajadora ostenta el derecho a reducir su periodo voluntario de descanso, reduciéndose el problema, por tanto, a una mera cuestión interna entre cónyuges), sí desde la Seguridad social, o, lo que es lo mismo, como beneficiario de la prestación económica por maternidad (siempre y cuando cumpla los requisitos exigidos para su reconocimiento).

Hechas las anteriores consideraciones, en torno al espectro de beneficiarios del derecho, y verificado el presupuesto de hecho del nacimiento de la prestación -el inicio del descanso por maternidad-, es necesario entrar en el análisis del régimen de acceso a la prestación.

En aplicación del art.124.1 LGSS, el requisito de la afiliación habrá de acompañarse del de alta (no cabe considerar situación asimilada alguna, al tratarse de una prestación que se conecta con la suspensión de una relación laboral en vigor y, por tanto, con una situación de alta) en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad social en el momento en el que se hace ejercicio del derecho a la excedencia.

Puesto que se trata de prestaciones comprendidas en el ámbito del art. 125.3 LGSS, quedan afectadas por el principio de automaticidad de las prestaciones, si bien en su grado de protección inferior, es decir, por el principio acuñado jurisprudencialmente de *automaticidad relativa*, lo cual significa que el incumplimiento empresarial de su obligación de cotizar no priva al trabajador de su prestación ni tampoco le exige actuar directamente contra el empresario, responsable de la misma como consecuencia de su incumplimiento, pero sí se condiciona a que éste haya al menos cumplido su obligación básica en materia de encuadramiento del

trabajador³⁷⁸. De ello se infiere que, si a pesar de ejercerse en regla el derecho a la excedencia, el empresario no dio en su momento de alta al trabajador, aquél habrá de responder, por las prestaciones que puedan devengarse en su día, en proporción al descubierto y en relación con el año de cotizaciones ficticias que constituyen el contenido de la prestación. Quiere esto decir que deberá aplicarse un doble criterio de proporcionalidad: en primer lugar en cuanto al descubierto y en segundo lugar en cuanto al año de cotizaciones que representa el primer año de la situación de excedencia.

El nacimiento de la prestación es simultáneo al inicio de la situación de excedencia, sin necesidad de solicitud formal de la misma por parte del beneficiario. A tales efectos, las empresas tienen la obligación de comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social, en el plazo de quince días desde que se produzca, el inicio y la finalización del disfrute del periodo de excedencia de sus trabajadores (art. 19 Reglamento). Dicha comunicación, que deberá afectar tanto al primer año de excedencia, por sus efectos en materia de cotización, como al periodo completo, por su trascendencia en materia de acceso a prestaciones (como asimilación al alta), obrará los mismos efectos que una solicitud de la prestación. Por consiguiente, la omisión de la misma constituirá una infracción leve al amparo de los números 3 ó 4 del art. 13 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones del Orden Social³⁷⁹.

En cuanto a su duración, no va a añadirse nada a lo ya dicho en el título anterior de este trabajo, al efectuar el tratamiento científico de la excedencia por cuidado de hijos, pues la existencia y desarrollo de la misma y la prestación de la Seguridad social corren paralelas.

Por último, deben añadirse algunas notas sobre la naturaleza del derecho, que el art. 20 del Reglamento de la prestación declara *imprescriptible*³⁸⁰. En virtud del citado precepto, del que se deduce el reconocimiento automático de la prestación³⁸¹, dicho carácter imprescriptible significa la posibilidad para el beneficiario de reclamarlo en todo momento, pudiendo ello dar lugar “a la revisión de la cuantía de prestaciones ya reconocidas” y calculadas tomando como base reguladora la correspondiente al periodo de excedencia, “así como al reconocimiento de nuevas prestaciones anteriormente

³⁷⁸ Así lo disponía también el art. 95.1.3 de la Ley de Seguridad Social de 1966, conservado con rango reglamentario por la jurisprudencia. En él se exige el alta para que sea de aplicación el principio de automaticidad a las prestaciones de protección familiar, entre las que debe incluirse la actual prestación por hijos a cargo, sucesora de las viejas prestaciones familiares.

³⁷⁹ No estando prevista como tal dicha obligación, puede incluirse en la genérica de comunicar los datos sobre los trabajadores que se les soliciten, según establece el número 4 del art. 13, y ésta es una información que impone expresamente el art. 19 del RD 356/1991, o en la que tipifica el número tres del mismo artículo: “no comunicar, en tiempo y forma, las bajas de los trabajadores que cesen en el servicio a la Empresa, así como las demás variaciones que les afecten”.

³⁸⁰ “Con absoluta insuficiencia de rango legal”, afirma TORTUERO PLAZA (op.cit., p. 280).

³⁸¹ En contra, GÁRATE CASTRO, J.: “Comentarios al régimen vigente de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo”. *Documentación Laboral*, núm. 34, 1991, p. 133.

denegadas por no haber sido computado como efectivamente cotizado” tal periodo³⁸², sin perjuicio de que el reconocimiento o, en su caso, revisión de la prestación tengan efectos económicos sólo desde los tres meses anteriores a la solicitud (por tanto, retroactividad no más allá de tres meses). Lo cual no deja de chocar con la propia naturaleza del derecho, cuyo reconocimiento no está condicionado a la previa solicitud del mismo (que tiene carácter automático), sino al inicio de la situación de excedencia, comunicada debidamente por el empresario, que, si efectivamente tuvo lugar, no debe condicionar sus efectos a cierto periodo de tiempo, cuando, como declara reiterada doctrina jurisprudencial³⁸³, el error u omisión ajenos al propio beneficiario -y no previstos como requisito *sine qua non* para el nacimiento de la prestación- no deben afectarle en el momento de nacer la nueva cuantía de la prestación reconocida, tras la revisión, y, por tanto, no debe limitarse la retroacción de los nuevos efectos a los tres meses anteriores.

Tampoco debe perjudicarle la omisión cuando se trate del reconocimiento -y no la mera revisión- de la prestación, pues la merma en la cuantía o, lo que es peor, la denegación del derecho, pueden depender de ese periodo de cotizaciones presuntas de las que el trabajador se ha visto privado merced a la conducta empresarial³⁸⁴.

En todo caso, deberían trasladarse las oportunas responsabilidades en orden a la prestación, pues la obligación de cotizar, acto debido del empresario por el que se traslada el riesgo cubierto al sistema de la Seguridad social, queda sustituida por la de comunicar el inicio de la excedencia. Luego las consecuencias de tal omisión deben ser las mismas que las anudadas a la omisión propia del desarrollo habitual del contrato de trabajo, pues también de su suspensión nace una obligación empresarial para con el sistema de la Seguridad social y un conjunto de prestaciones (y se habla de conjunto, en plural, porque la prestación conectada a la situación de excedencia proyecta sus efectos sobre futuras prestaciones).

³⁸² “Dicha imprescriptibilidad se entenderá sin perjuicio de que los efectos económicos de la revisión o del reconocimiento de la prestación se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud” (art. 20).

³⁸³ SSTs 25 de marzo y 7 de julio (Sala General) de 1993 (R.J. 1993, 2207 y 5967), y de 14 marzo 1995 (R.J. 1995, 2768). En igual sentido, STSJ de Asturias, de 27 de septiembre de 1995 (AS 1995, 3645) y de 25 de octubre de 1996 (AS 1996, 4283), con la misma Ponente en ambos casos (Ilma. Sra. D^a. M^a Eladia Felgueroso Fernández). Todas ellas sobre pensión de jubilación. Sobre prestación de incapacidad temporal, y en el mismo sentido, STSJ de Andalucía/Málaga, de 24 de mayo de 1996 (AS 1966, 1584) (sobre prestación de ILT erróneamente calculada por por encuadramiento indebido del trabajador en otro régimen de la Seguridad Social) que, aplicando la doctrina de la STS de 25 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2207), entiende que, “al solicitarse solamente la modificación de su cuantía, firme ya, el reconocimiento del derecho, la nueva declaración sobre su contenido económico trata de corregir un error de origen, que produjo una minusvaloración de la prestación”: es precisamente el hecho de que el error sea de origen lo que motiva que la retroacción deba alcanzar hasta ese momento.

³⁸⁴ TORTUERO PLAZA (op.cit., p. 281) plantea la posibilidad de que la omisión afecte a prestaciones ya disfrutadas en su día, concluyendo que la solución a tal hipótesis, además de resultar extraordinariamente difícil, pasa por su individualización o reducción al caso particular.

Todo ello sin perjuicio de la fecha de entrada en vigor de la Ley 26/1990, momento a partir del cual habrá de considerarse efectivo el periodo de cotización presunta (excluyéndose, por tanto, la retroactividad de la norma a aquellas excedencias disfrutadas con anterioridad a esa fecha, pues nada se prevé expresamente) y, por tanto, reclamable por el beneficiario en solicitud de revisión de cuantía de la prestación devengada, cuyo cómputo se efectúo omitiendo el periodo al que se extiende el beneficio.

3. Efectos y alcance de la presunción como periodo efectivamente cotizado.

La excedencia por cuidado de hijos goza en el ámbito de la Seguridad Social, como en el laboral, de protección similar a la de la excedencia forzosa, ya que, si los arts. 106 y 125 de la LGSS de 1994 mantienen la obligación de cotizar en los supuestos de excedencia forzosa, el art. 180 b) LGSS *considera* cotizado el primer año de la excedencia por cuidado de hijos. No obstante, la diferencia es notoria: en el primer caso subsiste la obligación, mientras que en el segundo desaparece, y viene a ser sustituida por la *ficción legal* del art. 180. Aunque en realidad la obligación no se mantenga vigente más que en la excedencia forzosa, equiparándose, pues, durante el primer año a ésta en cuanto a sus efectos. Es preciso tener en cuenta que la reforma de la figura de la excedencia por cuidado de hijos por la Ley 4/1995, de 23 de marzo, no ha introducido alteración alguna respecto de la prestación no económica, a pesar de que a partir de la misma los efectos de la excedencia forzosa no se predicán sólo respecto del primer año del periodo de excedencia, sino de *todo el periodo*.

Ahora bien, no debe hablarse de presunción, sino de consideración, porque no se presume al ser dudosa su existencia, sino que se parte de su inexistencia (de la obligación de cotizar) y por ello se considera como si así fuera por el art. 180 LGSS.

En cualquier caso, dicha presunción no se hace de forma incondicionada y a todos los efectos, sino que el precepto introduce un importante condicionante a través de la expresión "según se determine reglamentariamente", de lo cual cabe deducir que no opera a todos los efectos, es decir, para todas las prestaciones³⁸⁵.

Establecida dicha premisa, lo siguiente será determinar qué prestaciones habrán de entenderse incluidas en tal concepto. Para llegar a la delimitación de las concretas contingencias que se entienden cubiertas, ha de tenerse presente que los Reglamentos particulares de cada una de las prestaciones fueron dictados en su mayor parte con

³⁸⁵ Dicha previsión salva la posible ilegalidad que cierta doctrina ha visto en la exclusión de la prestación de incapacidad temporal que realiza el art. 17 del RD 356/1991. Entre ellos, PÉREZ ALONSO, M.A. Y MORRO LÓPEZ, J.J.: "La protección familiar en el ámbito de la Seguridad Social: las prestaciones económicas por hijos a cargo". *Revista de Treball*, número 15, 1991, p. 98.

anterioridad a la promulgación y entrada en vigor de dicha norma, y por lo tanto, no la tienen en cuenta.

El Reglamento especifica en el art. 17.1 qué prestaciones quedan afectadas por la asimilación al alta, delimitando las fronteras entre las prestaciones cubiertas y la excluida -la de *incapacidad laboral transitoria*-; sin embargo, no efectúa exclusión alguna en lo que respecta a la presunción de cotización, sino que, por el contrario, establece una regla general, que parece ser aplicable a *todas* las prestaciones, sin distinción alguna. No obstante, y para clarificar dicha regulación, incompatible con la norma contenida en el art. 207 b) de la LGSS -según la cual el periodo de cotización computable para devengar prestaciones por desempleo es el anterior al momento en el que cesó la obligación de cotizar-, y en la que parecían omitirse dichas prestaciones, la Ley 4/1995 vino a disponer con claridad meridiana que a efectos de desempleo, el periodo íntegro de excedencia constituiría asimilación al alta, pero no sería computable, ni siquiera el primer año, con efectos en principio universales, para el cálculo del periodo de carencia necesario para obtener la prestación, ni tampoco para incrementar su duración en el tiempo (según las normas del art. 210 LGSS).

La consideración contenida en el art. 180 del primer año de excedencia por cuidado de hijos como de cotización efectiva alcanza, en virtud del art. 16 del Reglamento de desarrollo de la prestación (RD 356/1991, de 15 de marzo), a:

1. *La cobertura del periodo mínimo de cotización a efectos de causar prestaciones.* Es decir, puede permitir el acceso a una prestación, al adicionarse al periodo efectivo de cotización, cuando su nacimiento esté sometido a la existencia de una carencia mínima.
2. *La determinación de la base reguladora de futuras prestaciones,* siendo computable la base de cotización por la que se entiende efectuada la misma durante el primer año de la excedencia. Ello significa que, en el momento de efectuar el cálculo de una futura prestación (una pensión vitalicia), el periodo correspondiente al primer año de la excedencia no será, como el tiempo subsiguiente de los dos años restantes, periodo integrable como laguna de cotización y por tanto computable por la base mínima correspondiente a los trabajadores mayores de 18 años (o, desde el 1 de enero de 1998, con la base mínima absoluta), como prevé, para el caso de la pensión de jubilación, el art. 162.1.3 LGSS, sino con dicha base superior por la que se mantiene ficticiamente la cotización (no la obligación de cotizar), *a cargo del* sistema de la Seguridad social: la que se establece en el art. 18 RD 356/1991. En definitiva, permitirá incrementar la cuantía final de la prestación.
3. *El porcentaje aplicable para el cálculo de la cuantía de las futuras prestaciones.* Siendo un periodo de cotización que funciona a todos los efectos, tanto en materia de acceso a la prestación como en cuanto a la cuantía de la *misma*, tendrá eficacia para obtener su incremento en aquellas prestaciones cuya cuantía dependa del periodo de cotización acreditado (v.gr., pensión de jubilación). Su eficacia es, pues, mayor que la de otras presunciones relativas a la cotización al sistema de la

Seguridad social y su efectos en materia de prestaciones (v.gr., cotizaciones ficticias abonadas por la O.M. de 18 de enero de 1967, por la que se desarrollan las normas sobre pensión de jubilación, contenida en la escala que figura en su D.T. 2ª número 3, a partir de la edad del beneficiario en la fecha de entrada en vigor de la LSS 1966).

Todo ello significa prescindir de la aplicación de la teoría del paréntesis a ese primer año de excedencia por cuidado de hijos, durante la cual no existe obligación de cotizar y, por tanto, obligaría en otro caso a recurrir a la misma, para evitar los perjuicios que la ausencia de cotización pudiera ocasionar al beneficiario de la prestación solicitada.

En efecto, el Derecho de la Seguridad social, en ocasiones por medio de norma de rango legal (cfr., art. 161.1 LGSS), en otras mediante Instrucción administrativa y en muchas otras recurriendo a doctrina jurisprudencial consolidada en la materia, tiene en cuenta dichas situaciones perjudiciales para el trabajador cuando tienen carácter involuntario (invalidez provisional, desempleo involuntario no subsidiado), eliminando sus efectos nocivos en materia de prestaciones, ya sea por impedir su nacimiento o por reducir su cuantía.

Sin embargo, la excedencia por cuidado de hijos, como situación suspensiva de carácter voluntario que es, produce el apartamiento temporal del trabajador excedente del sistema de la Seguridad social, no encontrándose, por tanto, entre las situaciones que el acervo jurídico de la Seguridad social considera como circunstancia merecedora de trato especial y, por tanto, acreedora de la aplicación de la vieja teoría del paréntesis.

La prestación no económica por hijo a cargo viene a suavizar los efectos de dicha solución general y con finalidad de proteger sobre el común de situaciones suspensivas (hecha salvedad de ciertas otras especiales, como la incapacidad temporal, la maternidad o la suspensión por crisis) con particular intensidad a la excedencia por cuidado de hijos, por la especial entidad del bien jurídico que ésta tutela. Concretamente, la consideración del primer año de excedencia como periodo de cotización convierte ese año en el que no existe obligación de cotizar, y a efectos de cómputo de carencia y de cálculo de cuantías de prestaciones, en un periodo en el que sí existió obligación de cotizar y, por consiguiente, no precisa que le sea de aplicación la teoría del paréntesis que, debe reiterarse, no resultaría adecuada en un supuesto como la excedencia, de origen voluntario. Tal es la razón de que, como beneficio especial, sí se prevea su aplicación -por parte de la Ley 4/1995- en lo que respecta a las prestaciones por desempleo, para las que no rige la presunción de cotización.

Debe introducirse dos importantes precisiones:

1º. *El cómputo del periodo como cotizado*: en virtud del art. 16 del RD 356/1991, dicho periodo -de un año- se computará tal y como se realizó, lo cual implica que, de ser la duración real de la excedencia inferior a un año, "se computará como cotizado el periodo efectivamente disfrutado", "en el supuesto de que no llegue a completarse

un año de excedencia", lo cual puede suceder por ejercicio tardío del derecho (en la fase final del periodo de los tres primeros años de vida del hijo) o por reincorporación anterior al agotamiento de un año completo de suspensión. Se iniciará un nuevo cómputo íntegro por cada nueva excedencia laboral (art. 16.2)³⁸⁶.

2°. *La cuantía de la cotización que se entiende computable*: para el cálculo de la cotización "presunta": dispone el art. 18 del RD 356/1991 que la base de cotización a tomar en cuenta estará formada por la base media de cotización de los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del periodo de excedencia (o del periodo de trabajo acreditado, si es inferior). El cálculo de la cuota se efectuará por las normas generales, de modo que:

- resultarán de aplicación las normas sobre bases mínimas y máximas por categorías profesionales vigentes en el periodo considerado, y
- los incrementos que puedan producirse en las mismas deberán ser objeto de cómputo o actualización³⁸⁷. Así deberá actuarse cuando tenga lugar un ascenso o promoción profesional, en el transcurso de una excedencia por cuidado de hijos, aunque dicha modificación no tenga efecto hasta la reincorporación al puesto de trabajo tras la extinción de la suspensión.

Ahora bien, partiendo de la consideración de que la naturaleza de la cotización, no real sino ficticia, es la de una prestación, debería ser objeto de la aplicación de idénticos criterios a los previstos respecto de los efectos que hayan de tener sobre la prestación -activa o en curso- los aumentos de las bases de cotización posteriores al inicio de la misma.

Aplicando analógicamente el art. 2 del D. 3158/1966 y art. 29 de la Orden de 28 de diciembre de 1966, *por la que se dictan normas de aclaración del precepto*, y la regla cuarta de la Resolución de 24 de julio de 1973, de la Dirección General de la Seguridad Social, podría resultar modificada la base de cotización por la que se entiende efectuada la cotización por causas ajenas a la fijación legal de nuevas cuantías mínimas superiores a las vigentes en el momento de nacer el derecho. Es decir, podrían tenerse en cuenta incrementos en las bases de cotización debidos a incrementos salariales previstos en convenio colectivo, cuando tengan carácter retroactivo respecto de los salarios tomados para el cálculo de la base reguladora (D.A. 1ª O.M. 26 enero 1998, en la que se establece

³⁸⁶ STSJ de Cataluña, de 14 de febrero de 1994 (AS 1994, 557), en la que se considera, por aplicación del art. 16 del RD 356/1991, de 15 de marzo (por el que se desarrolla en materia de prestaciones por hijo a cargo la Ley 26/1990, de prestaciones no contributivas), como periodo de ocupación cotizada el año de excedencia por maternidad con derecho a reserva de plaza.

³⁸⁷ Sostiene TORTUERO PLAZA que la base permanecerá invariable durante todo el tiempo de la excedencia, salvo que quedara por debajo de la mínima que corresponda, en cuyo caso se sustituiría por ésta (TORTUERO PLAZA, J.L.: "Excedencia por cuidado de hijos. Técnica jurídica versus institución jurídica". AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, p. 280).

la obligación de cotizar por los salarios que hayan de abonarse con carácter retroactivo, ya sea en virtud de convenio colectivo, de sentencia judicial, disposición legal, acta de conciliación o cualquier otro título legítimo).

A tal base se le entenderán aplicados los tipos correspondientes. Ahora bien, ninguno de los preceptos reguladores de la prestación alude al concepto al que se entiende referida la cotización, no determinándose, por consiguiente, si la base de cotización y los tipos aplicables han de ser los de todas las contingencias (comunes y profesionales) o sólo los de contingencias comunes.

En cualquier caso, han de excluirse las contingencias profesionales de la cotización ficticia, puesto que durante dicho periodo no se presta servicio alguno durante cuyo desarrollo quepa el acaecimiento de una contingencia profesional, dada la desvinculación del trabajador respecto de la empresa³⁸⁸. Sin embargo, se trata de una situación idéntica a la de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, en cuyo caso sí está prevista la cotización por contingencias comunes, si bien sobre tarifa diferente, la 126 de la tarifa de primas, aprobada por Real Decreto 2930/1979, de 29 de diciembre, para todos los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que fuere su actividad y categoría profesional, correspondiente a los periodos en los que no existe prestación de trabajo, en virtud del art. 68.4 RD 2064/1995. No obstante, no estando prevista dicha obligación durante otras situaciones suspensivas al margen de la incapacidad temporal y la maternidad, no puede hacerse extensivo tal régimen de cotización a la presunción de cotización que se conecta al primer año de excedencia por cuidado de hijos. En consecuencia, no cabe presumir cotizaciones por contingencias profesionales si no se prevé expresamente.

Procede, pues, el cálculo sobre la base de cotización -promediada- por contingencias comunes, a la que le será de aplicación el tipo correspondiente a tales contingencias. De ahí que no quepa el acceso tampoco a la prestación por desempleo³⁸⁹ por cotizaciones satisfechas durante el periodo de excedencia, por no incluirse la cotización correspondiente al mismo.

³⁸⁸ Ya que si bien cabe subsumir a la excedencia por cuidado de hijos entre las situaciones de alta sin percibo de retribuciones, según se deduce del art. 180 LGSS (y 106) y 17.1 del RD 356/1991, si bien sólo de manera "ficticia", el art. 7 se remite exclusivamente al número 2 del art. 106, pero no al número 4 (que a su vez remite al 125), donde queda comprendida la situación de excedencia. Luego dicha situación no puede entenderse regulada por el art. 7, pues el número 106 dispone que la obligación de cotizar subsistirá aun en caso de desempeño de cargos públicos o de representación sindical, pero siempre que ello no dé lugar a la excedencia, luego se excluye el supuesto de la excedencia (que, recordemos, se incluye por otro precepto al que *no* remite el art. 7).

³⁸⁹ Aunque el art. 17.1 del RD 356/91 no efectúe su exclusión. Por ello cierta jurisprudencia de suplicación ha entendido que el periodo de cotización ficticia que la LGSS atribuye al primer año del periodo de excedencia es computable a efectos de cualquier prestación, con inclusión de la de desempleo: STSJ de Baleares, de 27 de mayo de 1992 (AS 1992, 2331), STSJ de Andalucía, de 17 de junio de 1993 (AS 1993, 3106), STSJ de Valencia, de 9 de febrero de 1994 (AS 1994, 786) y STSJ de

4. La situación de excedencia como asimilación al alta

El art. 125 LGSS contempla como situación asimilada para acceder a las prestaciones de la Seguridad social la de la excedencia forzosa, pero no alude a la excedencia por maternidad, aunque en la fecha de aprobación del Texto Refundido³⁹⁰ - año 1994- ya estaban en vigor las normas que asimilaban el primer año de excedencia por cuidado de hijos a periodo de cotización efectiva y atribuían al mismo los efectos de la excedencia forzosa.

Por ello la primera conclusión que cabría extraer de esta regulación es que, si se hubiera querido incluir el supuesto entre las situaciones asimiladas en el art. 125, así se habría hecho expresamente, y entender que no se trata de una situación asimilada al alta, como sí lo es la excedencia forzosa, de cuyos efectos participaba, pues al no hacerlo respecto de su naturaleza jurídica, no podían entenderse aplicables las demás previsiones propias de aquélla (el legislador sólo había dispuesto que le fueran extensibles los efectos relativos a reserva de puesto y cómputo de antigüedad) y, por tanto, tampoco las específicas de Seguridad social.

La argumentación puede extenderse hacia las situaciones asimiladas a la de alta a efectos de acceder -no ya de ser tenido en cuenta el periodo como cotizado- a una concreta prestación. Para su análisis, debe acudir en primer lugar a las normas de la LGSS que regulan el supuesto, es decir, los preceptos en los que se enumeran las situaciones asimiladas al alta en el régimen general de la Seguridad social, art. 125. Y, en segundo lugar, a la específica regulación de cada una de las prestaciones, puesto que en la misma se concretan las previsiones generales de la LGSS. Todo lo cual permite concluir que no se incluye expresamente el supuesto en ninguna de las normas alusivas, no pudiendo realizarse una interpretación extensiva allí donde el legislador sólo ha querido establecer un contenido taxativo. Por consiguiente, parece que, en principio y como regla general, no cabe entender dicha situación como asimilada al alta y, por tanto, como situación desde la cual sea posible acceder a una prestación de la Seguridad social.

Sin embargo, el art. 17 del Reglamento (RD 356/1991, de 15 de marzo) deshace toda duda al respecto, al considerar a los beneficiarios de la prestación no económica en situación de alta *para acceder a las prestaciones del régimen general, salvo para la incapacidad temporal*. Mientras que, por otra parte, el art. 4 de la Ley 4/1995

Cataluña, de 14 de febrero de 1994 (AS 1994, 557). Sin embargo, muchas otras resoluciones optan por restringir el efecto de la presunción en materia de cotización, excluyendo las prestaciones por desempleo (en tal sentido, entre otras, las STSJ de Aragón, de 5 de mayo y de 26 de noviembre de 1992 (AS 1992, 2168 y 644).

³⁹⁰ Y por supuesto en la de aprobación de los Reglamentos de desarrollo: v.g., Orden de 15 de abril de 1969 (BOE de 8 de mayo), sobre invalidez, cuyo art. 20 no incluye como situación asimilada a la excedencia por cuidado de hijos, y, por el contrario, sí lo entiende así respecto de la excedencia forzosa.

convierte a la excedencia -todo el periodo- en situación asimilada al alta para acceder a las prestaciones por desempleo, de lo cual se infiere que, si en un principio debían entenderse excluidas estas prestaciones, desde la entrada en vigor de la ley de referencia sólo existe una exclusión: la relativa a la prestación de incapacidad temporal, a la que no se accede ni durante el primer año ni durante el resto del periodo de los tres previstos, al que alcanza la asimilación al alta a efectos de prestaciones por desempleo.

La redacción del precepto resulta acreedora de dos debates en torno a la cuestión de las prestaciones que resultan afectadas por dicha asimilación al alta, así como al periodo al que resulta aplicable dicha asimilación. Se responderá primero a la primera de las cuestiones y a continuación a la segunda.

Prestaciones afectadas por la asimilación al alta:

1. Cuando se discute sobre las prestaciones a las que alcanza dicho trato de favor, se habla de que queda vedado el acceso a la prestación económica por incapacidad temporal, no contemplándose tampoco en el 4 de la OM de 13 de octubre de 1967 la excedencia como situación asimilada al alta para acceder a las prestaciones por tal contingencia (la vieja ILT). La duda que se plantea es la que deriva del hecho de que el Reglamento regulador aludiera a la incapacidad laboral transitoria: ¿qué alcance tiene a los efectos de este precepto la reforma de dicha prestación, o, lo que es lo mismo, la autonomía de la maternidad como contingencia y su separación de la contingencia de incapacidad laboral transitoria por mor de la Ley 42/1994? ¿Significa que ambas contingencias, antes unidas bajo un mismo régimen jurídico, quedan hoy, reguladas de forma autónoma, afectadas por tal previsión, o por el contrario no alcanzará a la maternidad su contenido?

El fundamento de la asimilación al alta es el mantenimiento de derechos a los que, pudiendo accederse, se perderían, en ausencia de dicho mecanismo, como consecuencia de la desvinculación temporal con respecto al sistema de la Seguridad social. Pero si tal pérdida no se produce, porque tampoco existe fundamento alguno para su nacimiento, en otras palabras, si no se produce la situación protegida bajo la contingencia que el Derecho de la Seguridad social llama "maternidad", es decir, la pérdida salarial por causa de la interrupción de la prestación laboral, puesto que *no existe tal prestación de servicios* (el contrato está ya suspendido), desaparece el presupuesto de hecho de la prestación de la Seguridad social (no existe *interés jurídicamente protegible*³⁹¹).

Por tanto, cabe concluir que se trata, a los efectos que aquí se considera, de situaciones equiparables, que merecen consecuencias idénticas: la exclusión del

³⁹¹ STSJ de Baleares, de 16 de diciembre de 1996 (AS 1996, 4063), que considera que la situación de excedencia por cuidado de hijos no es situación asimilada al alta a efectos del subsidio por maternidad ni de la prestación por incapacidad temporal.

acceso a la prestación por hijo a cargo no económica, consistente en la consideración del periodo de excedencia como situación asimilada al alta a efectos de prestaciones por maternidad, aunque la filosofía que inspire el régimen jurídico de la maternidad tanto desde la perspectiva contractual como desde el sistema de la Seguridad social sea precisamente el favorecimiento de la misma y, por tanto, la interpretación amplia de toda norma que contenga previsiones al respecto. En consecuencia, y tal como establecía la D.F. 3ª de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, debe sustituirse la referencia a la incapacidad laboral transitoria por la de incapacidad temporal y maternidad, incluyendo, por tanto, a ambas contingencias y no sólo a la incapacidad temporal.

Ello no impide que, si la trabajadora se halla en situación de excedencia por cuidado de hijos, ejercite su derecho al reingreso en cualquier momento de su nuevo embarazo y, por tanto, existiendo prestación laboral, se halle en condiciones de beneficiarse, llegado el tiempo del parto, de las prestaciones por maternidad, al suspender de nuevo su relación de trabajo³⁹².

La cuestión plantea una última controversia: partiendo de la carencia exigida para acceder a las prestaciones por maternidad, y el periodo en el que han de acreditarse los 180 días exigidos, el de los cinco años anteriores al momento del hecho causante, ¿resultaría aplicable la teoría del paréntesis, propia del régimen jurídico de las pensiones, y prevista también para las prestaciones por desempleo, en caso de que se sucedan las excedencias y, por tanto, sea posible que el momento en el que se acreditan cotizaciones sea anterior al periodo de los cinco años anteriores? ¿Son computables las cotizaciones ficticias correspondientes al primer año de excedencia o, por el contrario, deben considerarse prescritas si fueron realizadas con anterioridad al periodo computable? La respuesta debe ser desfavorable a la aplicación de la teoría del paréntesis, puesto que sólo está prevista para las prestaciones de carácter vitalicio, no para los subsidios, como el de maternidad. No existiendo base legal para su aplicación, cuando sí se prevé en el propio art. 17 del Reglamento, por mor de la reforma operada por el art. 4 de la Ley 4/1995, para el acceso a las prestaciones por desempleo, precisamente porque para éstas no es computable como periodo cotizado el primer año de excedencia, ésta no será posible.

2. *El acceso a las prestaciones por desempleo.* En un principio, la exclusión de las prestaciones por desempleo -ni a efectos de cotización ni como situación asimilada al alta- no estaba expresamente prevista en la Ley 26/1990 y por tanto en el art. 167 LGSS 1974, ni en el art. 17 del Reglamento (y de ahí los pronunciamientos

³⁹² En tal sentido, TORTUERO PLAZA (op.cit., p. 282), quien se manifiesta, en consonancia con la filosofía que inspira la regulación de ambas instituciones, a favor de anudar ambas situaciones -a reincorporación y nueva baja por maternidad- en el tiempo, de forma que actúen sin solución de continuidad.

jurisprudenciales contradictorios)³⁹³, lo cual permitía concluir que, puesto que sólo se excluía la incapacidad laboral transitoria, las prestaciones por desempleo sí se beneficiaban de lo dispuesto en el art. 17.1. Sin embargo, lo contrario se deducía de norma posterior, el art. 208 LGSS 1994, en el que se enumeran las situaciones legales de desempleo que dan lugar al nacimiento de la prestación, entre las que no se encuentra la excedencia³⁹⁴, y, siendo norma específica sobre la general constituida por el art. 180 del mismo texto, en el que se regula la prestación no económica por hijo a cargo, a dicha regulación había de atenderse el intérprete. En cualquier caso, la cuestión no quedaba totalmente clarificada, sino al contrario.

No corría la misma suerte la excedencia forzosa por ejercicio de cargo público³⁹⁵, que sí recibe la consideración de situación asimilada en el art. 2.1 a) del R.D. 625/1985, de 2 de abril. A ella se equiparaba el primer año de la excedencia por cuidado de hijos, razón que (apoyando la argumentación de base, constituida por la propia dicción literal del precepto) permitiría considerar al trabajador en situación de alta a efectos de protección por desempleo (SSTSJ Aragón, de 6 de noviembre de 1991; Baleares, de 27 de mayo de 1992; Andalucía/Sevilla, de 17 de junio de 1993; Valencia, de 9 de febrero de 1994; Cataluña, de 14 de febrero de 1994; Valencia, de 28 de abril de 1994, y Murcia, de 13 de febrero de 1996³⁹⁶), entendiéndose en otras ocasiones que no era posible beneficiarse de tales prestaciones porque así estaba establecido en el RD 356/1991, y porque el art. 2 del RD 625/1985 no incluye entre las situaciones asimiladas a la excedencia por cuidado de hijos, al no quedar modificado por la Ley 26/1990 (STSJ de Aragón, de 5 de mayo de 1993³⁹⁷).

Toda esta discusión doctrinal ha quedado zanjada por la promulgación de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, *reguladora del permiso parental y por maternidad*, cuyo art. 4 establece que el periodo *completo* de excedencia por cuidado de hijos (no ya sólo el primer año) tendrá la consideración de situación asimilada al alta *para*

³⁹³ Lo cual impulsaba a algunos autores a entender que las prestaciones por desempleo gozaban de idéntico trato que el resto de las prestaciones de la Seguridad social. Entre otros, GÁRATE CASTRO, J.: “Comentarios al régimen vigente de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo”. *Documentación Laboral*, núm. 34, 1991, p. 132.

³⁹⁴ El número 2 del mismo precepto enumera las situaciones expresamente excluidas del concepto de “situación legal de desempleo”, entre las que se halla en el cuarto apartado la no reincorporación al puesto de trabajo tras la finalización del periodo de suspensión que regula el ET.

³⁹⁵ Vid. STSJ de Madrid, de 12 de diciembre de 1989 (RTSJ 1989, 3174), en la que se reconoce el derecho al cómputo como cotizado del periodo en el que la demandante permaneció en situación de excedencia forzosa por razón de matrimonio.

³⁹⁶ AS 1991, 6291; 1992, 2331; 1993, 3106; 1994, 786, 557 y 1712; y 1996, 338. Todas ellas entienden que no existe base legal alguna para efectuar tal exclusión y que, por tanto, también las prestaciones por desempleo deben quedar amparadas por la presunción de cotización. Dicha situación de privilegio desaparecía, bajo la anterior regulación, una vez transcurrido el primer año e iniciado, por tanto, el de excedencia voluntaria (SSTSJ de Madrid, de 14 de abril de 1993, y de Castilla-León/Burgos, de 18 de julio de 1994. AS 1993, 1964 y 1994, 2943).

³⁹⁷ AS 1993, 2168.

acceder a las prestaciones por desempleo (siempre y cuando se reúnan las condiciones para ello³⁹⁸), no siendo, sin embargo, computable como periodo de ocupación cotizada para lucrarlas³⁹⁹, y alterando, por tanto, la norma del art. 180 LGSS y del art. 17.1 del RD356/1991, que no efectuaba dicha exclusión.

No obstante, se dispone que será aplicable a tal situación la *teoría del paréntesis* propia del régimen jurídico de acceso a las pensiones (cfr., art. 161.1 LGSS, según la redacción dada por la Ley 24/1997, de 15 de julio⁴⁰⁰), en el cómputo del periodo cotizado anterior a la situación de desempleo: “a efectos de este cómputo, se podrá retrotraer el periodo de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar (...) por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en la situación de excedencia forzosa”. Lo cual permite retrotraer el cómputo del periodo de carencia a un tiempo anterior al momento en el que en otro caso se iniciaría su cálculo, es decir, más allá de los seis años anteriores al hecho causante, quedando sustituido el momento del hecho causante por el de la interrupción de la obligación de cotizar.

³⁹⁸ Ya que ciertas categorías de trabajadores quedan excluidas de la protección por desempleo: tal es el caso de los empleados de hogar (art. 28.2 Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre), o los altos cargos o administradores-socios mayoritarios o con poder de decisión en la empresa (D.A. 4ª L.G.S.S.).

³⁹⁹ Al respecto señala DILLA CATALÁ (“La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos (La Ley 4/95, de 23 de marzo)”, A.L., núm. 40, 1995, págs. 700-701) que, puesto que la Ley 4/95 no contiene disposición derogatoria alguna, debe entenderse vigente en toda su amplitud el art. 180 LGSS, en el que se considera como de cotización efectiva el primer año de excedencia con derecho a la reserva del puesto de trabajo, a efectos de todas las prestaciones, sin establecer, pues, “ningún límite en cuanto a las posibles prestaciones a las que puede referirse.” En el mismo sentido, QUINTANILLA NAVARRO, B.: “La excedencia para cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995”, R.L., núm. 20, 1995, ps. 17 y ss., para quien la nueva disposición, introducida por la Ley 4/1995, y en virtud de la cual el periodo de excedencia carece de relevancia en orden a cotización para lucrar prestaciones por desempleo, ha de entenderse referida al periodo de excedencia que supera el primer año de duración, pero no a ese primer año, al que alcanzaría la cotización ficticia. Se trata, en todo caso, de una opinión minoritaria, ya que la mayor parte de la doctrina aboga por la derogación de dicha norma por la Ley 4/1995, de 23 de marzo. Así, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R.: “Nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijo”. *Relaciones Laborales*, núm. 11, 1995, ps. 1225 y ss.; y PÉREZ ALONSO, Mª A.: “La nueva excedencia por cuidado de hijos en el ámbito laboral”. *Poder Judicial*, núm. 38, 1995, p. 239. En todo caso, no puede apoyarse dicha interpretación en el art. 5.6 de la Directiva 96/34/CEE, sobre el permiso parental, en el que se insta a considerar los periodos de licencia parental a efectos de acceso y cálculo de prestaciones, con alusión expresa a las de incapacidad temporal y desempleo.

⁴⁰⁰ Según el cual, “en los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el periodo de los dos años... deberá estar comprendido dentro de los quince años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.” Con anterioridad, también las Resoluciones de la D. Gral. del Régimen Jurídico de la Seguridad Social, así las Resoluciones de 17 de marzo de 1986 y de 10 de Diciembre de 1990, por las que se dan instrucciones en favor de la retroacción del periodo de carencia genérica o específica al momento en el que se produjo la extinción del contrato o el inicio de las situaciones de invalidez provisional o de desempleo involuntario, todas ellas situaciones que implican el cese de la obligación de cotizar.

Ésta es la norma que se extrae directamente del art. 207 b) LGSS, en el que se dispone que el periodo de cotización exigido deberá haberse completado con anterioridad a la situación legal de desempleo o al momento en el que cesó la obligación de cotizar. Por tanto, no era necesario que se dispusiera expresamente en el Reglamento de la prestación por hijo a cargo, a menos que se quiera aclarar que el momento de finalizar la obligación de cotizar se refiere a la cotización efectiva y no a la presunta en que consiste la prestación no económica por hijo a cargo.

De cualquier modo, tampoco perjudica al trabajador la situación de excedencia en materia de prestaciones por desempleo, de forma que, si en el transcurso del periodo de suspensión por excedencia tiene lugar la extinción del contrato de trabajo, pasando el trabajador a la situación de desempleo involuntario, las cotizaciones computables para lucrar las prestaciones que cubren dicha contingencia no serán sólo las efectuadas durante los seis años anteriores a ese momento, sino las realizadas en los seis años anteriores al inicio de la situación de excedencia, de lo cual se infiere que, si se han conectado varios periodos sucesivos, sin solución de continuidad, como consecuencia del nacimiento de varios hijos, el periodo computable podrá quedar notablemente ampliado, mucho más allá de los seis años ordinarios.

La eficacia de esta regla se proyecta, en virtud del art. 211 LGSS, también al cálculo de la base reguladora de la prestación, al tomarse como periodo de cómputo los seis meses anteriores al momento en el que cesó la obligación de cotizar. Por tanto, aunque no se disponga expresamente (el art. 4 de la Ley 4/1995 sólo habla de "obtener las prestaciones por desempleo"), puesto que no se atribuye efecto como periodo cotizado al primer año de excedencia por cuidado de hijos, tampoco permitirá ampliar la duración de la prestación ni modificar su cálculo, para la que resultaría un periodo neutro⁴⁰¹. Puede argumentarse que la claridad de la redacción de los arts. 209, 210 y 211 LGSS en lo que respecta al periodo de base, indicándose en todo momento que lo será el anterior a la situación de desempleo o al momento en el que cesó la obligación de cotizar, hace innecesaria mayor aclaración. No obstante, no deja de inducir a confusión la ausencia de una más precisa redacción en la Ley 4/1995, por tratarse de una norma especial sobre la regla general constituida por tales preceptos.

Todo ello tiene mayor trascendencia que la hasta aquí apuntada, ya que, si la situación de excedencia por cuidado de hijos constituye supuesto de asimilación al

⁴⁰¹ En tal sentido, SSTSJ de Aragón, de 5 de mayo y de 26 de noviembre de 1992 (AS 1992, 2168 y 644). En contra, TORTUERO PLAZA: op.cit., p. 279 y GORELLI HERMÁNDEZ: op.cit., ps. 269 y 270. Entre la jurisprudencia de suplicación, SSTSJ de Aragón, de 6 de noviembre de 1991 (AS 1991, 6291), Baleares, de 27 de mayo de 1992 (AS 1992, 2331) y Andalucía, de 17 de junio de 1993 (AS 1993, 3106).

alta a efectos de protección por desempleo. Y, por tanto, cualquiera de las situaciones que conforman el concepto legal de desempleo involuntario quedan protegidas si acaecen durante el periodo de suspensión del contrato debida a excedencia, puesto que el art. 17 no efectúa discriminación alguna, reciben cobertura legal. De esta forma se enerva la posible exclusión a la que se vería sometida en circunstancias normales, producto del efecto neutralizador que produciría la concurrencia de dos situaciones suspensivas, paralizando los efectos de una los de la que aconteciera en segundo lugar. De lo que se deduce que, si hallándose suspendida la relación de trabajo por causa de excedencia por cuidado de hijos y, por tanto, no existiendo trabajo alguno que pudiera ser objeto de suspensión, tiene lugar una suspensión contractual como consecuencia de un expediente de regulación de empleo debidamente autorizado, siendo ésta una de las situaciones que conforman el concepto de desempleo involuntario definido en el art. 208 LGSS, quedará también amparada por la norma. Quedará abierta, por tanto, de forma indirecta, la posibilidad al trabajador de beneficiarse de las prestaciones por desempleo. De cualquier modo, debe tenerse presente que, utilizadas ya tales cotizaciones, no servirán posteriormente para acceder a una nueva prestación si tiene lugar la extinción del contrato⁴⁰².

Ahora bien, a pesar de que, *a priori*, pueda sostenerse que el reconocimiento que efectúa el art. 4 de la Ley 4/1995, incorporado al texto del art. 17 del RD 356/1991, alcanza a todas las situaciones incluidas en la contingencia de desempleo, pues no se efectúa acotación alguna, desde una perspectiva lógica no puede sostenerse que la excedencia sea situación habilitante para devengar prestaciones por desempleo parcial. Es decir, aquel que deriva de la reducción de la jornada ordinaria de trabajo como consecuencia de expediente de regulación de empleo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o por fuerza mayor, al amparo del art. 22.5 RD 625/1985, por el que se desarrolla la introducción de la LGSS, en materia de prestaciones por desempleo, e Instrucción del INEM de 30 de julio de 1994. El motivo de base es la inexistencia de prestación laboral cuyas condiciones ordinarias deban resultar alteradas, ya que con posterioridad a la efectividad de dicha medida el trabajador no va a desempeñar un trabajo en régimen de jornada reducida, por la sencilla razón de que *no desarrolla trabajo alguno*⁴⁰³. Desde

⁴⁰²El beneficiario puede recurrir a una solución alternativa: renunciar a la prestación por suspensión, reservando las cotizaciones para devengar futuras prestaciones derivadas de la extinción del contrato.

⁴⁰³ Podría considerarse que, en sentido estricto, en cuanto situación asimilada al alta, sólo podría entenderse como situación de desempleo involuntario protegible, equiparable al resto de las que se describen en el art. 208 LGSS, entre las que no se contempla la excedencia, pues la extinción del contrato es ya de por sí situación habilitante para acceder a las prestaciones por desempleo, siempre y cuando aquélla haya tenido lugar por alguna de las "causas legales" protegidas. El reconocimiento de la excedencia como situación asimilada al alta, como el del resto de las que así se contemplan en el art. 2 del RD 625/1985, parece obedecer a la consideración de que el periodo anterior a la extinción del contrato también es relevante para el acceso a las prestaciones. Sin

cualquier punto de vista, la regulación prevista en el art. 17 del Reglamento regulador de la prestación no económica por hijo a cargo es ciertamente oscuro e impreciso.

Periodo al que resulta aplicable la asimilación al alta:

La inicial regulación establecida por la Ley 26/1990 y posterior Reglamento de desarrollo (RD 356/1991) utilizaba un mismo parámetro temporal para efectuar la atribución de dos beneficios especiales al trabajador excedente -la consideración como cotizado de cierto periodo y la asimilación al alta para facilitar el acceso a las prestaciones-, al derivar la asimilación al alta del previo reconocimiento de dicho periodo como tiempo cotizado a la Seguridad social. Dicho marco temporal es el primer año de suspensión del contrato, careciendo el resto del periodo de efecto alguno en lo que respecta a la relación jurídica de Seguridad social.

Sin embargo, la Ley 4/1995 vino a alterar ese sencillo régimen jurídico, introduciendo un elemento de distorsión en el ámbito de la protección por desempleo, a través del cual se pretendía compensar con una ventaja especial el perjuicio que se deducía de la exclusión del acceso a la prestación durante la situación de excedencia. De tal modo se creó un doble sistema de protección, en el cual las prestaciones por desempleo eran objeto de un tratamiento autónomo al del resto de las prestaciones. Todo ello significa que, si bien el acceso a las prestaciones por desempleo queda desplazado del beneficio de la cotización ficticia que corresponde al primer año de excedencia, frente a cualquiera de las otras prestaciones integradas en acción protectora del sistema de la Seguridad social, a cambio queda ampliada la asimilación al alta al periodo completo de los tres años, mientras que en otro caso aquélla sólo alcanza al primer año del periodo⁴⁰⁴.

Éste es el nuevo marco legal que parece implantar la Ley 4/1995, de 23 de marzo. No obstante, partiendo del carácter de la excedencia por cuidado de hijos, a la que precisamente la Ley 4/1995 confiere el carácter de forzosa, y aplicando la norma general en la materia de las situaciones asimiladas al alta, el art. 125 LGSS, debe rectificarse el anterior criterio. Hay que apuntar a la conclusión contraria, es decir, a la consideración de todo el periodo de excedencia por cuidado de hijos -los tres años- como periodo de asimilación al alta, puesto que todo el periodo tiene hoy la

embargo, toda la argumentación anterior cae cuando se desconecta la suerte del contrato de trabajo con la permanencia en el sistema de la Seguridad social, garantizado sólo mediante el mecanismo de la asimilación al alta, pues, de lo contrario, a pesar de existir un contrato vigente, la ausencia de alta y consiguiente cotización cerraría el paso a la cobertura "prestacional" por parte del sistema de la Seguridad social.

⁴⁰⁴ Podría utilizarse la siguiente fórmula matemática para comparar ambos regímenes jurídicos: la norma general es el 1-1 (un año de cotización-un año de asimilación al alta) y la especial, aplicable a las prestaciones por desempleo, es el 0-3 (cero años de cotización-tres años de asimilación al alta).

naturaleza de excedencia forzosa y ésta es la que el art. 125.2 considera asimilada al alta, al no efectuar distinción alguna sobre el origen de la excedencia⁴⁰⁵.

En efecto, el art. 125.2 habla de "excedencia forzosa", pero no de "excedencia forzosa por cargo público", lo cual permite abarcar todas las situaciones de excedencia, sean por cargo público o por cuidado de hijos. Por consiguiente, el periodo que se entendería asimilado al alta sería el de la duración de la excedencia, no únicamente el primer año de la misma, como señalaba el art. 17 RD 356/1991. La Ley 4/1995, al alterar el carácter de la excedencia por cuidado de hijos, ha modificado indirectamente el régimen de la asimilación al alta durante tal situación, a pesar de no introducir cambio expreso en la materia, por lo que debe entenderse sustituido el contenido del art. 17.1 por el del art. 125.2 LGSS.

Ésta es la argumentación que realiza el TSJ de Cantabria, de 14 de marzo de 1996⁴⁰⁶ (si bien a efectos de protección por desempleo), que entiende "recuperable" el alta como consecuencia de la existencia de un derecho incondicionado al reingreso, razón que justifica la consideración del periodo intermedio como situación asimilada al alta. Concurriendo dicha circunstancia tanto en esta excedencia como en cualquier otra que comparta el carácter de forzosa, las consecuencias en el ámbito de la Seguridad social deben ser las mismas.

En cualquier caso, puesto que se efectúa expresa exclusión de las prestaciones por incapacidad temporal y maternidad, y en virtud de su carácter de subsidios dirigidos a cubrir la pérdida de ganancia procedente de la interrupción de la prestación laboral, no existiendo ésta puede mantenerse la compatibilidad del art. 17.1 con la nueva configuración de la situación como asimilada al alta.

C. LA OBLIGACIÓN DE COTIZAR DURANTE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO.

1. Régimen jurídico de la obligación.

La obligación de cotizar, por expreso mandato del art. 106.4 LGSS, se mantiene durante la suspensión del contrato⁴⁰⁷ aunque no exista derecho a prestación⁴⁰⁸, ya que

⁴⁰⁵ PÉREZ ALONSO ni siquiera cuestiona que pueda ser de otro modo ("La nueva excedencia por cuidado de hijos en el ámbito laboral". *Poder Judicial*, núm. 38, 1995, p. 240).

⁴⁰⁶ AS 1996, 505.

⁴⁰⁷ El precedente de dicha obligación se halla en el art. 40 del Decreto de 4 de junio de 1959, que disponía el mantenimiento de la obligación de cotizar durante la situación de maternidad. La Orden Ministerial de 30 de junio del mismo año (sobre cotización a los Seguros Sociales de Vejez e Invalidez -SOVI- y de Enfermedad y Subsidios Familiares), desarrollando tal previsión, establecía en su art. 23.4 que la cuota única a ingresar durante tal situación se determinaría tomando como salario base el importe de la indemnización legal o prestación económica que el trabajador percibe y la que por iguales causas derivaba de las Reglamentaciones de Trabajo. Sistema que, como apunta GARCÍA NINET ("La cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria

la cotización en este caso se configura como una obligación autónoma, que no depende ni de la existencia de derecho al subsidio, pues se mantiene aun cuando el beneficiario carezca del derecho a éste, ni de la obligación salarial, que se halla suspendida⁴⁰⁹. Por el contrario, su subsistencia depende de la propia pervivencia del vínculo laboral⁴¹⁰.

En consecuencia, puede atribuírsele naturaleza de prestación, y reconducirse a una suerte de asimilación con la prestación no económica por hijo a cargo. Cabe afirmar que, por norma general, será una prestación complementaria del subsidio económico, aunque, en ocasiones, va a constituir única prestación *indirecta* del sistema de la Seguridad social, al no ir acompañada de prestación dineraria.

La virtualidad de la subsistencia de esta obligación es garantizar la permanencia en el sistema de la Seguridad social, y, por consiguiente, tanto el acceso a otras prestaciones durante el periodo considerado⁴¹¹, como la ausencia de lagunas de cotización que funcionaran en perjuicio del beneficiario⁴¹², a efectos de futuras prestaciones⁴¹³.

en el Régimen General de la Seguridad Social". RSS, núm. 3, 1979, p. 76), desvinculaba completamente la base de cotización durante la suspensión del contrato de la base ordinaria, habida cuenta de la base hipotética sobre la que se calculaba la prestación. Las posteriores normas reguladoras de la cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria (Decreto 56/1963, de 17 de enero, BOE del 19,, y OM de 20 de febrero de 1963, BOE de 9 de marzo) aproximan el régimen de la obligación de cotizar en tales situaciones al sistema vigente, al conferirle autonomía respecto del cálculo de la base reguladora (art. 2.2: se determinarán "en función de la tarifa aplicable, según la categoría profesional de los trabajadores"). Debe señalarse, sin embargo, respecto del régimen vigente, que, en lo que a su estructura se refiere (no a su contenido, pues, como acaba de verse, las cuantías de las bases finales resultaban totalmente diferentes), es patente la proximidad entre el sistema originario, fijado en 1959, y el actual (cuyo precedente inmediato se sitúa en el art. 70 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprueba la *Ley de Seguridad Social*, modificado por la Ley 24/1972, de 21 de junio, sobre *Financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social*), al utilizar la misma regla de cálculo para la base de cotización y para la base reguladora (aun cuando no se efectúe en la vigente legislación remisión expresa, salvo en un caso, el del trabajo a tiempo parcial, ex RD 489/1998, de 27 de marzo). Sobre el iter histórico legislativo, vid. GARCÍA NINET, J.I.: "La cotización...", op.cit., ps. 75 y ss.

⁴⁰⁸ Ésta es una de las posibles opciones legislativas para garantizar la vinculación con el sistema de la Seguridad social durante este periodo. El sistema alternativo, previsto en el Derecho español para el supuesto de la excedencia por cuidado de hijos, y en el Derecho comparado para el descanso maternal, es el del reconocimiento de éste como periodo hipotético de cotización, a efectos de futuras prestaciones (cfr., Italia: art. 8 de la ley n. 155 de 1981, con las reformas introducidas en 1992 y 1995 (decreto legislativo n. 503 de 1992 y ley n. 335 de 1995, de reforma de las pensiones).

⁴⁰⁹ En contra de la autonomía de la cotización respecto de la prestación por maternidad, GORELLI HERNÁNDEZ (op.cit., p. 163).

⁴¹⁰ STSJ de Madrid, de 1 de julio de 1996 (AS 1996, 2620).

⁴¹¹ Señala GARCÍA NINET ("La cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social", *Revista de Seguridad Social*, núm. 3, p. 89) que

⁴¹² GARCÍA NINET ("La cotización...", op.cit., p. 77) ve en ella una ficción legal, ya que no existe fundamento alguno, salvo la expresa disposición que la crea, para que haya de conservarse la obligación de cotizar, cuando ésta está estrictamente unida a la prestación salarial, que se halla en suspenso. Si, por el contrario, se configura como prestación de la Seguridad social, sería una

Lo que no cabe es que la subsistencia del abono de cuotas posibilite el acceso al propio subsidio de maternidad, si la carencia exigida por el art. 133 ter LGSS ha de haberse completado *antes* de acontecer el hecho causante (el descanso subsidiado o la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción)⁴¹⁴.

En cualquier caso, se trataría de una prestación a cargo del empresario (similar a la correspondiente a los doce primeros días del subsidio por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes ex art. 129.1 LGSS), sin perjuicio de la cuota obrera que sería detraída del importe del subsidio⁴¹⁵.

Las cuotas se calculan y se deben en función de la existencia de unos salarios. En cuanto éstos no se devengan, desaparece el soporte de la obligación de cotizar y por ello se altera su naturaleza, convirtiéndose en prestación a cargo del empresario, calculándose su cuantía sobre el salario que presuntamente percibiría el trabajador de no hallarse suspendido su contrato, o, lo que es lo mismo, sobre las rentas que percibe en tal situación.

Como ya se ha apuntado, la obligación de cotizar, en virtud del art. 106.4 LGSS, así como de los arts. 13.2 y 68 del R.D. 2064/1995, *por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social*⁴¹⁶, y 6.1 de la Orden de Cotización de 26 de enero de 1998⁴¹⁷, se mantiene durante la situación de maternidad (aunque este periodo “suponga una causa de suspensión de la relación laboral”), mientras subsista el vínculo contractual que la

prestación a cargo del empresario, si bien autónoma, a diferencia de lo que pueda acontecer con relación a los primeros doce días del subsidio por incapacidad temporal.

⁴¹³ Esta hipótesis justifica por sí misma el mantenimiento de la obligación de cotizar durante esta situación, sin que ello constituya en modo alguno enriquecimiento injusto para la Seguridad Social. GARCÍA NINET (“La cotización...”, op.cit., ps. 89-90) alude a la polémica resuelta por el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de julio de 1974 (RJ 1974, 3212), sobre el pretendido efecto enriquecedor de tal norma, acudiendo al hecho cierto de que también puede producirse una contingencia, incluso profesional, durante la suspensión del contrato, teniendo en cuenta que la enfermedad profesional o las secuelas de un accidente pueden manifestarse en tales circunstancias.

⁴¹⁴ En contra, GARCÍA NINET (“La cotización...”, op.cit., p. 98), en interpretación del art. 23,2 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio (BOE del 28).

⁴¹⁵ No se entra aquí en el examen de la cuestión relativa a la posible vulneración del principio constitucional de mantenimiento de un régimen público de Seguridad social, abordada por la conocida STC 37/1994, en el sentido de admitir la intervención privada cuando se trate de meros aspectos colaterales o singulares, que no afectan a la estructura institucional del sistema español de Seguridad social.

⁴¹⁶ El precedente de dicha regulación es el Decreto 1645/1972, de 23 de junio, *sobre cotización al Régimen General de la Seguridad Social*, y su normativa de desarrollo (Orden Ministerial de 30 de junio de 1972, BOE del 7 de julio), del que se desprende una regulación similar, si bien sobre bases de cotización tarifadas, no sustituidas por bases reales hasta el RD 82/1979, de 19 de enero (BOE del 24).

⁴¹⁷ Por la que se desarrollan las normas de cotización contenidas en la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998.

fundamenta. Extinguido éste, cesará la obligación de cotizar, tanto para la empresa, como para el I.N.S.S. -o el I.N.E.M., agotada la prestación por desempleo-, aun subsistiendo la situación de maternidad, adopción y acogimiento de menores, y aunque continúe garantizándose la protección por tal contingencia (abonándose, por tanto, sólo la prestación económica)⁴¹⁸. Ello responde a un hecho incontestable: la obligación de cotizar se halla indisolublemente ligada a la permanencia del contrato de trabajo, operando la percepción de la prestación contributiva por desempleo como un instituto jurídico similar a la prolongación de los efectos del contrato.

El nacimiento de esta "especie" de prestación es simultáneo al de la suspensión del contrato (coincidirá en el tiempo, por consiguiente, con el nacimiento del subsidio). Observada como obligación preexistente, la obligación de cotizar se mantiene, pero, desde su concepción como prestación, el momento de la suspensión es el que da lugar a la génesis de este beneficio adicional a cargo del empresario, no ligado a la ejecución del contrato, sino a su propia vigencia.

En cuanto al régimen jurídico de dicha obligación, debe hacerse referencia a dos aspectos de capital importancia: la base de cotización por la que se efectuará la cotización y el porcentaje aplicable para determinar la cuota por un lado⁴¹⁹, y por el otro lado, la dinámica de la obligación:

1. Base de cotización:

- Por *contingencias comunes*: la base de cotización será, en virtud del art. 6.2 de la OM de 26 de enero de 1997⁴²⁰, la correspondiente al mes anterior al de la fecha del inicio del descanso⁴²¹. Es decir, la tomada en cuenta para el cálculo de la base reguladora, que no podrá ser inferior a la base mínima vigente en cada momento en el Régimen de que se trate (art. 68.3 RD 2064/1995 y 6.4 de la OM de cotización de 26 de enero de 1998) y que incluirá la correspondiente prorata por las

⁴¹⁸ Así se deriva de la doctrina del Tribunal Supremo en unificación de doctrina (Sentencias de 18 de septiembre y 7, 25 y 27 de noviembre de 1991 (R.J. 1991, 6469 y 8205, 9269 y 842), de 13, 29 y 27 de diciembre de 1991 (R.J. 1991, 9070, 9092 y 9103); de 5, 6, 14 y 29 de febrero, 21 de marzo, 4, 9 y 20 de abril y 30 de junio de 1992 (R.J. 1992, 915, 1139, 987, 1155, 1861, 2597, 2614, 2663 y 4696), de 2 y 4 de febrero de 1993 (R.J. 1993, 728 y 740), que cita a las anteriores, y de 21 de enero de 1994 (R.J. 1994, 359) y las Resoluciones de la Dirección General del Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social de 19 de abril de 1985 y de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 8 de junio de 1992, traspuesta al Oficio-Circular 14/1992, de 7 de julio, de la Dirección General del I.N.S.S.

⁴¹⁹ Véase sobre el tema del cálculo de las cuotas a ingresar durante esta situación, PLANAS GÓMEZ, M.: "Incapacidad temporal y maternidad. Cálculo de las bases de cotización y bases reguladoras". *Tribuna Social*, núm. 51, 1995, ps. 168 y ss.

⁴²⁰ Disponía el art. 29 de la *Orden de 28 de diciembre de 1.966, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo en materia de campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en periodo voluntario en el Régimen General de la Seguridad Social*, que la cotización se realizará sobre la misma base que se viniese aplicando al trabajador, salvo que se produjese una modificación de la misma.

⁴²¹ STSJ del País Vasco, de 6 de septiembre de 1993 (AS 1993, 4119).

gratificaciones extraordinarias (STS, u.d., de 10 de diciembre de 1992, y STSJ de Aragón, de 27 de marzo de 1996⁴²²). La similitud entre la determinación de la base de cotización durante la suspensión del contrato y la base reguladora de la prestación, al apreciarse una absoluta identidad entre ambas bases de cálculo (la que sirve para calcular la prestación es también utilizada para determinar la cuota a ingresar en concepto de cotización), permite remitir el tratamiento de este tema al análisis de la composición de la base reguladora de la prestación realizado en páginas anteriores.

Sin perjuicio de ello, y sin ánimo de extender innecesariamente la presente exposición, se efectúa a continuación un examen sintético de la obligación objeto de atención.

Las previsiones del art. 6.2 de la Orden de cotización anual son completadas por lo dispuesto en las reglas primera a tercera del mismo precepto:

- Cuando la retribución tenga carácter mensual y el trabajador haya permanecido en alta en la empresa durante todo el mes natural anterior al de la iniciación de dicha situación, la base de cotización de ese mes se dividirá por 30 a efectos de cálculo de la base de cotización diaria (regla segunda).
- Cuando las retribuciones se satisfagan con carácter diario o cuando el trabajador no haya permanecido en alta en la empresa durante todo el mes natural anterior (o haya ingresado en ésta en el mismo mes de inicio del disfrute del descanso por maternidad), el importe de la base de cotización de dicho mes se dividirá por el número de días a que se refiera la cotización. El cociente resultante (que se normalizará según la forma prevista en el art. 1.2 cuarta regla de la citada OM) constituirá la base diaria de cotización durante dicha situación (reglas primera y cuarta).
- Siendo la retribución mensual, si el trabajador no ha permanecido en alta en la empresa durante todo el mes natural anterior (o ha ingresado en ésta en el mismo mes de inicio del disfrute del descanso por maternidad), el importe de la base de cotización de dicho mes se dividirá por el número de días a que se refiere la cotización, resultando de ello la base diaria de cotización, que, una vez normalizada, se multiplicará por 30 (o, en su caso, de no haber permanecido en alta durante todo el mes, por la diferencia existente entre dicha cifra y el número de días que realmente haya trabajado en dicho mes). (Reglas tercera y cuarta).
- Por *contingencias profesionales*, la base reguladora a la que se le aplicará el porcentaje contenido en el epígrafe 126⁴²³ de la Tarifa de Primas aprobada por Real Decreto 2930/1979, de 29 de diciembre, para todos los trabajadores por cuenta

⁴²² RJ 1992, 10069, y AS 1996, 1193.

⁴²³ Coeficiente 0,90%, al que se le aplicará la reducción del 10%.

ajena, cualquiera que fuere su actividad y categoría profesional (art. 68.4 RD 2064/1995 y 6.5 OM de 26 de enero de 1997) se determinará por las reglas del art. 6. 3 de la OM de 18 de enero de 1995, es decir, adicionando a la base de cotización por contingencias comunes la correspondiente a horas extraordinarias, computándose el promedio de las efectivamente realizadas y cotizadas durante el año inmediatamente anterior a la fecha de inicio del periodo de descanso⁴²⁴. Dicho promedio será dividido por doce o por 365, en función de la periodicidad, mensual o no, de las retribuciones del trabajador.

2. *Dinámica de la obligación*: son sujetos obligados a la cotización, aun cuando el INSS sea el ente gestor de la prestación, los mismos sujetos sobre los que pesa durante el desenvolvimiento ordinario de la relación laboral⁴²⁵ (extinguido el contrato, la obligación empresarial pasará a ser asumida por el ente gestor de la prestación de desempleo: el INEM), con la salvedad de que la parte debida por el trabajador habrá de ser detrída de la cuantía correspondiente al subsidio abonado por el INSS, habiendo de ingresar el empresario sólo su cuota (D.A. 6ª del RD 1300/1995, de 21 de julio, *sobre incapacidades laborales del Sistema de la Seguridad Social*).

En el momento de hacer efectivo el subsidio, la entidad gestora habrá de deducir del importe del mismo la cuota que corresponde aportar por el trabajador a la Seguridad social, desempleo y formación profesional (D.A. 6ª del RD 1300/1995, de 21 de julio).

Si las normas anteriores construyen el régimen general de la obligación de cotizar durante la suspensión del contrato por maternidad, deben ser complementadas por las especialidades que derivan del régimen especial previsto para ciertos tipos de actividades remuneradas.

Tal es el caso de los trabajadores contratados a tiempo parcial, para los que las reglas en materia de cotización se ajustan a la especial jornada de trabajo desarrollada. En efecto, establecía el art. 32 de la Orden anual de cotización (derogada por el RD 489/1998) que para la determinación de la base de cotización correspondiente a los periodos de disfrute de los descansos por maternidad se dividirá el importe total de las bases de cotización correspondientes al año anterior por el número de días cotizados en dicho periodo, o periodo inferior acreditado (de no haberse prestado servicios durante un año completo). Es decir, se reproducía la regla

⁴²⁴ En opinión de MORRO LÓPEZ (“La cotización en los diversos supuestos en que se aparta de la normalidad”, *Tribuna Social*, núm. 20/21, 1992) “resulta contra natura que se cotice por unas horas extraordinarias no realizadas, por no existir nexo de causalidad con el trabajo durante la situación de suspensión del contrato; sería más acertado, pues, según el citado autor, la suspensión de la cotización por contingencias profesionales durante tal periodo, precisamente por inexistencia de riesgos.

⁴²⁵ STS de 7 de noviembre de 1991 (R.J. 1991, 8205) y STSJ de Madrid, de 7 de junio de 1993 (AS 1993, 3131).

general de identidad de reglas de cálculo base reguladora-base de cotización, a la que se aludía con anterioridad.

La nueva regulación de la cotización en los contratos de trabajo a tiempo parcial, introducida por la Disposición adicional única del RD 489/1998⁴²⁶, que se incorpora al art. 65 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, sustituye la utilización de una base autónoma por el recurso a la propia base reguladora de la prestación, evitando así, en un ejercicio de coherencia, la duplicidad de cálculos. Dicha base se aplicará exclusivamente a aquellos días del mes en los que se deba prestación de servicios (aunque no se presten efectivamente como consecuencia de la suspensión del contrato) y, por tanto, por los que existe obligación de cotizar (art. 65.3 RD2064/1995, de 22 de diciembre).

2. Incidencia de la conexión de la prestación por maternidad con la de desempleo contributivo sobre la obligación de cotizar.

La prestación por maternidad puede disfrutarse durante la percepción de la prestación contributiva por desempleo. Siendo el hilo argumental de la presente investigación la suspensión del contrato, debe prescindirse del análisis de las vicisitudes de la obligación de cotizar más allá de la extinción del contrato, aun cuando pueda conservarse, en virtud de su autonomía, el derecho a la prestación por maternidad hasta su agotamiento. Sin embargo, no puede olvidarse que las prestaciones por desempleo pueden percibirse durante la suspensión del contrato (o el desempleo parcial por reducción de la jornada) y, por tanto, resulta pertinente el examen de dicha hipótesis en este trabajo.

Tampoco hay que obviar el hecho de que los derechos a la suspensión contractual y a la prestación por maternidad tienen carácter autónomo y, en consecuencia, la dinámica de ésta merece cierta atención particularizada, aunque condicionada por el hecho de que, una vez extinguido el contrato, desaparece el punto de conexión que justifica su tratamiento unificado en este trabajo (ergo la atención que se le dedique se limitará a lo estrictamente necesario para la comprensión global de la hipótesis).

Tanto durante la situación de maternidad como la de desempleo subsidiado subsiste la obligación de cotizar. Sin embargo, cuando ambas situaciones se combinan en un mismo periodo temporal, como consecuencia de la terminación del vínculo contractual, bien sea con anterioridad a la producción del hecho causante, o con posterioridad al mismo, la obligación de cotizar experimenta importantes alteraciones,

⁴²⁶ Al respecto debe señalarse que, quizás por simple errata objeto de la pertinente corrección, se ha olvidado introducir en el reformado art. 65.3 del Reglamento de cotización y recaudación la pertinente referencia a la situación de maternidad, lo cual constituye, sin duda, una contradicción con lo dispuesto en el art. 68 del mismo texto reglamentario, en el que sí se hace mención de ambas situaciones, en cuanto al mantenimiento de la obligación de cotizar durante las mismas.

tanto en lo que respecta a la propia dinámica de la obligación de cotizar como en lo que atañe a los sujetos obligados a ello.

Hechas las anteriores acotaciones, es obligado distinguir entre dos posibles juegos de alternancias entre las prestaciones por maternidad y por desempleo:

A) Del desempleo a la maternidad (acceso al subsidio por maternidad desde la percepción de la prestación por desempleo):

El art. 19.4 del RD 625/1985 establece que, cuando el trabajador se halle en situación de desempleo subsidiado y pase a la de maternidad, la obligación de cotizar, estando vigente, se regulará según los términos del art. 12.3 de la Ley 31/1984, precepto que, integrado en el Título III de la vigente LGSS, ha de entenderse sustituido por el 214 LGSS. En consecuencia, dicha obligación no experimentará ninguna alteración en su continuidad por la sucesión en el disfrute de prestaciones, siendo asumida por la entidad gestora de la prestación por desempleo. Es decir, el paso de una prestación a otra comporta un cambio de entidad gestora de la prestación, *pero no de sujeto obligado al abono de la cotización*, que continúa siendo el INEM, competente para efectuar el pago delegado del subsidio de maternidad (D.A. 6ª RD 1300/1995).

El acceso a la prestación por maternidad puede darse desde las situaciones de suspensión o de extinción del contrato, siendo en ambos supuestos diferentes las soluciones legales:

- *Suspensión del contrato de trabajo:* no se plantea ninguna alternancia en la dinámica de la cotización, pues tanto en situación de maternidad como de desempleo incumbe a los mismos sujetos su ejecución (aunque la parte que corresponde al trabajador, según prevé el art. 214.2 LGSS, será aportada por la entidad gestora, que deberá efectuar la oportuna retención de la cuantía de la prestación abonada). Además, las cuotas que se devengan son las correspondientes a los mismos riesgos que los protegidos durante la situación de baja por maternidad, al disponer el art. 19. 3 RD 625/1985 que la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se regirá por aquellas normas (es decir, es de aplicación el epígrafe relativo a los trabajadores en periodo de baja).

Sin embargo, siendo de aplicación las normas que rigen la cotización durante la situación de desempleo, éstas sí contienen una disimilitud en un aspecto: la base de cotización tomada como base de cálculo de las cuotas, que será la correspondiente a la situación de desempleo, sobre la que se superpone la de maternidad (arts. 222.2 y 206.1 b) LGSS).

Por tanto, y en aplicación del art. 8 de la Orden de 26 de enero de 1998, por la que se desarrolla el art. de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998, será el promedio de las bases de cotización por contingencias comunes de los últimos seis meses de ocupación cotizada anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en el que cesó la

obligación de cotizar. Lo cual significa que se sustituye la base mensual por el promedio de los seis últimos meses.

Por contra, en la situación inversa, aquella en la que se superpone la prestación por desempleo a la de maternidad, como en realidad no es una superposición, sino una sucesión, se tratará de una mera alteración de la fórmula de cálculo de la cotización, pero no de una articulación de modalidades diferentes de una misma obligación que se comporta de diferente modo en función de la existencia de un contrato de trabajo que le sirva de base.

De todo ello resulta una regla básica: la existencia de una situación de desempleo involuntario total, sea por extinción o por suspensión del contrato, determina que resulten de aplicación las normas que la regulan, aun cuando la situación actual o predominante sea la de maternidad.

- *Reducción de la jornada ordinaria de trabajo* (desempleo parcial): se trata de una hipótesis en la que conviven dos situaciones compatibles: la percepción de una prestación por desempleo y la ejecución del contrato de trabajo, que puede ser suspendido como consecuencia de maternidad y, por tanto, generar un subsidio que será compatible con el de desempleo contributivo (sin perjuicio de ser reducida su cuantía en la misma proporción en la que resulte minorada la jornada y compensada, en consecuencia, a través de la prestación por desempleo). De ahí su omisión en el art. 222 LGSS, que sólo alude al desempleo total.

Tal concurrencia dará lugar a un doble comportamiento de la obligación de cotizar, que se continuará rigiendo por las normas propias de la situación de desempleo respecto de la cuota que a la prestación percibida corresponde, y simultáneamente por las de la situación de baja como consecuencia de maternidad, con la consiguiente disparidad de entidades gestoras obligadas al pago, así como de las bases de cotización sobre las que deberán calcularse las cuotas a ingresar.

Sin embargo, no es ésta la solución legal, pues el art. 19.4 RD 625/1985 dispone expresamente que "las cotizaciones a la Seguridad Social en el supuesto de que el beneficiario de prestaciones por desempleo, total o *parcial*, pase a la situación de (maternidad) se efectuarán, en la proporción correspondiente, por quienes las abonasen durante la situación de desempleo". Ello lleva implícita la idea de sustitución de la situación de desempleo por la de maternidad, conforme a las reglas generales. En virtud de las mismas, la maternidad aparta a la trabajadora - o, en su caso, al trabajador- del mercado de trabajo, legitimando su negativa a aceptar un empleo, de modo que la situación de desempleo involuntario queda temporalmente suspendida. Es decir, durante ese tiempo, *no existe realmente situación de desempleo involuntario*, sino baja por maternidad o descanso por maternidad, que, si bien no impide técnicamente la realización de un trabajo por

causa de incapacidad, sí constituye, como la suspensión del contrato de trabajo por tal causa, un supuesto de exoneración de la obligación de trabajar.

En cualquier caso, la obligación de cotizar se hace recaer en el sujeto obligado durante la situación de desempleo, el INEM. Ahora bien, no se le hace responsable de la totalidad de la cuota, sino sólo de la proporción que corresponda. En consecuencia, en realidad se está estableciendo la continuidad de la obligación de cotizar en los mismos términos en los que venía cumpliéndose hasta el momento, si bien en concepto distinto, el de maternidad, mientras que el resto de la cuota será asumida por la entidad gestora de la prestación por maternidad, en sustitución del empresario, que era el sujeto obligado hasta actualizarse la contingencia de la maternidad, que, en consecuencia, absorbe las situaciones de desempleo y de ejecución del contrato (pues lo suspende), pero diversifica la obligación de cotizar entre dos sujetos-entidades gestoras: INSS -en relación con el contrato que se suspende- e INEM -con respecto a la parte de la jornada que había sido reducida, situando al trabajador en desempleo parcial-.

Ello significa que también las normas sobre cálculo de la aportación en la que se concreta la obligación de cotizar serán distintas en cada caso, y, por tanto, que lo van a ser las cuotas que de ello resulten (en un supuesto, la base de cálculo será mensual, mientras que en el otro -desempleo- estará promediada en función de las bases acreditadas en los últimos seis meses de trabajo).

Siendo la cuota la de desempleo, la obligación, ya existente, se mantendrá en los mismos términos en los que se venía desarrollando, es decir, sin efectuar nuevo cálculo (pues nada establece en contrario el art. 19.4 RD 625/1985). La cuota a ingresar por el INSS, por el contrario, deberá ser objeto de cálculo en el momento de producirse la contingencia, pudiendo arrojar un resultado sensiblemente diferente al que en su día se obtuvo respecto de la cuota de la que resulta responsable el INEM.

- *Extinción del contrato:* mientras se mantenga la situación de desempleo subsidiado en su nivel contributivo, corresponderá al INEM efectuar el abono de la cotización (que se calculará según las normas propias de la prestación de desempleo: art. 222. 2 LGSS, teniendo en cuenta las reglas previstas en las normas anuales de cotización⁴²⁷). Una vez extinguida la prestación contributiva por desempleo, aunque el desempleado continúe disfrutando del descanso por maternidad (así se prevé en el art. 222.2 LGSS), desaparecerá la obligación de

⁴²⁷ Según la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1998, art. 89. Ocho.2, si la prestación de desempleo a la que se accede constituye la reanudación de una prestación suspendida, el promedio de las bases de cotización por contingencias comunes de los últimos seis meses de ocupación cotizada han de entenderse referido al correspondiente al momento del nacimiento del derecho. Es decir, la base de cotización a la Seguridad Social durante tal periodo será la correspondiente al derecho inicial por el que se opta.

cotizar para todos los sujetos, ya que no existe norma alguna que establezca expresamente dicha obligación, tal como declara la jurisprudencia consolidada de unificación de doctrina⁴²⁸, de forma que se conservará el derecho a la prestación pero no a la cotización⁴²⁹. No cabe efectuar otra interpretación, como la que sostienen ALARCÓN CARACUEL y FARGAS FERNÁNDEZ⁴³⁰, sobre la base de la dicción literal del art. 222.2 LGSS, según el cual "las cotizaciones a la Seguridad social serán abonadas por la entidad gestora de las prestaciones por desempleo", en relación con el art. 106.4 LGSS, que establece la continuación de la obligación de cotizar durante la situación de maternidad, puesto que:

- a) La finalidad del art. 106.4 LGSS es la de despejar toda duda sobre la permanencia de la obligación en situaciones de baja, habida cuenta de que dispone que su nacimiento se liga al alta en el Régimen General y su extinción a la baja en el mismo ("dicha obligación sólo se extinguirá con la solicitud en regla de la baja en el Régimen General..."). Su ubicación tras ser enunciada dicha regla general revela su indudable propósito aclaratorio.
- b) La norma del art. 222.2 LGSS tampoco ofrece dudas sobre su intención de asignar responsabilidades en orden a la cotización (al INEM), siempre y cuando exista dicha obligación de cotizar, y ésta sólo subsiste mientras se abonen prestaciones por desempleo, junto a las cuales el ingreso de aportaciones por parte de la entidad gestora componen una especie de prestación unificada, como se deduce del art. 206.1 LGSS, según el cual "la protección por desempleo comprenderá las prestaciones siguientes" (la prestación propiamente dicha y el abono de cotizaciones), añadiendo a continuación que, como parte de la prestación, se efectuará el abono de la aportación de la empresa correspondiente a las cotizaciones a la Seguridad social *durante la percepción de las prestaciones por desempleo*, por tanto, no más allá de ésta.

⁴²⁸ Sentencias de 18 de septiembre, 7 de noviembre, 13, 20 y 27 de diciembre de 1991 (R.J. 1991, 6469, 8205, 9070, 9092 y 9103), 4 de noviembre de enero de 1992 (R.J. 1992, 8779) y 17 de mayo y 27 de septiembre de 1993 (R.J. 1993, 4099 y 7036), entre otras.

⁴²⁹ En contra, ALARCÓN CARACUEL, M.R. y FARGAS FERNÁNDEZ, J.: "Cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria que se superpone y se prolonga más allá de la de desempleo contributivo (y passim sobre los límites de la unificación de doctrina)". REDT, núm. 69. Sobre el particular vid. también: GORELLI HERNÁNDEZ, J.: op.cit.

⁴³⁰ ALARCÓN CARACUEL, M.R. y FARGAS FERNÁNDEZ, F.: "Cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria que se superpone y se prolonga más allá de la de desempleo contributivo (y passim sobre los límites de la unificación de la doctrina)". REDT, núm. 69, ps. 8 y ss. Dichos autores entienden no sólo que dicha obligación debe mantenerse tras el agotamiento de la prestación por desempleo, sino que la entidad obligada es el INEM y no el INSS, competente para el pago de la prestación por maternidad.

B) De la maternidad al desempleo (extinción del contrato de trabajo durante el periodo de descanso⁴³¹):

A partir del examen del juego de alternancias con origen en la prestación por maternidad (desde la que se accede a la de desempleo) puede construirse una estructura o secuencia temporal en la que se distinguen claramente tres momentos diferentes y sucesivos en el desarrollo de la obligación de cotizar: un primer momento de alta real, vigente el contrato de trabajo; un segundo momento, en el que, extinguido el contrato, continúa el periodo de descanso por maternidad (y la percepción de la prestación), pero en la que no se cotiza por parte del INSS; y un tercer momento, en el que comienza la percepción de la prestación por desempleo, y en el que se reanuda la obligación de cotizar, a cargo del INEM⁴³².

De ello se deduce que la obligación de cotizar permanecerá o no en función de la extinción del contrato y el acceso a la prestación, quedando un espacio temporal intermedio en el que no habrá sujeto alguno obligado a cotizar (y que será tenido en cuenta en el momento del acceso a las prestaciones por desempleo, pues, como se desprende del art. 207 b) LGSS, la carencia exigida se traslada, en su caso, al periodo anterior al momento en el que cesó la obligación de cotizar). Es decir, la citada obligación se comporta de forma diferente en función del estado en el que se halle el contrato, cuya extinción origina la situación de desempleo involuntario.

La obligación de cotizar únicamente subsiste mientras continúe vigente el contrato de trabajo, realizándose el abono de la cuota correspondiente por los mismos sujetos de la relación laboral: empresario y trabajador (art. 106 LGSS)⁴³³. Cuando se extinga la relación laboral, dicha obligación quedará en suspenso (pues el INSS no está legalmente obligado a cotizar por el beneficiario del subsidio de maternidad) hasta que pase a asumirla la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, el INEM⁴³⁴, porque hasta entonces no existirá la situación legal de desempleo que

⁴³¹ Tratándose de un caso de suspensión del contrato, excluido del ámbito de aplicación del art. 222.1 LGSS, que sólo hace referencia a la extinción del contrato, la situación de maternidad prevalecerá sobre la de desempleo, que no nacerá hasta extinguirse la de maternidad (pues el contrato ya se halla suspendido) y, por tanto, no se planteará el problema de dilucidar qué entidad gestora se hace cargo de la cotización, puesto que no se opera un cambio de entidad gestora y porque, pasando a quedar suspendido el contrato, si bien como consecuencia de causa distinta, se mantiene la obligación de cotizar a cargo del empresario, aunque, como ya se ha indicado en el supuesto anterior, desplazándose la obligación de efectuar la retención de la cuota correspondiente al trabajador al INEM, que sustituye en tal función al empresario.

⁴³² Vid. STS de 7 de noviembre de 1991 (R. J. 1991, 8205) o la STSJ de Extremadura de 16 de marzo de 1992 (A. S. 1992, 1194), entre otras.

⁴³³ STS de 7 de noviembre de 1991, u.d. (R.J. 1991, 8205).

⁴³⁴ STS u.d. de 18 de septiembre y 27 de noviembre de 1991 (R.J. 1991, 6469 y 8421) y de 27 de enero de 1992 (R.J. 1992, 72). Existe, no obstante, jurisprudencia de suplicación (v.g., STSJ de Cataluña, de 28 de noviembre de 1991, AS 1991, 6497) contraria a esta tesis, que sostiene la obligatoriedad de la cotización aun cuando se haya extinguido el contrato y no haya nacido la prestación de desempleo, por entender que desde que se produce la extinción de la relación

permita la aplicación del art. 214 LGSS, que establece la obligación de cotizar durante la percepción de la prestación por desempleo⁴³⁵. Por tanto, cuando finalice la situación de maternidad -pues es en este momento cuando se inicia la percepción de la prestación por desempleo-, se reanudará la cotización, a cargo del INEM.

El cálculo de las cuotas a ingresar en las anteriores situaciones se realizará según las siguientes reglas:

→ *Base de cotización*: cuando la situación originaria sea la de desempleo subsidiado, la base de cotización resultará de promediar las bases de cotización por contingencias comunes de los últimos seis meses en activo (arts. 70 del RD 2064/1995 y 8 OM 26 de enero de 1998). Puesto que el concepto que se entiende sustituido por el subsidio de maternidad es únicamente la prestación por desempleo, no quedando afectada por tal "metamorfosis" la obligación de cotizar, debe concluirse que ésta permanece inalterada en sus términos originarios, aun cuando la cuantía que se perciba durante la nueva situación sea la correspondiente a maternidad (art. 19.4 RD 625/1985, en relación con el art. 214 LGSS).

→ *Cuotas abonables*:

1. *Extinción del contrato*: cotización por contingencias comunes (la cotización no comprenderá las cuotas correspondientes a desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional):

- aportación empresarial: se abonará por el INEM;
- aportación del trabajador: se abonará reducida en un 35% (es decir, el 65% de la cuantía total) por el INEM, que la descontará del importe de la prestación (tratándose de un trabajador fijo agrario, la reducción será del 72%, ex art. 222.2 en relación con el 206 LGSS; por tanto, a éste le será descontado el 26% de la cuota). Dicha aportación se calculará sobre la cuantía bruta de la Base Reguladora, antes de aplicarle el porcentaje que corresponde a la prestación de desempleo, aunque se deduzca de la cuantía final (por tanto, la aportación que resulte será proporcionalmente superior a la cuantía de la prestación). El resto, hasta alcanzar el 100% (es decir, el 35% restante), lo ingresará el INEM (art. 206.1.1 b) y 214.4 LGSS).

2. *Suspensión contractual* o reducción de jornada (desempleo parcial): cotización por contingencias comunes y profesionales, con inclusión de la cotización a desempleo:

laboral existe la situación legal de desempleo, aunque no se abone todavía la prestación correspondiente por estar el beneficiario disfrutando de la de maternidad.

⁴³⁵ En el mismo sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "El contenido de las prestaciones por maternidad", en AA.VV.: *La incapacidad temporal*, Tecnos, 1996, y SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: "La obligación de cotizar durante la situación de incapacidad laboral transitoria: su extinción temporal y modificaciones en la base de cotización aplicable", REDT, núm. 64.

- aportación empresarial: se abonará por la empresa;
- cuota del trabajador: entidad gestora (INEM o ISM), descontándola del importe de la prestación, en los términos ya examinados (es decir, más el complemento del 35%).

Durante el periodo de suspensión de la relación laboral, la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se realizará tomando la tarifa correspondiente a los trabajadores en periodo de baja, sea cual sea el tipo de trabajo realizado.

Título IV
Conclusiones

Las conclusiones a las que permite llegar el estudio realizado en torno a la tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral, centrado el análisis jurídico en la figura de la suspensión del contrato de trabajo con motivo del parto, la adopción o el acogimiento de menores de cinco años o con ocasión de su crianza, y en su incidencia en el sistema de la Seguridad social, pueden sintetizarse como sigue.

Primera. El tratamiento de la tutela de la maternidad está profundamente arraigado en una institución a la que acompaña inseparablemente en su régimen jurídico: la familia. La evolución social de las estructuras familiares traslada, aunque siempre tardíamente, los cambios experimentados al ámbito jurídico y, concretamente, al Derecho social.

Como consecuencia de tales cambios sociales, el tradicional binomio mujer-trabajo sufre una metamorfosis que acaba reconduciéndolo al más contemporáneo responsabilidades familiares-trabajo, o lo que es lo mismo, armonización del cuidado o crianza de los hijos y el desarrollo profesional en el marco de una relación de trabajo.

Segunda. A la luz de las más recientes tendencias legislativas, figuras como el descanso por maternidad dejan de corresponderse estrictamente incluso con la denominación que las vio nacer, para dar acogida a otros fenómenos jurídicos, como la adopción, que se incorpora como supuesto asimilable, a efectos laborales, a la maternidad natural, o, más tarde, el acogimiento preadoptivo (con exclusión de otras *modalidades* del mismo), que acaba siendo, a los mismos efectos, una "variante" jurídica de la adopción.

Dicha evolución afecta también al ámbito subjetivo de la titularidad de los derechos amparados por la ley, dando cobijo a la tutela no sólo de la madre sino también del padre, que debería forzar el recurso al nuevo término *permiso por nacimiento de hijos* para sustituir al más reduccionista de "permiso por maternidad", no ajustado al contenido del derecho que regula.

Tercera. El fundamento jurídico de la figura de la suspensión del contrato de trabajo radica en la legitimación con la que la ley ampara el ejercicio de un derecho por parte de uno o de ambos sujetos de la relación laboral. Dicha legitimación "destipifica" el incumplimiento de las obligaciones básicas recíprocas de las partes (puesto que las accesorias

son siempre exigibles, mientras se mantenga en vigor el contrato, y hasta tanto no se extinga), despojando a la parte que cumpla del derecho a reclamar el cumplimiento de la otra, o, en su caso, a instar la extinción del vínculo por incumplimiento de la obligación recíproca.

- Cuarta. Sobre la esencia o sustrato jurídico de tal figura, entendida como "derecho" o "facultad" a no ejecutar la prestación básica a la que está obligado el sujeto contratante (empleador y trabajador), el sustrato real de la suspensión del contrato de trabajo radica en su propia naturaleza, sin necesidad de acudir a principios que permitan sustentar la necesidad de que el vínculo no se extinga. La naturaleza del contrato de trabajo es la de un contrato de tracto continuado, por tanto destinado a permanecer en el tiempo, elemento que, junto a la puesta a disposición de la persona física (prestación personalísima) y asunción de responsabilidades empresariales de la persona jurídica, por otra, determinan la naturaleza de la suspensión del contrato de trabajo.
- Quinta. Siendo el trabajador persona física, como tal tendrá unos derechos y unas obligaciones, personales o familiares, cuya ejecución puede devenir incompatible con la ejecución del trabajo. Esta situación determina la existencia de un conflicto de derechos o de deberes, ante el cual el trabajador debe optar entre seguir ejecutando el trabajo o bien cumplir ese deber o dar satisfacción a ese derecho. Lo cual significa que tales vicisitudes son consustanciales al hecho de que la prestación sea personalísima y continuada en el tiempo y que conceden a la parte a la que afectan un "derecho de opción", siempre y cuando se hallen positivadas, quedando legitimado el incumplimiento de su obligación contractual.
- Sexta. El criterio o principio de positivación de la "causa de suspensión" condiciona el régimen jurídico que haya de tener la suspensión del contrato en el seno de un relación laboral, en su duración o en los efectos adicionales o "típicos" del contrato de trabajo creados por el legislador, más allá de los que son inherentes (cómputo de antigüedad).
- Séptima. En la esfera de los efectos inherentes a la posición jurídica de cada una de las partes del contrato, la subsistencia del contrato de trabajo determina la subsistencia de los derechos individuales y colectivos del trabajador, pero también las facultades organizativas del empresario. En consecuencia, el contrato de trabajo suspendido puede experimentar las mismas vicisitudes que aquellos otros cuya ejecución no se haya interrumpido. En definitiva, que los términos "suspensión del contrato" y "status especial" no son sinónimos ni aquélla permite

conferir garantías diferentes a las disfrutadas por otros trabajadores cuyo contrato no se haya suspendido.

Octava. La maternidad de la mujer, entendida como el proceso biológico por el que se da lugar al nacimiento de un hijo, así como, por asimilación, la adopción de un hijo, es una de las "causas" que en el ordenamiento laboral se tipifican como suspensivas de la relación laboral. Por tanto, una causa que "justifica" o legitima el incumplimiento de la prestación laboral, con cuyo ejercicio deviene incompatible, y la suspensión de su recíproca obligación salarial. Su fundamento es tanto la necesidad de procurar tiempo suficiente a la parturienta para la recuperación de su salud (éste es el fundamento originario) como el derecho a procurar personalmente los primeros cuidados al recién nacido, siendo este último elemento determinanante de la ampliación temporal y subjetiva del derecho.

Novena. De acuerdo con la finalidad perseguida por la ley, el contenido de la misma resulta merecedora de las siguientes críticas.

En primer lugar, no resulta justificado que no se permita el reparto de las responsabilidades familiares entre ambos progenitores, y que se niegue la opción conjunta por el ejercicio del derecho, simultánea o alternativamente, distribuyéndose el tiempo total de suspensión.

En segundo lugar, el fin teleológico señalado justifica la adaptación de la propia terminología del "permiso por maternidad" a la esencia del mismo, trocándose por la de "permiso por nacimiento o adopción de hijos".

En tercer lugar, las mismas razones deberían llevar al reconocimiento del derecho al descanso en favor del padre cuando la madre se halle imposibilitada para hacerse cargo del cuidado del hijo, por razón de la salud (por tanto, mientras permanece en situación de incapacidad temporal).

Por último, también con base en la esencia y fin del descanso, resulta censurable el hecho de que siendo la mujer la única titular del derecho en el supuesto de maternidad biológica (y por tanto, el derecho del padre quede condicionado a su cesión por parte de la madre, en los términos que marca el artículo 48.4 del ET), el fallecimiento de la madre sólo dé lugar a una titularidad "parcial" por parte del padre supérstite.

Décima. La situación amparada por la ley es la del proceso biológico de la maternidad y la del jurídico de la adopción. En cuanto al primero, lo que se protege no es el nacimiento de un hijo, sino el hecho mismo del

parto, resultando indiferente cuál sea el resultado del mismo: que el producto de la concepción nazca vivo o muerto. Que dicho proceso no se complete (por tanto que sobrevenga un aborto) determina que tampoco nazca la circunstancia suspensiva contemplada. Ello puede ser coherente con la propia naturaleza del derecho que se contempla (no existe parto, no hay descanso por parto, aunque la ley sustituyera el histórico término "parto" por el de "maternidad" y, por tanto, permita abarcar también el aborto), pero significa al tiempo introducir una disparidad de regímenes jurídicos en función de cuál sea el estadio de la concepción (incapacidad temporal o maternidad). Habida cuenta de que determinadas categorías de trabajadores están o han estado tradicionalmente desamparados frente a los trastornos de la salud por parte del sistema de la Seguridad social, ello da lugar a que pueda producirse igualmente la suspensión del contrato, pero éste no quede protegido económicamente, y, en cualquier caso a que, estándolo efectivamente (por reconocimiento del derecho), la protección brindada sea cualitativamente inferior a la establecida para la maternidad y parcialmente costeada por el empresario.

- Undécima. La reciente homogeneización de la duración del descanso respecto de la maternidad biológica en relación con la adoptiva, debiera haber propiciado también la reforma de la opción en favor de la prolongación de las dieciseis semanas preceptivas a las dieciocho que se reconoce a la trabajadora en el supuesto de parto múltiple, pues el bien jurídico tutelable es el mismo en ambos casos: la necesidad sobrevenida de atender a varios hijos al tiempo.
- Duodécima. El descanso por maternidad puede concurrir, cuando sea biológica, con un trastorno patológico de la salud, pero ello no debe privar a la trabajadora de su derecho al descanso durante el periodo íntegro que le reconoce el artículo 48. 4 del ET. Por el contrario, se trata de periodos independientes entre sí, con mayor razón desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, pues el artículo 5 de la Directiva 92/85/CEE prevé la dispensa de trabajo en el caso de que la permanencia en él comporte riesgos para el desarrollo del feto o la salud de la trabajadora grávida o lactante. Sólo así se garantiza totalmente el respeto a la voluntad de la interesada, ya que la obligatoriedad de las seis semanas posteriores al parto es el único límite a su derecho, siendo el resto del periodo voluntario para ella y obligatorio para el empleador. No obstante, de ser la dolencia posterior al parto, se produce una superposición de situaciones suspensivas (dada la finalidad del descanso obligatorio puerperal) que elimina la posibilidad de opción por parte de la trabajadora, pero que debiera

motivar que el derecho pudiera ser ejercido por el padre, por imposibilidad física de la madre.

Decimotercera. A efectos de acceso al subsidio por maternidad, es situación asimilada el desempleo subsidiado en el nivel contributivo y la incapacidad temporal, incluso la que subsiste tras la extinción del contrato, sea cual sea el progenitor que haga uso del derecho. La inexistencia o extinción del vínculo contractual no determina, por tanto, de modo exclusivo, el derecho a la prestación de la Seguridad social. No obstante, puede seguir manteniéndose la existencia de una relación de interdependencia entre ambos derechos (laboral y de Seguridad social), desde la configuración, por parte del Derecho de la Seguridad social, de una causa de suspensión que afecta no a la relación de trabajo, que no existe, sino a la *obligación* de trabajar o de aceptar un trabajo.

En segundo lugar, los requisitos previstos para el nacimiento del derecho son exigibles a cualquiera de los progenitores que haga uso del derecho a la suspensión, íntegra o parcialmente (por cesión de una parte del periodo) y quiera beneficiarse de las prestaciones por maternidad. Debiera excluirse, *de lege ferenda*, de esta doble exigencia el supuesto de la cesión al padre de las cuatro últimas semanas del permiso. En caso contrario y en situaciones de precariedad laboral de los progenitores, se estaría fomentando que, puesto que la mujer es la titular originaria del derecho, sólo lo ejerza ella, si es que cumple las exigencias legales.

En tercer lugar, en cuanto al periodo de carencia exigido por el artículo 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social, se contabilizan tanto los periodos de activo como los de prestación con mantenimiento de la obligación de cotizar, efectuados en España o en cualquier Estado comunitario, pero sin hacerse paréntesis, a efectos del cómputo de la carencia específica (periodo que se identifica con los cinco últimos años) de los periodos no cotizados por causa de desempleo involuntario no subsidiado.

Decimocuarta. El cálculo de la cuantía del subsidio económico por maternidad o adopción se rige por las normas propias de la prestación por incapacidad temporal, cuya interpretación jurisprudencial también resulta extrapolable a estas otras prestaciones. La misma afirmación es extensible a otras cuestiones relacionadas, v.g., con el nacimiento (automático) de la prestación. Sin perjuicio de ello, determinadas situaciones especiales deben ser reinterpretadas a la luz de la diferente filosofía que inspira la regulación de la maternidad. Por otra parte, en materia de cuantía de la prestación debe sostenerse la procedencia del subsidio por parto múltiple, por no ser incompatible

con la reforma normativa introducida por la Ley 42/1994, así como la de su extensión al supuesto de la adopción múltiple, por ser idénticas las razones que motivan su concesión (la existencia de un gasto sobrevenido, superior al que se produciría de ser sólo un hijo el nacido o el adoptado o acogido).

Decimoquinta. La finalidad del subsidio económico es la sustitución de las rentas del trabajo que se ha interrumpido, lo cual provoca la incompatibilidad de su percepción con la de otras rentas cuyo nacimiento tenga lugar con posterioridad, es decir, que tengan carácter sobrevenido, y se basen en los mismos hechos (la misma pérdida salarial). La regla abarca, en consecuencia, también a las rentas salariales provenientes de otro trabajo, en virtud de la incompatibilidad absoluta que se deriva del artículo 133 quinquies LGSS, que obstaculiza el desempeño de empleos simultáneos en los supuestos de pluriempleo (aun cuando no exista incapacidad física para el trabajo). Ello no es óbice para la admisión de su concurrencia no simultánea sino sucesiva en el tiempo con las prestaciones por desempleo.

Decimosexta. El nacimiento o adopción de un hijo da lugar al nacimiento de dos derechos, ejercitables simultáneamente por cada uno de los progenitores respectivamente: el derecho al descanso y el derecho a la excedencia con motivo del cuidado o crianza del hijo. Con independencia del titular que ejercite el derecho en uno y otro caso, la excedencia por cuidado de hijos puede configurarse como un periodo especial, adicional al permiso por maternidad o adopción, que permite mantener la suspensión del contrato durante un tiempo superior a dieciséis semanas. Dicho periodo adicional, que carece de límite mínimo, puede extenderse, según la vigente regulación de la figura en el artículo 46.3 del ET, hasta que el hijo cumpla la edad de tres años.

Configurándose como un derecho del trabajador, a éste corresponde modular su duración y ejercicio, siendo totalmente libre para decidir si el inicio del periodo "adicional" va a conectarse, a modo de "prórroga" con el final del descanso por maternidad, si tendrá lugar con posterioridad, o, incluso, si va a ser simultáneo al descanso por parto o adopción, en el supuesto de que el progenitor ejerciente del derecho sea distinto.

De este modo, el mismo hijo puede dar lugar al permiso por maternidad por un progenitor y a la excedencia por cuidado de hijos por el otro, pudiendo ser simultáneo el disfrute de parte del periodo (las dieciséis semanas coincidentes, desde el nacimiento o la adopción del hijo).

Decimoséptima. Mientras se mantenga la suspensión del contrato durante la aludida "segunda fase", bajo la figura de la excedencia por cuidado de hijos, los efectos de la suspensión serán los mismos que durante la primera de tales fases temporales, sin experimentar variación alguna durante el primer año de la excedencia (año que se entiende referido al primer año de suspensión por excedencia, no de vida del hijo, si el derecho no es ejercido de forma inmediata). Durante lo que puede denominarse "segunda fase" dentro de la excedencia, en los términos que regula el artículo 46.3 ET, que vendría a ser el tercer estadio desde la perspectiva de la suspensión que experimenta el contrato, tiene lugar una metamorfosis en el régimen jurídico de la suspensión. Consiste ésta en el desplazamiento de la reserva del puesto de trabajo a otro puesto dentro del mismo grupo profesional o categoría equivalente, legitimando al empresario a destinar al trabajador a ese otro puesto aunque en el momento de la reincorporación al trabajo el puesto originario esté vacante.

Decimoctava. Durante el periodo de excedencia forzosa por cuidado de hijos, el trabajador tiene derecho a ser convocado a los cursos de formación o reciclaje profesional que organice el empresario, obligación de éste que ha de entenderse especialmente referida a la formación en materia de prevención de riesgos. El trabajador no queda obligado por el artículo 46.3 ET a concurrir a los mismos, puesto que se regula en términos de garantía de sus derechos y, en consecuencia, su no aceptación no podrá justificar un despido objetivo por falta de adaptación al nuevo puesto de trabajo, para el que se le supone suficientemente capaz. No obstante, desde la perspectiva de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, hay que concluir que sí estaría obligado a asistir a aquellos cursos o prácticas que se relacionaran con la prevención de riesgos laborales, pues así se desprende de los deberes del trabajador que establece la citada ley.

Decimonovena. En el ámbito del sistema de la Seguridad social, la conversión de la suspensión que regula el artículo 48.4 ET por la denominada excedencia para el cuidado de hijos produce la metamorfosis de la obligación de cotizar por la ficción de la cotización, de modo que, interrumpiéndose dicha obligación, se reconoce como beneficio "prestacional" un periodo del tiempo total de la excedencia (el primer año) como de cotización efectiva (por una base de cotización equivalente al promedio de los últimos seis meses de cotización efectiva). Dicho beneficio se concibe como "prestación por excedencia", y reúne en una sola la obligación de cotizar y el subsidio económico propios de la situación suspensiva a la que da lugar el parto o la adopción.

El periodo de excedencia correspondiente a la fase ulterior, durante la cual la reserva del puesto queda referida a puesto dentro del mismo grupo profesional o categoría equivalente, queda protegido por el sistema de la Seguridad social bajo la figura de la asimilación al alta, por la que se ampara todo el periodo de excedencia. A través de ella, se reconoce el derecho a acceder a cualquier prestación del sistema, considerando al trabajador en situación de alta (requisito general para causar una prestación de la Seguridad social, ex artículo 124 LGSS). Quedan excluidos de tal beneficio los subsidios por incapacidad temporal o por maternidad, pues éstos cubren una situación originada por la suspensión del contrato, de imposible concurrencia durante la excedencia, pues el contrato *ya está suspendido*.

En todo caso, el nacimiento de estas prestaciones -ficción de cotización y asimilación al alta- se condicionan a su solicitud, que se entiende realizada con la comunicación empresarial del inicio del disfrute de la excedencia. Por consiguiente, el empleador resultará parcialmente responsable de las prestaciones que puedan denegarse o dejarse de percibir como consecuencia del incumplimiento de tal obligación.

Vigésima. El reingreso, tras el agotamiento de la excedencia, se producirá a voluntad del trabajador, quien decidirá el momento oportuno, siempre y cuando no se supere el límite máximo de los tres años de vida del hijo, o no se conecte con otra suspensión por las mismas razones, en cuyo caso, para que tenga lugar el nacimiento del nuevo derecho será preceptiva la comunicación al empresario. Dicho nuevo nacimiento no implicará, por el contrario, el reconocimiento de un nuevo derecho a la suspensión del contrato sobre la base del artículo 48.4 ET, sino sobre la del artículo 46.3 del mismo texto, a menos que se inste la reincorporación y subsiguiente baja por maternidad o adopción.

Vigesimoprimera. Las anteriores causas de suspensión (la maternidad o la excedencia), así como su combinación en el tiempo, no podrán dar lugar al despido, por prohibirlo el Convenio número 103 de la Organización Internacional del Trabajo y la Directiva comunitaria 92/85/CEE, salvo que exista una causa justa de despido. Sin embargo, la normativa española sustituye el binomio nulidad/procedencia del despido, utilizado en el Derecho internacional y comparado, por la terna nulidad/procedencia/improcedencia. Lo cual determina que, salvo que el despido se deba a razones discriminatorias y así quede demostrado, no procederá su nulidad o, en otros términos, no regirá prohibición alguna. En definitiva, puede actuarse cualquier tipo de despido, incluso el disciplinario, por incurrir el trabajador en un

incumplimiento de los que la ley entiende que legitiman la rescisión contractual.

Anexo:
Bibliografía y Jurisprudencia

I. BIBLIOGRAFÍA*

I. TRABAJO DE LA MUJER Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO Y DE MATERNIDAD

ALONSO LIGERO, M^a S.: "Directrices y normas internacionales sobre el trabajo de la mujer con responsabilidades familiares". VV.AA.: *El trabajo de la mujer con responsabilidades familiares*. Ministerio de Trabajo. Comisión Nacional del Trabajo Femenino.

ALONSO OLEA, M.: "Sobre la condición afirmativa en cuanto a las condiciones de trabajo de la mujer", REDT, 1987, núm. 30.

BAERS, María: "El trabajo asalariado de las madres." *Revista Internacional del Trabajo*, 1954, vol. 49, núm. 4, pág. 341.

BALLESTER PASTOR, M.A.:

- * "Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo". *Relaciones Laborales*, núms. 3 y 4, 1993.
- * "Discriminación y trato diferenciado normativo por razón de sexo". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 12, 1993.
- * "La sentencia del Tribunal Constitucional 229/1992, de 14 de diciembre, o la ilicitud de la normativa 'protectora' de la mujer en el trabajo, establecida con carácter genérico. El trabajo en las minas". *Tribuna Social*, núm. 27, 1993.
- * *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- * "La Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 17 de octubre de 1995: entre la acción afirmativa y el varón discriminado." *Tribuna Social*, núm. 59, 1995.
- * "Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos." *Tribuna Social*, núm. 68/69, 1997.

BORDENAVE, H. y VÁSQUEZ FLORES, H.: "Recurso de casación para unificación de doctrina y recurso de amparo. Discriminación por razón de embarazo." REDT, núm. 76, 1996.

BORRAJO DACRUZ, E.:

- * "Revisión constitucional y evolución del régimen laboral de la mujer en España". *Revista de Derecho Público*, núm. 61, 1975.
- * "La no discriminación por razón de sexo y sus efectos y garantías en el Derecho español del trabajo", DL, 1983, N° 7.
- * "La discriminación por razón de sexo y sus efectos y garantías en el Derecho del Trabajo Español", en VV.AA.: *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*. Madrid, 1985.
- * "La no discriminación por razón de sexo y sus efectos y garantía en el Derecho español del Trabajo". *Documentación Laboral*, núm. 7, 1983.

BOU VIDAL, Martín:

- * *El trabajo de las mujeres en el Derecho extranjero*. Rivadeneyra, 1961.
- * "Sobre la igualdad de derechos de las mujeres". *Revista de Política Social*, núm. 50, 1961.

* Se ha prescindido de la cita de aquellas obras que, siendo citadas y/o empleadas en el presente estudio, no inciden directamente en los temas que se epigrafían a continuación.

* *El contrato de Trabajo de las mujeres*. Bosch, Barcelona, 1962.

BROCAS, A.M.; CAILLOUX, A.M. y OGET, V.: *Las mujeres y la Seguridad Social. Los progresos de la igualdad de trato*. Colección Informes OIT. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

CÁMARA BOTIA, A.: "Sobre las desigualdades entre los distintos Regímenes que integran la Seguridad social. A propósito del Régimen Especial del Servicio Doméstico", en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, Tomo XI, 1993, Civitas 1995.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: "La situación de la mujer en la realidad socio laboral española". Informes, 1994.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS:

* "Igualdad de oportunidades para la mujer. Programa comunitario a medio plazo (1986-1990)", *Revista de Treball*, 1987, núm. 5.

* *Igualdad y protección de la mujer en la normativa de la OIT*. Serie Documentos. Ministerio de Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer. Madrid, 1993.

* *Protection social et activité économique des femmes en Europe*. Direction Generale de l'Emploi, des relations industrielles et des affaires sociales. Bruxelles.

* *Libro Verde, Política Social Europea. Opciones para la Unión*. Documento consultivo. Comunicación del Sr. Flynn, de 17 de noviembre de 1993. COM (93) 551. Dirección General de Empleo, Relaciones Industriales y Asuntos Sociales.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *La situación de la mujer en la realidad sociolaboral española*. Informe 3. Colección Informes 1994.

CORTEZO, J.: "La no discriminación laboral por el sexo en la CEE", *RT*, 1983, núm. 70.

DE LA FUENTE, D.: "Discriminació salarial de la dona". *Anuari socio-laboral de Catalunya 1991*. Instituto de Estudios Laborales. Universidad de Barcelona, 1992.

DE LA PEÑA ROSINO y TEJERINA ALONSO: "*La Seguridad Social Española y la Adhesión a las Comunidades Europeas*". Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social, 1981.

DEL REY GUANTER, S.:

* "La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo". *La Ley*, 1988-I.

* "Contrato de trabajo y derechos fundamentales", en AA.VV.: *Constitución y Derecho del Trabajo*. Madrid, 1992.

DURÁN LÓPEZ, F.:

* "Igualdad de tratamiento, en el empleo y en las retribuciones entre hombres y mujeres (Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 21 de mayo de 1985)", *RL*, 1985, núm. 8.

* "La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/206 de 9 de febrero de 1976", en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los Catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Prof. Manuel Alonso Olea*, Madrid (MTSS), 1990.

DURÉNDEZ SÁEZ, I.: "La discriminación de la mujer en materia salarial", *RL* 1993, núm. 24.

ECHARRI, M. de: *El trabajo de la mujer*. Madrid, 1921. Real Academia de Jurisprudencia y legislación. Vol. 30.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros". *R.L.*, núm. 11, 1989.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "La discriminación positiva en el ámbito comunitario" (Notas a la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995). *Actualidad Laboral*, núm. 44, 1995.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: "La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional", en *Constitución y Derecho del Trabajo (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid, Marcial Pons, 1992.
- FERNÁNDEZ MARCOS, L.: "El principio de no discriminación por razón de sexo y los trabajos prohibidos a la mujer en la legislación de seguridad e higiene". A.L., núm. 1, 1990.
- GALIANA MORENO, J.: "No discriminación por razón de sexo y excedencia forzosa por matrimonio en la doctrina del TCT y del Tribunal Constitucional". REDT, núm. 14, 1983.
- GARCÍA COBO, S.:
- * "El principio de no discriminación por razón de sexo en las condiciones de trabajo", REDT, núm. 73.
 - * "El principio de no discriminación por razón de sexo en las condiciones de trabajo", *Tribuna Social*, núm. 67, 1996.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M.:
- * "Configuración judicial del despido radicalmente nulo por discriminación y fraude de ley". *Actualidad Laboral*, núm. 4, 1990.
 - * "Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa." (I) A.L., núm. 4, 1996.
- GARCÍA, J., HERNÁNDEZ, P.J., LÓPEZ, A.: "La discriminación salarial de la mujer en España. Evidencia Estadística". Ponencia presentada a la Jornada sobre discriminación salarial de la mujer. Universidad Pompeu Fabra, 24 de febrero de 1998, ejemplar multicopiado.
- GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F.: "Normativa laboral sobre el trabajo de la mujer. Evolución en la década de los ochenta". *Economía y Sociología del Trabajo*, núms. 13-14.
- GONZALO GONZÁLEZ, B.:
- * "El principio constitucional de indiscriminación de los sexos en los planes de reforma de la Seguridad Social: su aplicación a las pensiones de viudedad". A.L., núm. 54, 1985, ref. 1267.
 - * "La Seguridad Social de las mujeres en España: problemas de desigualdad formal y de injusticia material". *Tribuna Social*, núm. 48, 1994.
- GONZALO VALGAÑÓN, A.: *El Derecho Comunitario y las mujeres*. Ministerio de Asuntos Sociales-Instituto de la Mujer. Madrid, 1993.
- JIMÉNEZ ASENJO, E.: "Instituciones protectoras de la mujer joven". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1961. Madrid, núm. 199.
- JONES, Beverly.: "Sex discrimination in pay structures: legal and european perspectives". Barcelona, febrero 1998. Jornada sobre discriminación salarial de la mujer. Universidad Pompeu Fabra. Ejemplar multicopiado.
- KLEIN, Viola: *La mujer entre el hogar y el trabajo*. Sagitario, Barcelona, 1967.
- LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J.: "Las recientes reformas de la legislación social sobre la mujer en el trabajo y sobre la prestación de desempleo". *Revista de Treball*, núm. 10, 1989.
- LÓPEZ GARRIDO, D.: "La igualdad de tratamiento laboral entre hombre y mujer en derecho comunitario". A.L., 1986-2, 612, pág. 1417.
- LÓPEZ MONIS DE CAVO: *La mujer con responsabilidades familiares y los servicios sociales*. Ministerio de Trabajo. Comisión Nacional de Trabajo femenino: *El trabajo de la mujer con responsabilidades familiares*.
- LÓPEZ VALENCIA, F.: "La protección a la mujer trabajadora en Alemania". *Revista de Trabajo*, 1943. Núm. 37.

- LOUSADA AROCHENA, J.F.: "Sobre la aplicación judicial del principio de igualdad entre ambos sexos en la legislación laboral y de Seguridad Social". *La Ley-Actualidad*, núm. 4062, 20 de junio de 1996.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: "La discriminación salarial por razón de sexo", RL 1989, núm. 22.
- MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. Cedecs, Barcelona, 1998.
- MARTÍNEZ TEN, C. y PÉREZ INFANTE, J.L.: "Políticas para la igualdad de oportunidades de la mujer en España". *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, núms. 13-14, 1991.
- MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES-INSTITUTO DE LA MUJER: *Las españolas en el umbral del siglo XXI*. Informe presentado por el Estado Español a la IV Conferencia Mundial sobre las mujeres. Beijin, 1995. Madrid.
- MONEREO, J. L.: *Mujer, sociedad y trabajo: la mujer y el Derecho del trabajo: contratación y despido*. 1993. León: Gabinete Sociolaboral de la Mujer, D.L., 1993. Federación Regional de Mujeres Progresistas de Castilla y León.
- MONTOYA MELGAR, A.:
- * "Discriminación por razón de sexo (Cuatro sentencias del Tribunal Constitucional)". *Documentación Laboral*, núm. 45, 1995.
 - * "¿Discriminación del varón o "acción positiva" en favor de la mujer en compensación a su pertenencia a un grupo marginado?; sobre la constitucionalidad del originario artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores". *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo XI, Civitas, Madrid, 1994.
- MORENO BORONDO, M.: "La mujer ante la norma laboral". *Revista del Foro Canario*, año IX, 1960, núm. 24, pág. 39.
- MUNTZ, Earl E.: "Evolución del empleo de la mujer en Estados Unidos". *Revista de Trabajo*, 1956, vol. 54, núm. 5.
- O.I.T.:
- * "La participación de las mujeres casadas y de las madres de familia en la actividad económica". *Revista Internacional del Trabajo*, 1951, vol. XLIII, núm. 6.
 - * "El salario de las mujeres". *Revista Internacional del Trabajo*. Tomo I, Vol. LXI, núm. 2, febrero 1960, pág. 111.
- ORTIZ LALLANA, M^a C.:
- * "Igualdad de trato por razón de sexo: un estudio especial (II)". *Actualidad Laboral*, núm. 14, 1988.
 - * Nota jurisprudencial. "Protección social comunitaria de la maternidad. Política social. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Negativa a contratar la prestación de una mujer embarazada. ("Caso Dekker"). (S. 8 noviembre 1990 TJCE). Política social. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Condiciones de despido, ausencia debida a una enfermedad causada por el embarazo o el parto". ("Caso Handels"). (S. 8 noviembre 1990. TJCE). A.L. 91-1, 194, pág. 385.
- PALANCAR, María: "La Mujer y el Trabajo". *Sup. Política Social, Revista de Estudios Políticos*, 1947, núm. 5.
- PALOMEQUE LÓPEZ, C.: "Orígenes de la regulación del trabajo femenino en España: la ley de 13 de marzo de 1900". *LDT*, núms. 1 y 2.
- PAOLI, Ch.: "Las trabajadoras y la maternidad. Algunos ejemplos de países de Europa Occidental". *Revista Internacional de Trabajo*, vol. 101, núm. 1, 1982.

PÉREZ DEL RÍO, T.:

- * *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, IELSS, 1984.
- * "El principio de no discriminación por razón de sexo en el trabajo ante el Tribunal Constitucional: de la tutela a la paridad", en AA.VV.: *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo, Madrid, 1985.
- * "Principio de no discriminación y acción positiva: comentario a la parte III del Plan de Igualdad para la mujer 1988-1990". *Documentación Laboral*, núm. 25, 1988.

PÉREZ DEL RÍO, T., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. y DEL REY GUANTER, S.: *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*. Ministerio de Asuntos Sociales. Madrid, 1993.

PUENTE OJEDA: "Problemas en torno al trabajo de la mujer". *Revista de Trabajo*, 1953, núm. 4.

QUESADA SEGURA, R.: "La igualdad sustancial y el trabajo de la mujer", en *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*. Madrid, IELSS, 1985.

REY GUANTER, S. del:

- * "La aplicación de los valores superiores de la Constitución Española en el Derecho del Trabajo", RL, 1988, núm. 6.
- * "Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general", RL, 1995, núm. 3.

RIVERO LAMAS, J.: "Tutela jurídica de los derechos laborales en el ordenamiento español", REDT, 1993, núm. 57.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M.:

- * "Excedencias forzosas por razón del matrimonio y no discriminación, sobre la noción de cabeza de familia a la luz del ordenamiento jurídico vigente". REDT, 1990, núm. 41.
- * "Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora" (Editorial). R.L. La Ley, 1991/1, pág. 3.
- * "Igualdad entre los sexos y discriminación de la mujer" (Editorial). R.L. La Ley. 1992/I, pág. 10.
- * "Discriminación de la mujer y tutela antidiscriminatoria" (Editorial). R.L. La ley 1992/I, pág. 18.
- * "Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo" (Editorial). R.L. La Ley, 1993/I, pág. 19.
- * "Discriminación, igualdad de trato y acción positiva". *Relaciones Laborales*, núm. 22, 1995.
- * "Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación de resultados". *Relaciones Laborales*, 1996-I.
- * "Discriminació i acció positiva a la Unió Europea". *Anuari sòcio-laboral de Catalunya 1995*. Instituto de Estudios Laborales. Universidad de Barcelona. 1996.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Igualdad y discriminación*. Madrid, Tecnos, 1986.

RUANO ALBERTOS, S.: "Existencia o no de discriminación indirecta por razón de sexo (Comentario a la S.T.C. 198/1996, de 3 de diciembre)". *Tribuna Social*, 1997.

SÁEZ LARA, C.: "Mujeres y mercado de trabajo", Madrid, CES, 1994.

SALA FRANCO, T.: *La libertad empresarial de contratación*. Instituto de Estudios Sociales. Ministerio de Trabajo. 1980.

SÁNCHEZ ICART, F.J.: "Regulació comunitària de la protecció de la treballadora embarassada (Directriu 92/85/CEE, de 19 d'octubre de 1992)". *Anuari socio-laboral de Catalunya 1992*. Institut d'Estudis Laborals-UB. Barcelona, 1993.

- SANTAMARÍA, Félix: "El salario de la mujer casada". *Revista de los Tribunales*, 1930, Tomo 64.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Discriminación y trabajo femenino en la minería", RL, 1987, núm. 3.
- SMIETON, Mary: "Sobre la igualdad de derechos de las mujeres en Gran Bretaña." *R.I. del Trabajo*, 1954, núm. 49.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Menores y mujeres ante el contrato de trabajo*, Madrid, IEP, 1967.
- TORNS, T.: "Les dones i el mercat de treball". *Anuari sociolaboral de Catalunya 1990*. Instituto de Estudios Laborales. Universidad de Barcelona. 1991.
- TORRENTE GARÍ, S.: "La normativa comunitaria y la igualdad de sexos: Las responsabilidades familiares". *Tribuna Social*, núm. 80/81, 1997.
- VALIENTE FERNÁNDEZ, C.: *Políticas públicas de género en perspectiva comparada: La mujer trabajadora en Italia y España (1990-1996)*. Madrid, 1997.
- VV.AA.: *El trabajo de la mujer con responsabilidades familiares*. Ministerio de Trabajo. Comisión Nacional del Trabajo Femenino.
- VV.AA.: "Discriminación e igualdad entre los sexos en la relación laboral", RL, 1993, núms. 3-4 (monográfico).
- VV.AA.: *Jurisprudencia laboral en el Tribunal Constitucional* (Dir. GARCÍA NINET), Valencia. Tirant lo Blanch. 1995.
- ZEIJEN, H.: "La réglementation de la relation individuelle de travail", en AA.VV.: *La réglementation des conditions de travail dans les Etats membres de la Communauté européenne*. Vol. 1, supplement 4/92, Commission des Communautés Européennes.

II. CONTRATO DE TRABAJO

1. OBRAS GENERALES. ANOTACIONES Y COMENTARIOS A TEXTOS LEGALES

AGUINAGA TELLERÍA, A. DE: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1952.

ALONSO GARCÍA, M.:

- * *Curso de Derecho del Trabajo*. Ariel, 1987.
- * *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*. Bosch, Barcelona, 1958.

ALONSO OLEA, M:

- * *Lecciones sobre contrato de trabajo*. Universidad de Madrid, 1968.
- * *Introducción al Derecho del Trabajo*. EDESA, Madrid, 1974.
- * *Derecho del Trabajo*. Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Madrid. 1973.
- * *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*. Civitas, Madrid, 1980.
- * *Derecho del Trabajo*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid. 1987.

ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, M^a E.: *Derecho del Trabajo*. Madrid, FDUCM, 1995.

ALONSO SOTO, F.: *Estudios de Derecho Social Comunitario*. UNED.

BADOSA COLL, F.: *Dret d'obligacions*. Barcanova, Barcelona, 1990.

BARASSI, L.:

- * *Il contratto di lavoro*. Vol II, p. 555 y ss.
- * *Elementi di Diritto del lavoro*. Milán, 1954, 6^a ed., pág. 199.
- * *Il diritto del lavoro*. Milán, 1957.

- BARBERO MARCOS, J.: *Normas internacionales de Trabajo de la OIT*. Tomos I y II. Lex Nova, Valladolid, 1993.
- BAYÓN CHACÓN, G.- PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*. Vol. II. Madrid, 1967.
- BLANDAIN, R. & ENGELS, C.: *European Labour Law*. Kluwer. Boston, 1995.
- BORRAJO DACRUZ, E.:
- * *Introducción al Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid. 1994.
 - * *El Estatuto de los Trabajadores. Puntos críticos*. Edersa. Madrid.
- BORRAJO DACRUZ, E. (dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. EDERSA, Madrid.
- BROCHARD, J.: *Manuel du Contrat du Travail*. Paris, Librairie Dalloz, 1960.
- CABANELLAS, G:
- * *Tratado de Derecho Laboral*. Buenos Aires, 1949, tomo II.
 - * *Contrato de Trabajo. Parte General*. Vol. III. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1964.
- CAMPS RUIZ, L.:
- * “Mantenimiento, suspensión y derogación de las Ordenanzas laborales y reglamentos de régimen interior”. *Actualidad Laboral*, núm. 8, 1989.
 - * *El Estatuto de los Trabajadores y la normativa anterior sobre las relaciones laborales individuales*. Ministerio de Trabajo. Madrid.
 - * *La nueva regulación del mercado de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- CAÑADA VALLE: *Anotaciones a la ley de contrato de trabajo*. Zaragoza. Tip. “La Académica”, 1951, VIII.
- CARBONNIER, Jean: *Derecho civil*. Bosch, Barcelona, 1971.
- CARRO IGELMO, A.J.: *Curso de Derecho del Trabajo*. Bosch, Barcelona, 1985.
- COLENS, A.: *Le contrat d’emploi*. Bruxelles. 1962, p. 108.
- COLIN, A.-CAPITANT, H.: *Derecho civil*. T.III. Madrid, 1943.
- CORNIC, G.: *Du luoge de services ou contrait de travail*. París, Thorin & Fils, éditeurs. 1895.
- CORRADO, R.: *Trattato di Diritto del Lavoro*. Vol. III. “Il rapporto di lavoro e le sue vicende”. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Turín, 1969.
- CORRADO, R.: *Il contratto di lavoro*. Milán. Giuffrè Editore. 1962.
- DESPONTÍN, L.A.: *Contrato de Trabajo y Reglamentaciones Profesionales*. Córdoba, 1960.
- DEVEALI, M.: *Tratado de Derecho del Trabajo*. La Ley, Buenos Aires, 1964. Tomo I.
- DÍEGUEZ CUERVO, G.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*. 2 volúmenes. Civitas. Madrid.
- ENSINCK, J.A.: *La ley de contrato de trabajo y su reforma*. Buenos Aires, 1976.
- FERNÁNDEZ PASTORINO, A.: *Lineamientos del contrato de trabajo*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975.
- GARCÍA AMIGO, M.: *Teoría general de las obligaciones y contratos*. McGraw Hill. Madrid, 1995.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M.:
- * *La formación del Derecho del Trabajo, Palma de Mallorca* (Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca), 1984.
 - * *Manual de Derecho del Trabajo*. Ariel. Barcelona. 1990.
- GHEZZI, G. y ROMAGNOLI, U.: *Il rapporto di lavoro*. Zanichelli. Bologna, 1987.
- GUERRERO, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*. Méjico, 1970.

GUILARTE, A.M.:

- * *Manual de Derecho del Trabajo*. Lex Nova, Valladolid, 1960.
- * *Manual de Derecho del Trabajo*. Ed. Clares, Valladolid, 1968.

HERNÁNIZ MÁRQUEZ, M.: *Tratado elemental de Derecho del Trabajo*. Instituto de Estudios Políticos, 12ª ed. Madrid, 1977.

HINOJOSA FERRER: *El contrato de trabajo*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1932. VIII.

HUBERT-VALLEROUX, P.: *Le contrat de Travail*. Prix Rossi, París, 1894.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*. T.II. "Derecho de obligaciones". Vol. 2º. "Contrato y negocio jurídico inter vivos". Bosch, Barcelona, 1977.

LITALA, L. Di: *Il contratto di lavoro*. 5ª de. Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1956.

LYON-CAEN, G., PRETNAR-TILLHET, J.: *L'entreprise et le contrat de travail*. Presses Universitaires de France, 1975.

LLUÍS NAVAS, J.:

- * *Manual de Derecho laboral*. Bosch, Barcelona, 1975.
- * "El Derecho laboral ante el Derecho comparado". Barcelona, 1989. Separata de la Revista Técnico Laboral. Vol. XI, núm. 42.

MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SANUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del trabajo*. Tecnos, Madrid.

MATOS, A. DE: *Contratos de trabalho e Previdência Corporativa*. Coimbra Editora. Coimbra, 1937.

MAZZONI, G.: *Manuale de Diritto del Lavoro*. Florencia, 1958.

MESSINEO: *Dottrina generale del contratto*. Milán, 1952.

MOLERO MANGLANO, C.: *Derecho laboral*. Ed. Reus. Madrid. 1980.

MON PASCUAL, J.: "El contrato de trabajo según el vigente Código de Trabajo". *Revista Social*, 1926, vol. I, pág. 539.

MONTALVO CORREA, J.: *Fundamentos de Derecho del Trabajo*. Civitas, Madrid, 1975.

MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid. 1996 y 1997.

ORTEGA PRIETO, E.: *El Estatuto de los Trabajadores. Estudio comparativo y comentarios prácticos*. Edic. Deusto, Bilbao, 1980.

PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*. Ceura, Madrid, 1995.

PATRICIO TORRE, J.; MAFFEI DE BORGHİ, L.M.; MORANDO, J.C. E.; BRIEVA, R.J.: *Contrato de Trabajo*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1975.

PERETTI GRIVA, D. R.: *Il contratto di impiego privato*. 4ª de. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1963.

PÉREZ BOTIJA, E.:

- * *Revista de Estudios Políticos*. Suplemento de política social. 1949, núm. 1.
- * "Las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo". *Revista General de Legislación, Jurisprudencia*, LXXXVII, Madrid, julio 1942.
- * "Contrato de trabajo y Derecho público". *Revista General de Legislación, Jurisprudencia*. 1944, Tomos 175, ps. 654 y ss. y 176, ps. 7 y ss.
- * *El contrato de trabajo*. Publicaciones de Revista de Derecho del Trabajo. Tecnos, Madrid, 1954.
- * *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 1955.

- * *Curso de Derecho del Trabajo*. Madrid, 1957.
- PÉREZ LEÑERO, J.: *Instituciones de Derecho Español del Trabajo*. Espasa Calpe, Madrid, 1949.
- PIRON, Jacques: *Introduction au droit du travail dans les pays de la Communauté Economique Européenne*. Bruxelles, Meison. F. Laucier, 1973.
- POZZO, J. D.: *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, 1948.
- PROSPERETTI, U.: *Il lavoro subordinato*. Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milán, 1964.
- PUIG BRUTAU, S.: *Fundamentos de Derecho civil*. T. II, Vol. 1º. "Doctrina general del contrato". Bosch, 1978.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. (dir.): *Curso de Derecho del Trabajo*. (GARCÍA ORTEGA, J.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T.). Tirant lo Blanch. Valencia.
- RENDON, G.: *Le Droit du Travail en Amérique Latine*. Presses Universitaires de France. Paris, 1970.
- RIVA SANSEVERINO, L.: *Diritto del Lavoro*. Padua, 1967, y 11ª ed. (reimpresión). Padua, 1976.
- RIVAS, J.Mª: *Manual de Derecho del Trabajo*, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1966
- RIVERO LAMAS, J.:

 - * "Tipificación y estructura del contrato de trabajo". Anuario de Derecho Civil, núm. 1, 1972.
 - * *Instituciones de Derecho del Trabajo*. Pórtico, Zaragoza. 1977.

- RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *Apuntes de Derecho del Trabajo*. Universidad de Sevilla, sin fecha.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: "Principales diferencias con Europa en materia de legislación LABORAL". RL. 1986-I, pág. 1192.
- SAGARDOY BENGOCHEA, DEL VALLE VILLAR, GIL y GIL y GETE CASTRILLO: *Prontuario de Derecho del Trabajo*. 1995.
- SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*. CISS, Valencia, 1994.
- SALA FRANCO (dir.), ALBIOL, CAMPS RUIZ, GARCÍA NINET, LÓPEZ GANDÍA: *Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994 y 1997.
- SALA FRANCO, CAMPS RUIZ, RAMÍREZ MARTÍNEZ, GARCÍA NINET y LÓPEZ GANDÍA: *Problemas aplicativos del Estatuto de los Trabajadores*. Alicante.
- SÁNCHEZ-CERVERA, J.M.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Editorial Instituto de Empresa, Madrid, 1983.
- SÁNCHEZ-VENTURA, F. y SOLÉ, A.: *Legislación del trabajo y Seguridad Social*. Marcombo, Barcelona, 1967.
- SANTORO-PASSARELLI, F.: *Nozioni di Diritto del Lavoro*. 30ª ed. Nápoles, 1978.
- STEWART, M.: *Employment Conditions in Europe*, Gower, 1976.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. Ediciones Pirámide, Madrid, 1980.
- TORRES GALLEGO, E.: "Comentarios al Estatuto de los Trabajadores". A.D.P., Madrid, 1980.
- VILLA GIL, L.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, C.:

 - * *Introducción a la economía del trabajo*. 2 volúmenes. Debate, Madrid.
 - * *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social. Madrid, 1977.

- UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES: *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios y texto legal*. Madrid.

- VARIOS (DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA): *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*. EDERSA, Madrid.
- VV.AA: "La reforma del mercado de trabajo". *Tribunal Social*, número especial, 1994.
- VV.AA: *La reforma del mercado laboral* (Dir. F. Valdés). Lex Nova, Valladolid, 1994.
- VV.AA: "La reforma del Estatuto de los trabajadores". *R.L.*, núm. 17/18. 1994.
- VV.AA.: *El Estatuto de los Trabajadores: comentarios a la Ley 9/1980, de 10 de marzo*. Edersa, Madrid, 1981.
- VILLA GIL, E.: *El Estatuto de los trabajadores. Antecedentes, normativa y jurisprudencia*. Madrid.
- VILLA GIL, L.E.; GARCÍA BECEDAS, G. y GARCÍA PERROTE, J.: *Instituciones de Derecho del Trabajo*. Ceura. Madrid.
- WEISS, M.: *Labour Law and Industrial Relations in Germany*. Kluwer. Boston, 1995.

2. MONOGRAFÍAS y COMENTARIOS ESPECIALIZADOS.

- ABELLA DE ARTECONA, M.: "Despidos Especiales", número monográfico (Curso de Derecho Laboral) de la *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*. Tomo XI. Diciembre 1988.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "¿Equivale al despido la no readmisión del trabajador tras la excedencia forzosa?". *R.P.S.*, núm. 132, 1981, págs. 277 y ss.
- ALBADALEJO, M.: *Derecho civil*. TII. Derecho de obligaciones. Vol. I. 1982.
- ALBIOL MONTESINOS, I: "Excedencia", en *El Estatuto de los Trabajadores: comentarios a la Ley 9/1980, de 10 de marzo*. Edersa, Madrid, 1981.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: "El cambio de puesto de trabajo como medida de protección de la maternidad". Comunicación presentada al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, mayo 1.996. Valladolid, 24 y 25 de mayo 1996.
- ALONSO OLEA, M.: "Resolución de contrato de trabajo en período de prueba y discriminación por razón de embarazo", *REDT*, 1988, núm. 36.
- ALONSO OLEA: "Suspensión e interrupción del contrato de trabajo". *Rivista di diritto internazionale e comparato de lavoro*, nº 1, enero-junio 1970, ps. 96 y ss.
- ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: "La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores." *REDT*, Civitas, núm. 5, 1981, ps. 19 ss.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: "La retribución de las vacaciones". *Tribuna Social*, número 38, monográfico, 1994, p. 39.
- ARGÜELLES BLANCO, A.: *La excedencia laboral voluntaria*. Aranzadi. Pamplona. 1997.
- BALZARINI, R.: "Suspension et interruption du contrat du travail". *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato di Lavoro*, nº 1, enero-junio, 1970, págs. 118 y ss.
- BALLESTER PASTOR, M. A.: "Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos". *Tribuna Social*, núm. 68-69, 1996.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G.:
- * *La sustitución del trabajador con derecho a reserva*. Civitas, Madrid, 1986.
 - * "Sobre la excedencia del trabajador para atender al cuidado de hijos". *La Ley*, 7 de noviembre de 1990.
 - * "Derecho a la excedencia voluntaria y consentimiento empresaria." *La Ley*, 1991, núm. 1.
 - * "Excedencia voluntaria y prohibición de concurrir". *La Ley*, 1991, núm. 1.

BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO: *Extinción del contrato de trabajo*. I. E. Reus, Madrid, 1945.

BÉRAUD, Jean-Marc:

- * "L'influence de la suspension du contrat du travail sur les relations institutionnelles dans l'entreprise". *Droit Social*, núm. 2, febrero 1980.
- * *La suspension du contrat de travail*. Éditions Sirey, Paris, 1980.

BLANC-JOUVAN, X.: "Suspension et interruption du contrat du travail". *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato di Lavoro*, nº 1, enero-junio, 1970, págs. 64 a 82.

BLANDAIN, R. & ENGELS, C.: *European Labour Law*. Kluwer. Boston, 1995.

BLASCO SEGURA, B.:

- * "La suspensión del contrato de trabajo: los apartados i), j) y m) art. 45 del Estatuto de los Trabajadores", en AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994.
- * "La suspensión del Contrato de Trabajo: los apartados J y M del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores", A.L., núm. 28, 1995

BLASCO SEGURA y MOLINS GUERRERO: "Modificación y suspensión del contrato de trabajo", en *Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de Estudio de los Magistrados de Trabajo*. Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1980.

BRANCA, G.: *La sospensione nelle vicende del rapporto di lavoro*. CEDAM. Padua, 1971.

CALVO GALLEGU y DEL JUNCO CACHERO: "El derecho a la salud de la trabajadora: de la protección de la mujer a la tutela de la maternidad". Comunicación presentada a las XII Jornadas Universitarias Andaluzas del Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, VV.AA.: *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad de Granada, 1996.

CAMPS RUIZ, L.M.: "Modificación, suspensión y extinción de las relaciones laborales". AA.VV. (V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, coord.): *La nueva regulación de las relaciones laborales*. Primeras Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social. Universidad Rovira i Virgili. 1994.

CARMONA POZAS, F.: "La suspensión del contrato de trabajo por cumplimiento del servicio militar o servicio social sustitutivo", REDT, 1981, núm. 7.

CARRO IGELMO, A.J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Barcelona, 1959.

CASAS BAAMONDE, E.: "Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental". *Relaciones Laborales*, núm. 24, 1996.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Maternidad y salud laboral (Comentario a la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, 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 periodo de lactancia)". *Noticias de la Unión Europea*, núms. 127-128.

CINELLI, M.: *Diritto della previdenza sociale*. G. Giappichelli Editore. Torino. 1996.

CRUZ VILLALÓN, J.: "La doctrina jurisprudencial en materia de excedencia voluntaria". RPS, 1985.

CUEVAS GONZÁLEZ, F. DE LAS :

- * "La excedencia voluntaria en la jurisprudencia del T.S.". *Documentación Laboral*, número monográfico, octubre, 1987, págs. 211 y ss.
- * Nota a la Sentencia T.S. de 28 de enero de 1988. A.L., 88-1, pág. 1082. Ref. 458.
- * Nota a la Sentencia T.S. de 7 de marzo de 1988. 88-1, pág. 1479. Ref. 642.
- * Sentencia. Excedencia forzosa por razón de matrimonio. Reingreso. Cotización correspondiente al periodo de excedencia. Nota a la S.T.S. 20-11-91. A.L. 92-2, 492, pág. 1044.

- * Sentencia. Excedencias. Voluntaria. Reingreso. Nota a la S.T.S. 15-2-91. A.L. 91-2, 634, pág. 1313.
- CHARRO BAENA, P.: "El derecho a vacaciones en el ámbito laboral". Madrid, Ministerio de Trabajo. 1993.
- CHAVRERIAT, P.: *De la suspension des contrats*. Lyon. 1964.
- CISCART, N.: "La protecció de la maternitat en la llei de prevenció de riscos laborals". *Anuari socio-laboral de Catalunya 1995*. Instituto de Estudios Laborales. Universidad de Barcelona. 1996.
- DE LAS CUEVAS GONZÁLEZ, F.: Sentencia. Contrato de trabajo. Suspensión por ILT e invalidez provisional. Ulterior "imposibilidad de la prestación". Nota a la Sentencia T.S. 15 noviembre 1990. A.L. 91-2, 456, pág. 940.
- DEVEALI, M.: "La suspensión e interrupción del contrato de trabajo en el régimen argentino". *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato de Lavoro*, nº 2, julio-diciembre, 1970, págs. 191-195.
- DILLA CATALÁ, M^a.J. :
- * "El derecho a la licencia retribuida por lactancia". Marginal 209. A.L. 89-1. XVII.
- * "La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos (La Ley 4/95, de 23 de marzo)". A.L., núm. 40, 1995.
- DURAND, P.: *Rapport de synthèse in CECA. La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la CECA*. Luxemburgo, 1958.
- ESCUDERO ESPINOSA, J.F.: "La duración de las vacaciones anuales del trabajador en el tratamiento jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia". A.L., núm. 8, 1995.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R.: "Nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijo". *Relaciones Laborales*, núm. 11, 1995.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E.: "Novedades a la Ley 42/94: en especial en materia de contratos de fomento del empleo y a tiempo parcial, incapacidad temporal, maternidad e invalidez permanente". *Relaciones Laborales*, núm. 6, 1995.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: "Incidencia de la reforma de la incapacidad temporal en la suspensión del contrato de trabajo". AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Tecnos, 1996.
- EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS REVIEW: "Labour legislation roind-up". Germany. Septiembre 1997, EIRR 284, ps. 25 y ss.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.: "Otros tipos de excedencia: voluntaria, por nacimiento de hijos y por ejercicio de funciones sindicales". REDT, 1981, núm. 7.
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: "La Ley de Salud Laboral como nuevo marco legal de protección del embarazo y la maternidad". Comunicación presentada a las XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Málaga, 14 y 15 de diciembre de 1995).
- FRUTOS ISABEL, J.M. DE: "En torno a la excedencia forzosa". *Documentación Administrativa*, núm. 150, 1972.
- GARCÍA ABELLÁN, J.: *El riesgo imprevisible en el Contrato de Trabajo*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1959.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo: determinación, formalización, prueba y control judicial", AL, 1995, Nº 5.

GARCÍA NINET, J.I.:

- * "Notas SOBRE las ausencias del trabajo por lactancia". R.T., 1989, núm. 94.
- * "Terminación de la situación de ILT por alta médica recurrida y terminación de la suspensión del contrato de trabajo. Deberes de comunicación del trabajador (consideraciones al hilo de la STS- social- de 15-4-1994)", TS, 1995, núm. 46.
- * "La regulación del permiso parental y por maternidad". *Tribuna Social*, núm. 52, 1997.
- * "Algunas cuestiones sobre la protección de la maternidad" (Editorial). TS, 1997, núm. 75.

GARCÍA NINET, J.I. y LLEÓ CASANOVAS, B.: "La fijación del periodo vacacional: el calendario de las vacaciones". *Tribuna Social*, número 38, monográfico, 1994.

GARCÍA ORTEGA, J.: "Nacimiento, duración y disfrute del derecho a vacaciones". *Tribuna Social*, núm. 38, monográfico, 1994.

GARLATTI, Alessandro: *La assecurazioni sociali*. Ergon Business Communication S.P.A., Milán, 1994.

GOLDSCHMIDT: "le travail des femmes avant et après l'accouchement". *Revue Internationale du Travail*. 1927. vol. 16.

GÓMEZ DE ARANDA Y SERRANO: "La excedencia y la dote laboral de la mujer trabajadora". R.P.S., núm. 86.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/95, de Prevención de Riesgos Laborales*. Ed. Trotta, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ VELASCO, J.:

- * "Derecho a la reincorporación de un excedente fijo (Nota a la S.T.C.T. 20-2-1985). A.L., núm. 23, 620.
- * "La excedencia para atender al cuidado de los hijos y la Ley 3/1989 de 3 de marzo". A.L. 89-2. Marginal 255. XXI.

GOÑI SEIN, J.L.: "Efectos de la superposición de la situación de ILT al periodo de vacaciones". A.L., núm. 43, 1987.

GRANELL RUIZ:

- * *La reserva de plaza*. Bosch, Barcelona, 1957.
- * "Consideraciones sobre la reserva de plaza indefinida". *Revista de Trabajo*, marzo-abril, 1959.

HERNÁNDEZ MARTÍN, A.: "Acogimiento de menores, ¿causa de suspensión del contrato de trabajo o exceso refundidor?". *Aranzadi Social*, 1996-IV, ps. 2873 y ss.

HORION, P.:

- * *Suspensions du travail et salaire garanti*. Lieja, 1961.
- * "Suspension et interruption du contrat du travail". *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato de Lavoro*, nº 2, julio-diciembre, 1970, págs. 169-190.

JACQMAIN, J.: "¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad?" *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1997.

KAHN-FREUND, O.: "Suspension of the contract of employment in English Law". *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato de Lavoro*, nº 1, enero-junio, 1970, págs. 3-15.

LAVAGNINI, G.: *La sospensione del rapporto di lavoro*. Università degli Studi di Pisa. Ed. Feltrinelli, 1961.

LEBRET, J.: "Suspension et resolution des contrats". *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1924, p. 594.

LÓPEZ, J.: "Suspensión del contrato de trabajo en general". *Estudios sobre Derecho individual del trabajo en homenaje al Profesor Mario L. Deveali*, Buenos Aires, 1979.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: "El permiso de lactancia". R.L., núm. 14, 1996.

MARÍN CORREA, J. M^a:

* "Las causas de suspensión del contrato de trabajo extrañas a los arts. 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores, y las causas de los apartados "a" y "b" del número 1 de dicho precepto", en AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994.

* Nota especial a la S.T.S.J. Madrid 22-5-90. A.L. 90-2, 686. Pág. 1354.

* Nota a la Sentencia de 7 de mayo de 1991. T.S.J. Madrid. A.L. 91-3, 993, pág. 2096.

* Nota a la Sentencia del TSJ del País Vasco de 1 de diciembre de 1994. A.L. núm. 16, 1995, ref. 596.

MARÍN RICO, A.: "Las causas de suspensión del contrato de trabajo descritas en los apartados g) y h) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores", en AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994.

MARTÍNEZ GIRÓN, J.: "Las causas generales de suspensión: ¿numerus clausus?", en AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994.

MATÍA PRIM, J.:

* "Descanso semanal y anual. Permiso." AA.VV.: *Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*. Universidad de Madrid, 1977.

* "Las vacaciones anuales", en VV.AA.: *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Dir. E. BORRAJO DACRUZ. T. VII. Edersa. Madrid. 1982.

MENGGONI, L.:

* "La stabilité de l'emploi en droit italien", en *La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.* Luxemburgo, 1958.

* "Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro", en *Scritti in Onore di Scialoja*, vol. IV.

MOLERO MANGLANO, C.:

* "Suspensión del contrato de trabajo: nota doctrinal y materiales básicos". R.T., 1988, núm. 91, págs. 35-94.

* *Estructura y desarrollo del contrato de trabajo*. Tomo II, Vol. 1º ("Desarrollo del contrato de trabajo"). Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1989.

MOLINA GARCÍA, M.: "La protección de la maternidad en la ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales", Comunicación a las XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Málaga, 14 y 15 de diciembre de 1995).

MONGE RECALDE, J.L.: *La excedencia laboral en la jurisprudencia*. Barcelona, Ed. Bosch, 1987.

MONTOYA MELGAR, A: "Estabilidad en el empleo: la regla y sus excepciones". REDT, núm. 10, 1982.

MUÑOZ CAMPOS, J.:

* "Jurisprudencia y excedencias laborales: ideas a debate". A.L., 1985, núm. 31, 779.

* "Reflexiones sobre la regulación por convenio colectivo de la excedencia para atender al cuidado del hijo". A.L., 1987, núm. 1. (87-1, 1, pág. 1).

MUÑOZ MOLTÓ, F.M.: "La protección de la maternidad frente a los riesgos laborales". Comunicación al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, mayo 1.996.

NOVOTNÁ, E.: "La suspension du contrat de travail en droit Tchecoslovaque". *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato de Lavoro*, n° 2, julio-diciembre, 1970, págs. 196-203.

OLIET GIL, B.:

- * Sentencia. Excedencia voluntaria. Derecho de reingreso obtenido en vía judicial. Nota a la Sentencia 6-11-1991 T.S.J. Madrid. A.L. 92-1, 472, pág. 995.
- * Sentencia. Indemnización de daños y perjuicios por tardía readmisión de trabajadora excedente. Nota a la S.T.S. 27-9-90. 91-1, 201, pág. 400.
- * Sentencia. Telefónica. Excedencia. Negativa a la readmisión condicionada constitutiva de despido improcedente. Nota a la Sentencia 13-11-89 T.S.J. Cataluña. 90-1, 238, pág. 453.

ORDEIG FOS, J.M.: "Fijos discontinuos en ILT", AL, 1989, núm. 2.

ORTIZ LALLANA: *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985, p. 23.

PARDELL VEÁ, A., MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.: "La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85 a la Ley 31/95 de prevención de riesgos laborales". Comunicación presentada al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, mayo 1.996., celebrado en Valladolid los días 24 y 25 de mayo de 1996. Primera Ponencia: "La prevención de riesgos laborales: funciones, contenido y efectos".

PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcional*. Madrid, Ed. Montecorvo, 1983.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "Sobre el carácter dispositivo del convenio 132 de la O.I.T.". AL, 1990, Nº 35.

PETRACCONE: "Interruzione e sospensione del contratto d'impiego". *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1931, I.

PIÑERO DE LA FUENTE, A.J.: "Novedades en materia de Seguridad Social que incorpora la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social". *Relaciones Laborales*, núm. 4, 1997.

QUINTANILLA NAVARRO, B.:

- * "Configuración jurisprudencial de los permisos laborales retribuidos (I y II). A.L. 91-1, VI y VII, Marginales 55 y 67.
- * "La excedencia para cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995", R.L., núm. 20, 1995.
- * "La excedencia para cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995, primeras impresiones". AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Tecnos, 1996.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: "Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines". *La suspensión del contrato de trabajo. Cuadernos del Poder Judicial*. CGPJ, Madrid, 1994.

RAYÓN SUÁREZ, E.:

- * *Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral*. Madrid, Ministerio de Trabajo, 1975.
- * "Descanso semanal, fiestas y permisos". El E.T. (dir. E. Borrajo), tomo VII. Edersa. Madrid, 1982.

RIVERO LAMAS, J.: "Contrato de trabajo y antigüedad en la empresa." R.P.S., núm. 64, oct.-dic., 1964.

RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: "Excedencias forzosas por razón de matrimonio y no discriminación: sobre la noción de cabeza de familia a la luz del ordenamiento jurídico vigente", REDT, 1990, núm. 41.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "El reingreso del trabajador en excedencia voluntaria", *Relaciones Laborales*, 1987, número 14.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M:

- * "El reingreso del trabajador en excedencia voluntaria", *Relaciones Laborales*, 1987, número 14.
- * "Obligaciones laborales y responsabilidades familiares". *Relaciones Laborales*, nº 17, septiembre 1997. Editorial.

RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.: *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*. Sevilla, 1975.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "Excedencias forzosas por razón de matrimonio y no discriminación: sobre la noción de cabeza de familia a la luz del ordenamiento jurídico vigente". *REDT*, 1990, núm. 41.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: "La duración de las vacaciones. Problemas de aplicación del artículo 38.1 del Estatuto de los trabajadores". *A.L.*, núm. 28, julio 1990.

ROJAS RIVERO, G.P. : "El derecho a la excedencia para el cuidado de hijos", *Tribuna Social*, núm. 61, 1996, ps. 69 y ss.

ROMERO DE BUSTILLO, S.: "Los apartados c) y d) del número 1 del art. 45 del Estatuto", en AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994.

SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

SALA FRANCO, T.: "Trabajadores con responsabilidades familiares y contrato de trabajo". *Tribuna Social*, 1992, núm. 14.

SALA FRANCO, T.: *La libertad empresarial de contratación*. Instituto de Estudios Sociales. Ministerio de Trabajo, 1980.

SÁNCHEZ ICART, F.J.: "Regulació comunitària de la protecció de la treballadora embarassada (Directriu 92/85, 19 d'octubre de 1992". *Anuari sòcio-laboral de Catalunya 1995*. Instituto de Estudios Laborales. Universidad de Barcelona. 1992.

SANTOS FERNÁNDEZ, R.I.: "La protección de la trabajadora embarazada en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales", Comunicación al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, mayo 1.996.

SARRANTE, R.: *De la suspension dans l'exécution des contrats*. París, 1929.

SCHMIDT, M.: "Parental Leave: Contested Procedure, Creditable Results". *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 13, nº 2, 1997, ps. 113 y ss.

SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a L.: "Aspectos jurídicos de la maternidad". *Información Laboral*, núm. 1, 1997.

SINAY, H.: *La suspension du contrat de travail à titre disciplinaire*. 1960.

TORTUERO PLAZA, J.L.: "Excedencia por cuidado de hijos. Técnica jurídica versus institución jurídica". AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994.

TOVILLAS ZORZANO, J.J.: "La incidencia de la ILT sobre el derecho a vacaciones", *RISS*, 1972, núm. 3.

VALLADARES RASCÓN, E.: "Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción", *Poder Judicial*, 1988, núm. 9.

VALLE, J.M. del: *La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1988.

VALLINA VELARDE, J.L.: "Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos". *Revista de Administración Pública*, núm. 39, 1962, págs. 463 y ss.

VIDA SORIA, J.: "La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo". *Tribuna Social*, núms. 44-45, 1994.

VIDA SORIA, J.:

- * *La suspensión del contrato de trabajo*. IEP, Madrid, 1965.
- * "Suspensión del contrato de trabajo". AA.VV.: *Comentarios a las leyes laborales*. Vol. IX. Edersa, Madrid 1983.
- * "Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción", en 'Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores', Tomo I, vol 2º, Edersa, Madrid, 1994.
- * "La incapacidad temporal del trabajador como causa de la suspensión del contrato de trabajo", *Tribuna Social*, 1994, núms. 44-45.
- * "La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo), *Tribuna Social*, 1996, núm. 61.

VILLA GIL, L.E. Y SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: "Caracterización general de la suspensión del contrato de trabajo", en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo en España*. IESS, 1981.

VV.AA. *Régimen jurídico del derecho a vacaciones*. Número monográfico. *Tribuna Social*, número 38, 1994.

VV.AA.: *Las vacaciones anuales*. Número monográfico. Documentación Laboral, octubre 1987.

VV-AA. (dir. Jacques GHESTIN y Marcel FONTAINE): *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*. LGDJ. Université Catholique de Louvain-la-neuve. 1996.

WEISS, M.: *Labour Law and Industrial Relations in Germany*. Kluwer. Boston, 1995.

YAMAGUCHI, T.: *La théorie de la suspension du contrat du travail: ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la Communauté Européenne*. París, 1963.

III. DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. OBRAS GENERALES

ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA: *Compendio de Seguridad Social*. Tecnos, 1991.

ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*. Madrid, Tecnos, 1991.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas. Madrid, 1995.

BAERS, María: "El trabajo asalariado de las madres." *Revista Internacional del Trabajo*, 1954, vol. 49, núm. 4, pág. 341.

BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M^a A.: *Curso de Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, 1995.

BLASCO LAHOZ, GARCÍA NINET, LÓPEZ GANDÍA Y MOMPALER CARRASCO: *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 1994.

DESDENTADO BONETE, A. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La Seguridad Social en la Unificación de Doctrina, una síntesis de jurisprudencia (1991-1996)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

JIMÉNEZ-ASENJO GÓMEZ, E.: *Apuntes de Seguridad Social (Régimen General)*. Servicio de Reprografía de la Universidad de Barcelona (Facultad de Derecho), 1995.

OJEDA AVILÉS, A.: *El sistema común europeo de Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

ORDEIG FOS, J.M.: *El sistema español de Seguridad Social*. EDERSA, 1993.

RAEPENBUSCH, S.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho Europeo*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992.

VILLA GIL, L.E. DE LA (dir.): *Derecho de la Seguridad Social*. Tirant lo blanch, Valencia. 1997.

VILLA GIL, L.E. DE LA y DESDENTADO BONETE: *Manual de Seguridad Social*, Pamplona, 1979.

2. PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

ALCÁZAR CARRILLO, R.M.: *La Seguridad social y la protección a la familia en España*. MTSS, Madrid, 1976.

ALMANSÁ PASTOR, J.M.:

* "La reforma de la protección familiar en el derecho de la Seguridad Social", RSS, 1981, núm. 9.

* "La familia ante la Seguridad Social", en *Protección jurídica de la familia*, Madrid, 1982.

ALONSO OLEA, M.: "Salarios y subsidios familiares en la Mater et Magistra". *Revista de Política Social*, núm. 52, 1961.

ÁLVAREZ DE MIRANDA, J.M.: "La protección familiar en el Derecho de la Seguridad Social", RSS, 1981, núm. 9.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: *La financiación de las prestaciones a favor de la familia y su adaptación al costo de la vida*. XXIV Asamblea, Informe XVI, Ginebra, 1992.

CAMPS RUIZ, L.M.: "Nueva regulación de las prestaciones familiares por hijo a cargo", TS, 1991, núm. 10.

CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: "La protección de la familia en la negociación colectiva 1987-1988", RL, 1989-II.

COLINA ROBLEDO, M.: "Desempleo y prestaciones familiares en el Derecho Comunitario", Cuadernos de Derecho Judicial, 1994, XII.

CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: Sentencia. Reducción de jornada por guarda de hijo. Primacía de la finalidad del cuidado del hijo sobre las facultades organizativas de la empresa. Nota a la S. T.S.J. Navarra, 21-1-94. A.L. 94-2, 1054, pág. 1926.

GÁRATE CASTRO, J.: "Comentarios al régimen vigente de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo". *Documentación Laboral*, núm. 34, 1991.

GARCÍA NINET, I.: "La protección familiar en el ámbito de la Seguridad Social". *Revista de Seguridad Social*, núm. 9, 1981.

INSS: "Las Prestaciones de Protección Familiar en el sistema español de la Seguridad Social. Evolución y configuración actual". *Revista de Seguridad Social*, núm. 9, 1981.

LAROQUE, P.: "Familia y Seguridad Social". *Revista de Trabajo*, 1948.

LÓPEZ GANDÍA, J.: "La protección familiar en el Derecho de la Seguridad Social", RSS, 1981, núm. 9.

LÓPEZ LÓPEZ, M^a T.: "La protección social a la familia en España y en los demás Estados miembros de la Unión Europea", "Prestaciones por hijos a cargo". Documento de la *Fundación BBV*, marzo 1996.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: "Permiso parental y Seguridad Social". REDT, núm. 83, 1997.

MARTÍN RAMOS, J.: "Prestaciones de protección social a la familia en la Seguridad Social". *Revista de Seguridad Social*, núm. 17, 1983.

NAVARRO ROLDÁN, R.: "Protección a la familia". Cuadernos Jurídicos, núm. 38. 1995.

PEREDA MATEOS, A. DE:

* "Estudio de las relaciones entre seguridad social y familia", CDT, 1977, núm. 3.

* "Asignaciones familiares: racionalización y reforma". *Papeles de Economía Española*, núms. 12/13, 1982.

- * "La limitada protección de los familiares a cargo del trabajador ante la implantación de un régimen de Seguridad Social para todos los ciudadanos", RSS, 1982, núm. 15.
- PÉREZ ALONSO, M.^a A. y MORRO LÓPEZ, J.: "La protección familiar en el ámbito de la Seguridad Social: las prestaciones económicas por hijos a cargo". *Revista de Treball*, núm. 15, 1991.
- PÉREZ BOTIJA, E.: "Fundamento jurídico sociológico del Plus familiar", RISS, 1955, núm. 51.
- PÉREZ DEL RÍO, T.: "El concepto de familia y su protección en la reforma de la Seguridad Social", en *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, IELSS, Madrid, 1985.
- REBOLLO GONZÁLEZ, A.: *Subsidios familiares*, OISS, Madrid, 1954.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: "La protección a la familia en el nuevo régimen de la Seguridad Social", RISS, 1967, núm. 5.
- VV.AA.: "La ayuda familiar en el régimen de prestaciones de la Seguridad Social", en *II Jornadas Técnicas Sociales*, MTSS. Madrid, 1961.
- VV.AA.: *La asistencia sanitaria y protección familiar en el Derecho de la Seguridad Social*. MTSS, Málaga, 1980.
- VV.AA.: "La protección familiar en el derecho de la Seguridad Social". *Revista de Seguridad Social*, núm. 9, 1981.

3. PRESTACIONES POR MATERNIDAD Y ADOPCIÓN

- ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo", *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R. y FARGAS FERNÁNDEZ, J.: "Cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria que se superpone y se prolonga más allá de la de desempleo contributivo (y pássim sobre los límites de la unificación de doctrina)". REDT, núm. 69, 1995.
- ALCÁZAR CARRILLO, Rafael: *La Seguridad Social y la protección a la familia en España*. Publicaciones del Ministerio de Trabajo, 1976. Colección Tesis doctorales.
- ÁLVAREZ MORENO, A.: "La incapacidad temporal tras la reforma operada por Ley 42/1994; especial referencia al RETA. La protección de la maternidad." *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, enero-marzo, 1995.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.:
 - * *Enciclopedia de Seguridad Social*. CISS, Valencia. Tomo III-1, Parte IX (Maternidad).
 - * "La incapacidad temporal y la maternidad". *Tribuna Social*, núm. 53, 1995.
- ALONSO OLEA: "Las relaciones familiares ante las normas de Seguridad Social." *Estudios dedicados al profesor García Oviedo*. Tomo II, págs. 143-162.
- APILLUELO MARTÍN, M.: "A modo sistemático: el nuevo régimen jurídico de incapacidad temporal y de la maternidad". AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Tecnos, 1996.
- ARGÜELLO, A.L.: "El seguro de maternidad (Datos y experiencias)". Conferencia Nacional del Seguro de enfermedad, invalidez y maternidad. Noviembre de 1922. Documentos de información, núm. 4. Editorial Ibérica, Madrid, 1922.
- ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: *La financiación de las prestaciones a favor de la familia y su adaptación al costo de la vida*. XXIV Asamblea, Informe XVI, Ginebra, 1992.
- AZNAR, S.: "El seguro obligatorio de maternidad", Madrid, 1925.
- AZNAR LÓPEZ, M.: "Una 'nueva' prestación de protección a la familia: la aportación económica por subnormales." *Revista de Seguridad Social*, núm. 9, 1981.

- AZPIAZU, J.: "El salario familiar y las cajas de compensación". *Razón y Fe*. 1933, Tomo 103, págs. 336 y 495.
- BERTRAND: "Los seguros sociales españoles de enfermedad, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales". Madrid, 1953.
- BORRAJO DACRUZ, E.: "Criterios judiciales sobre la remisión de los complementos a cargo de la empresa, del subsidio por ILT", *AL*, 1986, núm. 40.
- CALVENTE MENÉNDEZ, J.: "El contrato de trabajo. Modalidades", en AA.VV. *Guía Laboral 98*, del Centro de Estudios Financieros, editada por Cinco Días, 1998.
- CINELLI, M.: *Diritto della previdenza sociale*. G. Giappichelli Editore. Torino. 1996.
- CHACÁRTEGUI JÁVEGA, C.: "La exclusión de la maternidad de la contingencia de incapacidad temporal". AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Tecnos, 1996.
- CORTÉS PRIETO, J.: "Protección laboral de la maternidad". *Revista de Trabajo*, 1961.
- CÓSIGNY, ODILE: "Maternité et travail. La mère et le nouveau-né dans la famille ouvrière". *La Réforme Sociale*, 1927, T.7, pág. 97.
- CUEVAS GONZÁLEZ, F. DE LAS: "Maternidad (Nota a la STS 20 de enero de 1995)". *Actualidad Laboral*, 1995-II.
- DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.: "El subsidio por incapacidad temporal. Nacimiento, duración y extinción." *Tribuna Social*, núm. 44/45, 1994.
- DILLA CATALÁ, M^a.J. : "La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos (La Ley 4/95, de 23 de marzo)". *A.L.*, núm. 40, 1995.
- DUEÑAS HERRERO, L.: "La contingencia de incapacidad (laboral) temporal". AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Tecnos, 1996.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros". *R.L.*, núm. 11, 1989.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E.: "Novedades de la Ley 42/1994: en especial en materia de contratos de fomento del empleo y a tiempo parcial, incapacidad temporal, maternidad e invalidez permanente." AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Tecnos, 1996.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: "Incidencia de la reforma de la incapacidad temporal en la suspensión del contrato de trabajo". AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Tecnos, 1996.
- FERRERAS ALONSO, F.: "Las prestaciones por enfermedad, maternidad e invalidez, según el Reglamento comunitario 1408/71", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, XII.
- GARCÍA NINET, I.:
- * "La cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social". *RSS*, núm. 3, 1979.
 - * "El alta y situaciones asimiladas al alta en la antigua ILT (hoy Incapacidad Temporal). Asimilación al alta a efectos de maternidad." *Tribuna Social*, núm. 53, 1995.
 - * "La incapacidad temporal". AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Tecnos, Madrid, 1996.
 - * "En torno a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (VI y final). Protección de la maternidad (art. 26)". *Tribuna Social*, núm. 68/69, 1996.
 - * "Algunas cuestiones sobre la protección de la maternidad" (Editorial). *TS*, 1997, núm. 75.
- GARLATTI, Alessandro: *La assicurazioni sociali*. Ergon Business Communication S.P.A., Milán, 1994.
- GARRIGES GIMÉNEZ, A.: "Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción de embarazo: la intersección de dos contingencias". AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Tecnos, 1996.

GETE CASTRILLO, P.:

- * "Sobre la obligación empresarial de cotizar en supuestos de suspensión de contratos". *Relaciones Laborales-La Ley*, 1986-II, pág. 869.
- * "Incidencia del trabajo a tiempo parcial en la acreditación de la carencia requerida para prestaciones de la Seguridad Social". *Relaciones Laborales*, núm. 3, 1997.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Reforma laboral y Seguridad Social", R.L-La Ley, núms. 17 y 18, 1994.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.:

- * "El contenido de las prestaciones por maternidad". AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Tecnos, 1996.
- * *La protección por maternidad*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

HAULTAIN, Elsinore: "Les allocations ause méres en Amérique du Nord." *Revue Internationale du Travail*, 1927, vol. 16, pág. 674.

INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN:

- * Trabajos preparatorios de la Conferencia Nacional de Seguros de Enfermedad, Invalidez, y Maternidad, Anales de INP, 1922, núm. 51-52.
- * "El subsidio de maternidad". Segunda edición. Madrid, 1923.
- * "Resumen de la información pública sobre el seguro de maternidad". Madrid, 1926.
- * "Anteproyecto de seguro de maternidad". Bases sometidas a información pública del 15 de abril al 15 de junio de 1927. Madrid, 1927.
- * "El seguro de maternidad. Anteproyecto y justificación de sus bases". Madrid, 1928.
- * "Seguro obligatorio de maternidad". R-D Ley de 22 de marzo de 1929. Primera edición. Madrid, 1929.
- * "Reglamento General del régimen obligatorio del seguro de maternidad". RD de 29 de enero de 1930. Madrid, 1930.

LO MONACO-APRILE, A.: *La protezione sociale della madre e del fanciullo in Italia ed all'estero*. Istituto Italiano di Igiene, Previdenza ed Assistenza Sociale. Bologna, Nicola Zanichelli, 1923.

LÓPEZ GANDÍA, J.: "Dinámica de la obligación de cotizar: situaciones suspensivas y extintivas del contrato de trabajo y la cotización a la Seguridad Social (ILT, huelga, desempleo, salarios de tramitación, etc.)". *Tribuna Social*, núms. 20-21.

LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J.: "Las recientes reformas de la legislación social sobre la mujer en el trabajo y sobre la prestación de desempleo". *Revista de Treball*, núm. 10, 1989.

LÓPEZ LÓPEZ, M^a T.: "La protección social a la familia en España y en los demás Estados miembros de la Unión Europea". "Maternidad", Documento de la *Fundación BBV*, marzo 1996.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: "Medidas laborales de la Ley 42/94, de 30 de diciembre. Comentarios de Urgencia", A.L., núm. 16, 1995.

MARCHAL, Jean: "La protection légale de la maternité dans l'industrie allemande". *R.P. et Parlamen.*, 1930, T. 144, pág. 405.

MAGALLÓN ORTÍN, M.: "La incapacidad temporal en el régimen especial de trabajadores autónomos, como falsa causa de baja en dicho régimen." *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, julio-septiembre 1995.

MARTÍN VALVERDE, A.: "Incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional: legislación y jurisprudencia recientes." A.L., núm. 39, 1994.

MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: "La cotización en las situaciones de incapacidad temporal". AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Tecnos, 1996.

- MON PASCUAL, J.: *El seguro obligatorio de maternidad y la mujer obrera*. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión. Madrid, 1932.
- MUÑOZ MOLTÓ, F.M.:
- * "La prestación por maternidad". *Cuadernos Jurídicos*, núm. 40, 1996.
 - * "La protección de la maternidad frente a los riesgos laborales". Comunicación al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, mayo 1.996.
- MUTUAL SALUS: "Nota sobre el seguro obligatorio de enfermedad, invalidez, maternidad y defunción". Conferencia Nacional del Seguro de enfermedad, invalidez y maternidad. Noviembre de 1922. Documentos de información, núm. 11. Editorial Ibérica, Madrid, 1922.
- PEÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: "Novedades en materia de Seguridad Social que incorpora la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social". *Relaciones Laborales*, núm. 4, 1997.
- PÉREZ ALONSO, A.:
- * "Las relaciones entre situaciones de ILT e invalidez provisional y las prestaciones de desempleo", AL, 1989-2.
 - * "La incapacidad laboral temporal en el Sistema de la Seguridad Social: un recorrido por nuestra jurisprudencia." *Tribuna Social*, núm. 44/45, 1994.
 - * *La incapacidad temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia. 1995.
 - * "La nueva excedencia por cuidado de hijos en el ámbito laboral". *Poder Judicial*, núm. 38, 1995.
- PÉREZ BOTIJA, E.: "Contrato de trabajo y Derecho público". *Revista Gral. de Legislación y JURISPRUDENCIA*. Año LXXXIX, Tomo 175, pág. 654. Tomo 176, pág. 7.
- PÉREZ SERRANO, José: "El retorno al hogar de la mujer trabajadora." Conferencia. Publicaciones del Patronato de la Escuela Social de Barcelona.
- PLANAS GÓMEZ, M.: "Incapacidad temporal y maternidad. Cálculo de las bases de cotización y bases reguladoras". *Tribuna Social*, núm. 51, 1995.
- PURCALLA BONILLA, M.A.: *Heterotutela y autotutela de la Seguridad e higiene en el trabajo. Un estudio sobre la deuda de seguridad del empresario. Tesis doctoral*. Tarragona, abril 1997 (ejemplar mecanografiado).
- RAYÓN SUÁREZ, E.: "La repercusión en la Seguridad social del E.T. (I). La cotización." RSS, núm. 7, 1980.
- REY GUANTER, S. del y GALA DURÁN, C.: "Las mejoras voluntarias. Análisis de la reciente negociación colectiva y jurisprudencia", REDT, 1993, Nº 62.
- RIERA VAYREDA, C.: "La incapacidad temporal y la maternidad en los contratos a tiempo parcial". AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Tecnos, 1996.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "La maternidad como contingencia específica frente a la incapacidad temporal". AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Tecnos, 1996.
- SEGOVIANO ASTABURUAGA, Mª L.: "Aspectos jurídicos de la maternidad". *Información Laboral*, núm. 1, 1997.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora". Nota crítica. R.L., 1989, núm. 13.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Jurisprudencia social. Unificación de doctrina 1993-1994*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.
- SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: "La obligación de cotizar durante la situación de incapacidad laboral transitoria: su extensión temporal y modificaciones en la base de cotización aplicable." REDT, núm. 64.

- TEJERINA ALONSO, J.I.: "Las recientes modificaciones del régimen de protección de la incapacidad temporal ante los planes de reforma general de la Seguridad social". *Revista de Seguridad social*, número 6, 1980.
- TORRENTE GARÍ, S.: "El tratamiento normativo de la incapacidad temporal y de la maternidad en la Ley 42/2994, de 30 de diciembre". AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Tecnos, 1996.
- TORRES DÍAZ, I.V.:
- * "Prestación por maternidad. Derecho positivo español y situaciones protegidas", TS, 1994, núm. 44-45.
 - * "Prestación de maternidad. Derecho positivo español y perspectiva europea". R.L., núm. 6, 1996.
- TORTUERO PLAZA, J.L.: "La incapacidad temporal: contingencia y situaciones protegidas". *Tribuna Social*, núms. 44-45, 1994.
- VANDERREYD, M.A.: "El subsidio a la madre en el hogar". *Revista de Trabajo*, 1955, núm. 11-12.
- VICENTE PACHÉS, F. de: "La cotización durante la situación de incapacidad temporal." AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Tecnos, 1996.
- VIDA SORIA, J.: "La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo". *Tribuna Social*, núms. 44-45, 1994.
- VV.AA.: "La cotización en el sistema español de Seguridad Social". Número extraordinario de la revista *Tribuna Social*, núm. 20/21, 1992.

II. JURISPRUDENCIA (1980-1997)

La selección que a continuación se incluye abarca desde el año 1980 hasta el cierre de este trabajo (abril de 1998), porque 1980 es el año en el que se promulga el Estatuto de los Trabajadores y porque ello permite incluir una pequeña muestra de resoluciones basadas en la normativa anterior (art. 25.4 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976). Por lo demás, se ha pretendido compilar toda la doctrina jurisprudencial emanada durante los mencionados años, tanto la que proviene del Tribunal Central de Trabajo, como de los Tribunales Superiores de Justicia, así como, por supuesto, la del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Por último, figuran las resoluciones más significativas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Debe advertirse, por otra parte, que aquellas otras cuestiones colaterales sobre las que, incluyéndose alguna anotación en el contenido del trabajo, no se relacionan directa sino indirectamente con el objeto de esta investigación, no se citan en la presente relación de resoluciones jurisprudenciales consultadas (y, de entre ellas, sólo las que contienen doctrina relacionada con el tema tratado), de igual modo que se ha procedido con respecto a la bibliografía empleada.

En materia de Seguridad social, el criterio empleado ha sido el de dar prevalencia a la jurisprudencia emanada a partir de la reforma del permiso por maternidad que introduce la Ley 3/1989, haciéndose un recorrido exhaustivo por la de los últimos años. Se ha tenido en cuenta también la que se relaciona con la contingencia de incapacidad temporal, no sólo por un histórica vinculación con las prestaciones por maternidad, sino porque la vigente regulación de éstas continúa siendo heredera de aquélla, y toma prestadas algunas de sus normas, fundamentalmente en cuanto al cálculo de la prestación. Por consiguiente, continúa siendo de referencia la jurisprudencia que a tales materias afecte, y así ha sido consignada en la relación que a continuación se expone, que no es sino reflejo de la que ha sido objeto de tratamiento en el texto del trabajo.

La presente selección se ha clasificado, en función de un índice temático, por materias, que siguen el orden de exposición del trabajo al que acompañan. De ahí que se haya distinguido entre tres grandes bloques temáticos: I. El principio de igualdad y la dicriminación por razón de embarazo y de maternidad. II. El contrato de trabajo (suspensión por maternidad y excedencia por cuidado de hijos). III. Seguridad social: las prestaciones por maternidad y la prestación no económica por cuidado de hijos, y la obligación de cotizar durante la suspensión del contrato. Debe hacerse notar que, para el mejor seguimiento de la jurisprudencia reseñada, se incluye un índice analítico.

I. PRINCIPIO DE IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EMBARAZO Y MATERNIDAD	III
II. CONTRATO DE TRABAJO	V
SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. DOCTRINA GENERAL.....	V
SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MATERNIDAD	V
1. Contenido del derecho	V
2. Situaciones protegidas	V
3. Duración	VI
3. Régimen de ejercicio del derecho.....	VI
4. Otros efectos sobre la relación laboral.....	VII
Devengos salariales	VII
Antigüedad	VII
Derechos colectivos.....	VII
Vacaciones.....	VII
5. Situaciones concurrentes con la suspensión	VIII
Otras situaciones suspensivas	VIII
Suspensión y extinción del contrato.....	VIII
6. Extinción del derecho	X
7. Reincorporación	X
EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS	XI
1. Cuestiones Generales. Efectos de la excedencia forzosa.	XI
2. Excedencia por cuidado de hijos	XII
3. Reincorporación	XIV
4. Extinción del contrato durante el periodo de excedencia.....	XVI
III. SEGURIDAD SOCIAL	XVIII
PRESTACIÓN ECONÓMICA POR MATERNIDAD	XVIII
1. Situaciones protegidas	XVIII
2. Beneficiarios	XVIII
3. Requisitos de acceso.....	XIX
3.1. Alta. Situaciones asimiladas.	XIX
3.2. Carencia.....	XXIII
4. Contenido de la prestación	XXV
4.1. Duración (remisión)	XXV
4.2. Cuantía	XXVI
Base Reguladora	XXVI
Cuantía del subsidio en caso de parto múltiple	XXVIII
5. Régimen jurídico de la prestación.....	XXIX
5.1. Reconocimiento e Inicio de la prestación	XXIX
5.2. Compatibilidades e Incompatibilidades	XXXI
5.3. Suspensión y extinción.....	XXXI
6. Gestión de la prestación	XXXII
7. Responsabilidad en orden a las prestaciones	XXXII
8. Conexión con otras situaciones protegidas	XXXIII
8.1. Incapacidad temporal.....	XXXIV
8.2. Desempleo	XXXV
9. Mejoras de prestaciones	XXXVI
LA PRÓRROGA DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y SU TRATAMIENTO POR EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: LA PRESTACIÓN NO ECONÓMICA POR HIJO A CARGO.....	XXXVII
1. Asignación no económica de la prestación por hijo a cargo	XXXVII
BeneficiarioS. Requisitos.	XXXVII
2. Asimilación al alta	XXXVII
3. Cotización	XXXVIII
LA OBLIGACIÓN DE COTIZAR DURANTE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO	XXXIX

I. PRINCIPIO DE IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EMBARAZO Y MATERNIDAD

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

- S. 26 de octubre de 1983. Asunto *Commission v. Italia*, 163/82.
- S. 12 de julio de 1984. Asunto *Hoffman v. Barmer*, 184/83.
- S. 25 de octubre de 1988. Asunto 312/86, *Commission v. France*.
- S. 8 de noviembre de 1990. Asunto *Dekker (C-177/88)*.
- S. 13 de junio de 1995. Asunto “*Meyers*”. DOCCEE núm. C 268/3, de 14 de octubre de 1995.
- S. 17 de octubre de 1995. Asunto “*Kalanke*”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 153, pág. 181).
- S. 13 de febrero de 1996. Pleno. Asunto C-342/93, “*Gillespie*” (prejudicial). R.L., núm. 11, 1996.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- S. 26 de septiembre de 1988. Sala Segunda. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas. BOE de 14 de octubre de 1988. RTC 1988, 166.
- S. 19 de diciembre de 1988. Sala Segunda. Ponente: Excma. Sra. Dña. Gloria Begué Cantón. BOE de 13 de enero de 1989. RTC 1989, 241.
- S. 1 de julio de 1991. Sala Segunda. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer. BOE de 22 de julio de 1991 (rectificada en BOE núm. 265 de 5 de noviembre de 1991). RTC 1991, 145.
- S. 18 de julio de 1991. Sala Primera. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente. BOE de 9 de agosto de 1991. RTC 1991, 161.
- S. 14 de noviembre de 1991. Sala Primera. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas. BOE de 17 de diciembre de 1991. RTC 1991, 216.
- S. 9 de marzo de 1992. Sala Segunda. Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos. BOE de 10 de abril de 1992 (rectificada en BOE núm. 115 de 13 de mayo). RTC 1992, 28.
- S. 14 de diciembre de 1992. Sala Primera. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer. BOE de 19 de enero de 1993 (rectificada en BOE núm. 69 de 22 de marzo de 1993). RTC 1992, 229.
- S. 14 de enero de 1993. Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 231/1987. Ponente: Excmo. D. Carlos de la Vega Benayas. BOE de 12 de febrero de 1993 (rectificada en el BOE núm. 90 de 15 de abril). RTC 1993, 3.
- S. 15 de febrero de 1993. Sala Segunda. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis López Guerra. BOE de 22 de marzo de 1993 (rectificada en BOE núm. 124 de 25 de mayo). RTC 1993, 59.
- S. 1 de marzo de 1993. Sala Primera. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Cruz Villalón. BOE de 1 de abril de 1993. RTC 1993, 66.
- S. 1 de marzo de 1993. Sala Segunda. Ponente: Excmo. Sr. D. Álvaro Rodríguez Bereijo. BOE de 1 de abril de 1993 (rectificada en BOE núm. 127 de 28 de mayo). RTC 1993, 70.
- S. 25 de marzo de 1993. Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 1348/1988. Ponente: Excmo. Sr. D. José Gabaldón López. BOE de 27 de abril de 1993 (rectificada en BOE núm. 159 de 5 de julio). RTC 1993, 109.
- S. 14 de junio de 1993. Sala Segunda. Ponente: Excmo. Sr. D. Eugenio Díaz Eimil. BOE de 19 de julio de 1993 (rectificada en BOE núm. 286 de 30 de noviembre). RTC 1993, 187.
- S. 28 de febrero de 1994. Sala Primera. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer. BOE de 24 de marzo de 1994. RTC 1994, 58.
- S. 7 de junio de 1994. Sala Primera. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer. BOE de 9 de julio de 1994. RTC 1994, 173.
- S. 20 de junio de 1994. Sala Primera. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer. BOE de 26 de julio 1994. RTC 1994, 187.

IV

- S. 27 de octubre de 1994. Sala Primera. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas. BOE de 29 de noviembre de 1994. RTC 1994, 286.
- S. 28 de noviembre de 1994. Sala Primera. Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Fimeno Sendra. BOE de 28 de diciembre de 1994. RTC 1994, 317.
- S. 24 de enero de 1995. Sala Primera. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas. BOE de 28 de junio de 1995 (corrección de errores en BOE núm. 140 de 13 de junio de 1995). RTC 1995, 16.
- S. 16 de octubre de 1995. Sala Segunda. Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás Vives Antón. BOE de 10 de noviembre de 1995 (corrección de errores en BOE núm. 43 de 19 de febrero de 1996). RTC 1995, 147.
- S. 23 de julio de 1996. Sala Primera. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Cruz Villalón (BOE de 12 de agosto de 1996). RTC 1996, 136.
- S. 3 de diciembre de 1996. Sala Primera. Ponente: Excmo. Sr. D. Álvaro Rodríguez Bereijo. BOE de 3 de junio de 1997 (corrección de errores en BOE núm. 49 de 26 de febrero de 1997). RTC 1996, 198.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Aragón

- S. 19 de febrero de 1997. AS 1997, 519
- S. 30 de enero de 1997. AS 1997, 614.

Andalucía

Granada

- S. 3 de septiembre de 1997. AS 1997, 3409.

Málaga.

- S. 5 de julio de 1996. AS 1996, 248.
- S. 2 de febrero de 1996. AS 1996, 287.

Canarias

Santa Cruz de Tenerife

- S. 20 de septiembre de 1991. AS 1991, 4961.

Las Palmas

- S. 6 de junio de 1997. AS 1997, 2572.

Castilla y León

Burgos

- S. 16 de junio de 1994. AS 1994, 2362.

Valladolid

- S. 11 de junio de 1990. AS 1990, 3352.

Cantabria

- S. 21 de enero de 1997. AS 1997, 148.

Cataluña

- S. 7 de mayo de 1997. AS 1997, 2209.
- S. 16 de octubre de 1997. AS 1997, 3716.

Comunidad Valenciana

- S. 18 de junio de 1997. AS 1997, 2077.

Madrid

- S. 4 de junio de 1992. AS 1992, 3412.
- S. 4 de noviembre de 1997. AS 1997, 3761.

País Vasco

S. 19 de marzo de 1996. AS 1996, 478.

II. CONTRATO DE TRABAJO**SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. DOCTRINA GENERAL.**

TRIBUNAL SUPREMO

S. 20 de octubre de 1988. RJ 1988, 8125.

S. 15 de noviembre de 1990. RJ 1990, 8979.

S. 22 de octubre de 1991. RJ 1991, 7745.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Granada

S. 15 de enero de 1997, AS 1997, 237.

Málaga

S. 13 de diciembre de 1996. AS 1996, 4070.

Castilla-La Mancha

S. 30 de noviembre de 1992. AS 1992, 5834.

S. 18 de marzo de 1997. AS 1997, 1174.

Castilla y León

Valladolid.

S. 27 de enero de 1991. AS 1991, 118.

Comunidad Valenciana

S. 30 de septiembre de 1997. AS 1997, 3020.

Extremadura

S. 28 de julio de 1994. AS 1994, 2832.

La Rioja

S. 26 de junio de 1997. AS 1997, 2283.

Madrid

S. 3 de mayo de 1995. A.L., núm. 34, 1995, ref. 1346.

Murcia

S. 31 de diciembre de 1993. AS 1993, 5483.

SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MATERNIDAD

1. Contenido del derecho

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Castilla y León

Valladolid. S. 17 de junio de 1991. AS 1991, 3821.

2. Situaciones protegidas

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO

S. 10 de febrero de 1983. RTCT 1983, 1103.

VI

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Sevilla

S. 10 de marzo de 1997. AS 1997, 2761.

Navarra

S. 5 de octubre de 1993. AS 1993, 4259.

3. Duración

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO

S. 25 de octubre de 1992. RTCT 1982, 5889.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Aragón

S. 30 de enero de 1997. AS 1997, 614.

Asturias

S. 18 de diciembre de 1990. AS 1990, 1811.

S. 17 de junio de 1993. AS 1993, 2824.

Baleares

S. 7 de mayo de 1992. AS 1992, 2323.

Castilla-León

Valladolid:

S. 5 de octubre de 1992. AS 1992, 5200.

Cataluña

S. 12 de septiembre de 1990. AS 1990, 4271.

Madrid

S. 1 de julio de 1997. AS 1997, 2612.

La Rioja

S. 11 de mayo de 1992. AS 1992, 2485.

3. Régimen de ejercicio del derecho

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO

S. 15 de abril de 1978. RTCT 1978, 2188.

S. 17 de julio de 1984. RTCT 1984, 6467.

S. 10 de octubre de 1988. RTCT 1988, 6149.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Granada: S. 17 de octubre de 1989. AS 1989, 335.

Aragón

S. 7 de octubre de 1992. AS 1992, 4989.

S. 30 de enero de 1997. AS 1997, 614.

Baleares

S. 24 de abril de 1990. AS 1990, 2578.

Castilla-La Mancha

S. 16 de abril de 1996. AS 1996, 1378.

Galicia

S. 25 de agosto de 1992. AS 1992, 4114.

Madrid

S. 16 de mayo de 1990. RTSJ 1990, 1762.

4. Otros efectos sobre la relación laboralDevengos salariales

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

S. 13 de febrero de 1996. Pleno. Asunto C-342/93, Gillespie (prejudicial). R.L., núm. 11, 1996.

Antigüedad**Cataluña**

S. 1 de febrero de 1996. AS 1996, 394.

La Rioja

S. 26 de junio de 1997. AS 1997, 2283.

Derechos colectivos**País Vasco**

S. 24 de junio de 1996. AS 1996, 3145.

Vacaciones

TRIBUNAL SUPREMO

S. 20 de enero de 1995. RJ 1995, 392.

S. 30 de noviembre de 1995. RJ 1995, 8771.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Baleares

S. 29 de abril de 1991. AS 1991, 2826.

Comunidad Valenciana

S. 22 de febrero de 1991. AS 1991, 1505.

S. 15 de septiembre de 1993. AS 1993, 3928.

Galicia

S. 15 de abril de 1993. AS 1993, 1918.

Madrid

S. 12 de febrero de 1990. AS 1990, 627.

S. 27 de marzo de 1990. AS 1990, 1240.

S. 16 de octubre de 1991. AS 1991, 5927.

País Vasco

S. 14 de febrero de 1995. AS 1995, 521.

5. Situaciones concurrentes con la suspensión

Otras situaciones suspensivas

Andalucía

Granada

S. 15 de enero de 1997. AS 1997. 237.

Suspensión y extinción del contrato.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

S. 14 de julio de 1994, caso *Webb*. DOCCEE nº C233/10, de 20 de agosto de 1994.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

S. 94/1984, de 16 de octubre. *Jurisprudencia constitucional de Trabajo y Seguridad Social*, Tomo II, ref. 127.

S. 166/1988, de 26 de septiembre. BOE de 14 de octubre.

S. 173/1994, de 7 de junio. BOE de 9 de junio. Ponente: Sr. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer .

S. 3/1995, de 10 de enero. BOE de 11 de febrero de 1995.

S. 23 de julio de 1996. Actualidad Aranzadi, núm. 258, 1996. Ponente: D. Pedro Cruz Villalón.

TRIBUNAL SUPREMO

S. 27 de diciembre de 1989. RJ 1989, 9088.

S. 4 de febrero de 1991. RJ 1991, 796.

S. 14 de julio de 1994, Sala 5ª. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 144, pág. 60.

S. 19 de octubre de 1994. RJ 1994, 8254.

S. 14 de diciembre de 1994. RJ 1994, 10093.

S. 24 de mayo de 1995. A.L., núm. 39, 1995, ref. 1569.

S. 24 de junio de 1996. *Actualidad Aranzadi*, núm. 257, ref. 44.

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO

1980

S. 1 de noviembre de 1980. RTCT 1980, 5525.

1981

S. 17 de marzo de 1981. RTCT 1981, 1883.

S. 2 de junio de 1981. RTCT 1981, 3762.

S. 17 de junio de 1981. RTCT 1981, 4175.

S. 7 de octubre de 1981. RTCT 1981, 5707.

S. 19 de noviembre de 1981. RTCT 1981, 6770.

S. 19 de diciembre de 1981. RTCT 1981, 7652.

1982

S. 5 de febrero de 1982. RTCT 1982, 653.

S. 23 de marzo de 1982. RTCT 1982, 1759.

S. 1 de junio de 1982. RTCT 1982, 3287.

S. 2 de junio de 1982. RTCT 1982, 3337.

S. 3 de septiembre de 1982. RTCT 1982, 4663.

S. 7 de septiembre de 1982. RTCT 1982, 4692.

S. 16 de noviembre de 1982. RTCT 1982, 6377.

S. 11 de diciembre de 1982. RTCT 1982, 7222.

S. 28 de diciembre de 1982. RTCT 1982, 7837.

1983

- S. 7 de febrero de 1983. RTCT 1983, 963.
- S. 8 de febrero de 1983. RTCT 1983, 973.
- S. 16 de marzo de 1983. RTCT 1983, 2147.
- S. 23 de marzo de 1983. RTCT 1983, 2442.
- S. 6 de mayo de 1983. RTCT 1983, 3974.
- S. 12 de mayo de 1983. RTCT 1983, 4214.
- S. 13 de mayo de 1983. RTCT 1983, 4253.
- S. 20 de mayo de 1983. RTCT 1983, 4520.
- S. 8 de junio de 1983. RTCT 1983, 5358.
- S. 8 de junio de 1983. RTCT 1983, 5359.
- S. 9 de junio de 1983. RTCT 1983, 5409.
- S. 9 de junio de 1983. RTCT 1983, 5424.
- S. 21 de junio de 1983. RTCT 1983, 5897.
- S. 6 de julio de 1983. RTCT 1983, 6523.
- S. 11 de octubre de 1983. RTCT 1983, 8370.
- S. 26 de octubre de 1983. RTCT 1983, 8870.
- S. 1 de diciembre de 1983. RTCT 1983, 10402.
- S. 9 de diciembre de 1983. RTCT 1983, 10667.
- S. 9 de diciembre de 1983. RTCT 1983, 10680.
- S. 20 de diciembre de 1983. RTCT 1983, 11087.

1984

- S. 10 de enero de 1984. RTCT 1984, 118.
- S. 3 de abril de 1984. RTCT 1984, 3132.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Málaga:

- S. 25 de enero de 1991. AS 1991, 437.
- S. 2 de febrero de 1996. AS 1996, 287.

Sevilla:

- S. 8 de julio de 1991. AS 1991, 4228.
- S. 1 de diciembre de 1992. AS 1992, 6596.

Cantabria

- S. 19 de junio de 1996. AS 1996, 1712.

Castilla y León

Valladolid:

- S. 17 de junio de 1991. AS 1991, 3821.

Cataluña

- S. 24 de octubre de 1.994. AS 1.994, 3885.

Galicia

- S. 25 de agosto de 1992. AS 1992, 4114.

La Rioja

- S. 26 de junio de 1997. AS 1997, 2283.

X

Madrid

S. 6 de septiembre de 1989. RTSJ 1989, 1363.

S. 27 de marzo de 1996. AS 1.996, 1243.

S. 14 de mayo de 1996. AS 1996, 1563.

País Vasco

S. 22 de julio de 1997. AS 1997, 2333.

JUZGADOS DE LO SOCIAL

Juzgado de lo Social núm. 19. Barcelona. S. 9 de noviembre de 1995. A.L., núm. 16, 1996, ref. 680.

6. Extinción del derecho

TRIBUNAL SUPREMO

S. 8 de febrero de 1996. RJ 1996, 861.

7. Reincorporación

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Málaga. S. 25 de enero de 1991. AS 1991, 437.

Sevilla. S. 8 de julio de 1991. AS 1991, 4228.

Cataluña

S. 3 de enero de 1997. AS 1997, 342.

Comunidad Valenciana

S. 13 de junio de 1997. AS 1997, 2073.

La Rioja

S. 26 de junio de 1997. AS 1997, 2283.

País Vasco

S. 23 de enero de 1996. AS 1996, 892.

EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS*

1. Cuestiones Generales. Efectos de la excedencia forzosa.

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO

S. 22 de noviembre de 1988. RTCT 1988, 7415.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Granada:

S. 15 de enero de 1997. AS 1997, 237.

Málaga:

S. 26 de marzo de 1994. AS 1994, 1112.

Asturias

S. 26 de enero de 1996. AS 1996, 65.

Baleares

S. 2 de julio de 1992. AS 1992, 3909.

S. 17 de noviembre de 1993. AS 1993, 4835.

S. 23 de diciembre de 1994. AS 1994, 5074.

Canarias

Santa Cruz de Tenerife:

S. 18 de noviembre de 1993. AS 1993, 4782.

Cantabria

S. 1 de marzo de 1991. AS 1991, 1940.

Castilla yLeón

Valladolid: S. 9 de septiembre de 1991. AS 1991, 5078.

Cataluña

S. 19 de septiembre de 1990. AS 1990, 4279.

S. 10 de octubre de 1991. AS 1991, 5632.

S. 21 de abril de 1992. AS 1992, 2290.

S. 28 de febrero de 1994. AS 1994, 604.

Comunidad Valenciana

S. 30 de julio de 1996. AS 1996, 2701.

S. 30 de septiembre de 1997. AS 1997, 3020.

* En esta materia se ha considerado preferible, en vista de lo abundante de la jurisprudencia hallada, que no encuentra parangón con la atención que se le ha brindado al tema en este estudio, reservado a aquellos supuestos relacionados con la maternidad o paternidad del trabajador, seleccionar las resoluciones correspondientes a los últimos años, tras el cambio operado en la figura de la excedencia por cuidado de hijos por la Ley 3/1989. Por tal razón se ha prescindido de la relación de las numerosísimas resoluciones dictadas por el Tribunal Central de Trabajo en torno a la institución, seleccionando las más significativas, es decir aquellas en las que la cuestión litigiosa es exclusivamente la *excedencia por cuidado de hijos*, para que, en su cotejo con las dictadas al amparo de la nueva regulación, pueda observarse la evolución legal y jurisprudencial de la figura. Por último, se ha creído conveniente, en vista del giro legal experimentado por la institución de referencia, que le otorga carácter de forzosa, incluir una selección de las resoluciones que, dictadas en tal materia, sientan doctrina aplicable a todas las excedencias que ostentan tal carácter, con independencia de la causa que las motiva: así, en materia de efectos y de reingreso.

Extremadura

S. 23 de mayo de 1994. AS 1994, 1947.

Madrid

S. 10 de octubre de 1989. RTSJ 1989, 1671.
S. 18 de octubre de 1989. RTSJ 1989, 1901.
S. 14 de noviembre de 1989. RTSJ 1989, 2380.
S. 18 de enero de 1990. RTSJ 1990, 370.
S. 7 de febrero de 1990. RTSJ 1990, 613.
S. 14 de febrero de 1990. RTSJ 1990, 851.
S. 26 de febrero de 1990. RTSJ 1990, 671.
S. 14 de enero de 1991. AS 1991, 769.
S. 1 de marzo de 1994. AS 1994, 1128.
S. 8 de enero de 1996. AS 1996, 87.

Murcia

S. 22 de julio de 1993. AS 1993, 3492.

País Vasco

S. 11 de octubre de 1990. AS 1990, 529.
S. 10 de marzo de 1994. AS 1994, 962.

2. Excedencia por cuidado de hijos

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

S. 187/94, de 20 de junio de 1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. BOE de 26 de julio de 1994.

TRIBUNAL SUPREMO

S. 11 de mayo de 1984. Colex nº 869.
S. 1 de febrero de 1988. Colex nº 103.
S. 25 de abril de 1995. A.L., núm. 38, 1995, ref. 1559.

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO.

1980

S. 1 de noviembre de 1980. RTCT 1980, 5525.

1981

S. 17 de febrero de 1981. RTCT 1981, 1060.
S. 17 de marzo de 1981. RTCT 1981, 1883.
S. 25 de mayo de 1981. RTCT 1981, 3502.
S. 19 de septiembre de 1981. RTCT 1981, 5273.

1982

S. 26 de enero de 1982. RTCT 1982, 328.
S. 7 de mayo de 1982. RTCT 1982, 3240.
S. 15 de junio de 1982. RTCT 1982, 3630.
S. 25 de octubre de 1982. RTCT 1982, 5889.
S. 17 de noviembre de 1982. RTCT 1982, 6415.

1983

S. 10 de febrero de 1983. RTCT 1983, 1103.
S. 23 de febrero de 1983. RTCT 1983, 1538.

- S. 28 de febrero de 1983. RTCT 1983, 1627.
- S. 8 de marzo de 1983. RTCT 1983, 1850.
- S. 15 de marzo de 1983. RTCT 1983, 2070.
- S. 21 de mayo de 1983. RTCT 1983, 4549.
- S. 16 de diciembre de 1983. RTCT 1983, 10988.

1984

- S. 10 de enero de 1984. RTCT 1984, 115.
- S. 24 de febrero de 1984. RTCT 1984, 1720.
- S. 29 de febrero de 1984. RTCT 1984, 1848.
- S. 21 de marzo de 1984. RTCT 1984, 2624.
- S. 23 de marzo de 1984. RTCT 1984, 2727.
- S. 27 de marzo de 1984. RTCT 1984, 2790.
- S. 27 de marzo de 1984. RTCT 1984, 2796.
- S. 25 de mayo de 1984. Colex nº 868.
- S. 6 de junio de 1984. Colex nº 867.

1985

- S. 15 enero de 1985, Colex nº 19.
- S. 28 de junio de 1985. Colex nº 1180.

1986

- S. 22 de julio de 1986, Colex nº 1270

1988

- S. 28 de junio de 1988, Colex nº 923.
- S. 7 de diciembre de 1988, Colex nº 1547

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Granada:

- S. 21 de noviembre de 1990. AS 1990, 2885.
- S. 20 de mayo de 1997. AS 1997, 2644.

Málaga:

- S. 13 de julio de 1992. AS 1992, 3577.

Sevilla:

- S. 8 de julio de 1992. AS 1992, 6540.
- S. 14 de julio de 1994. AS 1994, 3113.

Aragón

- S. 28 de junio de 1990. AS 1990, 799.
- S. 17 de abril de 1991. AS 1991, 2316.
- S. 8 de julio de 1992. AS 1992, 3898.
- S. 14 de febrero de 1996. AS 1996, 229.

Castilla yLeón

Burgos

- S. 11 de septiembre de 1992. AS 1992, 4135.

Valladolid

- S. 20 de diciembre de 1994. AS 1994, 4937.

Cataluña

- S. 19 de septiembre de 1990. AS 1990, 4279.
- S. 3 de junio de 1997. AS 1997, 2431.

Comunidad Valenciana

- S. 12 de junio de 1991. AS 1991, 4125.
- S. 19 de enero de 1993. AS 1993, 508.
- S. 21 de diciembre de 1993. AS 1993, 5386.
- S. 31 de enero de 1994. AS 1994, 372.
- S. 19 de julio de 1994. AS 1994, 3240.

Comunidad Valenciana

- S. 30 de julio de 1996. AS 1996, 2701.

Galicia

- S. 5 de diciembre de 1990. AS 1990, 240.

Madrid

- S. 10 de octubre de 1989. RTSJ 1989, 1822.
- S. 6 de noviembre de 1989. RTSJ 1989, 2304.
- S. 26 de febrero de 1990. RTSJ 1990, 671.
- S. 27 de septiembre de 1990. RTSJ 1990, 2203.
- S. 9 de octubre de 1990. RTSJ 1990, 2658.
- S. 18 de julio de 1991. AS 1991, 4693.
- S. 12 de febrero de 1992. AS 1992, 988.
- S. 18 de junio de 1992. AS 1992, 3445.
- S. 14 de abril de 1993. AS 1993, 1964.
- S. 27 de septiembre de 1993. AS 1993, 4215.
- S. 11 de octubre de 1993. AS 1993, 4647.
- S. 17 de marzo de 1994. AS 1994, 1164.
- S. 4 de noviembre de 1994. AS 1994, 4585.

Murcia

- S. 28 de enero de 1993. AS 1993, 253.
- S. 20 de julio de 1993. AS 1993, 3486.

Navarra

- S. 23 de diciembre de 1996. AS 1996, 3949.

País Vasco

- S. 11 de octubre de 1990. AS 1990, 529.
- S. 16 de marzo de 1993. AS 1993, 1377.
- S. 9 de diciembre de 1993. AS 1993, 5394.
- S. 13 de julio de 1994. AS 1994, 2897.
- S. 25 de noviembre de 1994. AS 1994, 4311.

3. Reincorporación

TRIBUNAL SUPREMO

- S. 17 de noviembre de 1983. RJ 1983, 5608.
- S. 6 de marzo de 1986. RJ 1986, 1479.
- S. 18 de julio de 1986. RJ 1986, 4245.
- S. 22 de enero de 1987. RJ 1987, 108.
- S. 25 de enero de 1988. RJ 1988, 45.

- S. 14 de marzo de 1995. RJ 1995, 2170.
- S. 25 de septiembre de 1995. RJ 1995, 6892.
- S. 21 de enero de 1997. RJ 1997, 623.

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO

- S. 14 de octubre de 1982. RTCT 1982, 5418.
- S. 15 de diciembre de 1982. RTCT 1982, 7404.
- S. 22 de mayo de 1985. Nº Colex 813, 1985.
- S. 15 de enero de 1986. Nº Colex 215.
- S. 29 de julio de 1986. Colex nº 1333
- S. 23 de octubre de 1986. RTCT 1986, 10118.
- S. 10 febrero 1987. RTCT 1987, 2807.
- S. 15 de marzo de 1988. RTCT 1988, 2198.
- S. 28 de junio de 1988. RTCT 1988, 4479.
- S. 1 septiembre 1988. RTCT 1988, 5420.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Granada:

- S. 21 de noviembre de 1990. AS 1990, 2883.
- S. 25 de enero de 1991. AS 1991, 614.
- S. 26 de abril 1991. AS 1991, 2780.
- S. 13 de octubre de 1992. AS 1992, 6572.
- S. 6 de junio de 1995. A.L., núm. 45, 1995, ref. 1867.
- S. 15 de enero de 1997. AS 1997, 237.

Asturias

- S. 26 de enero de 1996. AS 1996, 65.

Baleares

- S. 23 de diciembre de 1994. AS 1994, 5075.

Canarias

Las Palmas:

- S. 10 de junio de 1991. AS 1991, 3935.
- S. 18 de junio de 1991. AS 1991, 3941.
- S. 27 de junio de 1996. AS 1996, 1787.
- S. 11 de junio de 1996. AS 1996, 3104.
- S. 25 de abril de 1997. AS 1997, 1487.

Cantabria

- S. 1 de marzo de 1991. AS 1991, 1940.
- S. 31 de julio de 1997. AS 1997, 2426.

Castilla-León

Valladolid:

- S. 9 de septiembre de 1991, AS 1991, 5078.
- S. 25 de octubre de 1994. AS 1994, 3804.

Cataluña

- S. 24 de febrero de 1997. AS 1997, 1837.
- S. 3 de enero de 1997. AS 1997, 342.

S. 9 de junio de 1997. AS 1997, 2440.

Comunidad Valenciana

S. 14 de febrero de 1991. AS 1991, 1497.

S. 27 de junio de 1996. AS 1996, 1787.

S. 13 de junio de 1997. AS 1997, 2073.

Extremadura

S. 5 de octubre de 1993. AS 1993, 4370.

S. 21 de marzo de 1994. AS 1994, 1028.

Galicia

S. 5 de diciembre de 1990. AS 1990, 240.

S. 26 de junio de 1991. AS 1991, 3729.

S. 27 de febrero de 1992. AS 1992, 733.

La Rioja

S. 26 de junio de 1997. AS 1997, 2283.

Madrid

S. 21 de septiembre de 1989. RTSJ 1989, 1308.

S. 10 de octubre de 1989. RTSJ 1989, 1671.

S. 25 de octubre de 1989. RTSJ 1989, 1707.

S. 6 de febrero de 1990. RTSJ 1990, 767.

S. 7 de febrero de 1990. RTSJ 1990, 613.

S. 22 de mayo de 1990. RTSJ 1990, 1789.

S. 28 de junio de 1991. AS 1991, 4114.

S. 18 de julio de 1991. AS 1991, 4693.

S. 8 de febrero de 1994. AS 1994, 836.

S. 1 de marzo de 1994. AS 1994, 1128.

S. 8 de enero de 1996. AS 1996, 87.

S. 7 de enero de 1997. AS 1997, 70.

S. 19 de febrero de 1997. AS 1997, 403.

Murcia

S. 2 de octubre de 1992. AS 1992, 5046.

Navarra

S. 23 de diciembre de 1996. AS 1996, 3949.

País Vasco

S. 9 de abril de 1990. AS 1990, 377.

S. 13 de enero de 1993. AS 1993, 378.

4. Extinción del contrato durante el periodo de excedencia

TRIBUNAL SUPREMO

S. 7 de febrero de 1985. RJ 1985, 615.

S. 4 de abril de 1991. RJ 1991, 3250.

S. 2 de octubre de 1992. RJ 1992, 7599.

S. 19 de octubre de 1994. RJ 1994, 8254.

S. 23 de enero de 1996. RJ 1996, 122.

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO

S. 1 de noviembre de 1980. RTCT 1980, 5525.

S. 17 de noviembre de 1982. RTCT 1982, 6415.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Granada:

S. 21 de noviembre de 1990. AS 1990, 2883.

S. 21 de noviembre de 1990. AS 1990, 2885.

Málaga:

S. 26 de abril de 1991. AS 1991, 2779.

Aragón

S. 8 de julio de 1992. AS 1992, 3898.

S. 17 de noviembre de 1993. AS 1993, 4806.

Baleares

S. 23 de diciembre de 1994. AS 1994, 5074.

Canarias

Las Palmas: S. 31 de marzo de 1992. AS 1992, 1404.

Cantabria

S. 24 de noviembre de 1993. AS 1993, 4776.

Castilla-León

Valladolid: S. 20 de diciembre de 1994. AS 1994, 4937.

Cataluña

S. 27 de julio de 1993. AS 1993, 3595.

S. 5 de enero de 1994. AS 1994, 133.

S. 31 de enero de 1994. AS 1994, 183.

S. 2 de febrero de 1994. A.L., núm. 6, 1995, ref. 215.

S. 28 de febrero de 1994. AS 1994, 604.

S. 26 de julio de 1994. AS 1994, 3080.

S. 24 de octubre de 1994. AS 1994, 3885.

S. 17 de diciembre de 1994. AS 1994, 4813.

Comunidad Valenciana

S. 19 de julio de 1994. AS 1994, 3240.

Extremadura

S. 24 de enero de 1994. AS 1994, 49.

Galicia

S. 26 de junio de 1991. AS 1991, 3729.

S. 25 de marzo de 1992. AS 1992, 1254.

La Rioja

S. 10 de junio de 1991. AS 1991, 3686.

Madrid

S. 16 de octubre de 1989. RTSJ 1989, 1865.

S. 31 de octubre de 1989. RTSJ 1989, 2032.

S. 29 de noviembre de 1989. RTSJ 1989, 2551.

XVIII

- S. 26 de febrero de 1990. RTSJ 1990, 671.
- S. 24 de abril de 1990. RTSJ 1990, 1603.
- S. 8 de mayo de 1990. RTSJ 1990, 1732.
- S. 18 de noviembre de 1992. AS 1992, 5716.
- S. 18 de noviembre de 1992. AS 1992, 5717.
- S. 3 de diciembre de 1992. AS 1992, 6190.
- S. 28 de febrero de 1993. AS 1993, 1030.
- S. 14 de mayo de 1993. AS 1993, 2591.
- S. 17 de mayo de 1993. AS 1993, 2596.
- S. 11 de octubre de 1993. AS 1993, 4647.
- S. 17 de marzo de 1994. AS 1994, 1164.
- S. 20 de abril de 1994. AS 1994, 1595.
- S. 17 de octubre de 1994. AS 1994, 4107.

País Vasco

- S. 9 de abril de 1990. AS 1990, 377.
- S. 9 de diciembre de 1993. AS 1993, 5394.
- S. 13 de julio de 1994. AS 1994, 2897.

III. SEGURIDAD SOCIAL

PRESTACIÓN ECONÓMICA POR MATERNIDAD

1. Situaciones protegidas

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

- S. Sala 4ª, de 13 de junio de 1995, caso *Meyers*, DOCCEE núm. C-268/3, de 14 de octubre de 1995.
- S. 10 de octubre de 1996, asuntos C-245/1994 y C-312/1994 (acumulados), I. Hoever e I. Zachow contra Land NordrheinWestfalen. RTJCE 1996, 179.

TRIBUNAL SUPREMO

- S. 20 de enero de 1995. A.L., núm. 25, 1995, ref. 881.
- S. 31 de enero de 1995. A.L., núm. 25, 1995, ref. 906.
- S. 27 de marzo de 1995. A.L., núm. 32, 1995, ref. 1242.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

- S. 12 de enero de 1996. AS 1996, 71.
- S. 19 de marzo de 1996. A.L., núm. 38, 1996, ref. A 177.

Comunidad Valenciana

- S. 16 de mayo de 1995. Sentencia núm. 110/95. A.L., núm. 47, 1995, ref. 1978.

Murcia

- S. 30 de diciembre de 1993. AS 1993, 5481.

2. Beneficiarios

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

- Granada. S. 21 de julio de 1992. AS 1992, 3561.

Baleares

S. 11 de febrero de 1991. AS 1991, 1622.

JUZGADOS DE LO SOCIAL

S. 26 de septiembre de 1995. Juzgado de lo Social número 1 de León. Magistrado Sr. Rodríguez Quirós. A.L. , núm. 4, 1996, ref. 211.

3. Requisitos de acceso

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Extremadura

S. 14 de diciembre de 1990. AS 1990, 1415.

JUZGADOS DE LO SOCIAL

S. 26 de septiembre de 1995. Juzgado de lo Social número 1 de León. A.L., núm. 5, 1996, ref. 211.

3.1. Alta. Situaciones asimiladas.

TRIBUNAL SUPREMO

1978

S. 3 de marzo de 1978. RJ 1978, 882.

1988

S. 23 de marzo de 1988. RJ 1988, 2277.

1991

S. 11 de junio de 1991 (recurso extraordinario de revisión).

S. 18 de septiembre de 1991. RJ 1991, 6469.

S. 7 de noviembre de 1991. RJ 1991, 8205.

S. 25 de noviembre de 1991. RJ 1991, 9269.

S. 27 de noviembre de 1991. RJ 1991, 842.

S. 13 de diciembre de 1991. RJ 1991, 9070.

S. 27 de diciembre de 1991. RJ 1991, 9103.

S. 29 de diciembre de 1991. RJ 1991, 9092.

1992

S. 5 de febrero de 1992. RJ 1992, 915.

S. 6 de febrero de 1992. RJ 1992, 1139.

S. 14 de febrero de 1992. RJ 1992, 987.

S. 29 de febrero de 1992. RJ 1992, 1155.

S. 21 de marzo de 1992. RJ 1992, 1861.

S. 4 de abril de 1992. RJ 1992, 2597.

S. 9 de abril de 1992. RJ 1992, 2614.

S. 20 de abril de 1992. RJ 1992, 2663.

S. 8 de junio de 1992. RJ 1992, 4534.

S. 30 de junio de 1992. RJ 1992, 4696.

1993

S. 2 de febrero de 1993. RJ 1993, 728.

S. 4 de febrero de 1993. RJ 1993, 740.

S. 26 de julio de 1993 (unificación de doctrina). RJ 1993, 5980.

S. 29 de julio de 1993. RJ 1993,

S. 27 de septiembre de 1993. RJ 1993, 7036.

1994

S. 21 de enero de 1994. RJ 1994, 359.

S. 16 de junio de 1994. RJ 1994, 5442.

S. 3 de octubre de 1994 (u.d.). RJ 1994, 7740.

1995

S. 17 de enero de 1995 (u.d.). RJ 1995, 6329.

S. 20 de enero de 1995 (Sala General). Dos sentencias. RJ 1995, 393 y 1146.

S. 30 de enero de 1995. A.L., núm. 25, 1995, ref. 897.

S. 31 de enero de 1995. A.L. núm. 25, 1995, ref. 906.

S. 20 de febrero de 1995. A.L., núm. 27, 1995, ref. 975.

S. 22 de febrero de 1995. A.L., núm. 27, 1995, ref. 976.

S. 24 de febrero de 1995. A.L., núm. 27, 1995, ref. 977.

S. 2 de marzo de 1995. A.L., núm. 27, 1995, ref. 981.

S. 21 de marzo de 1995. A.L. núm. 31, 1995, ref. 1193.

S. 27 de marzo de 1995. A.L., núm. 32, 1995, ref. 1242..

S. 3 de abril de 1995. (dos sentencias). A.L., núm. 32, 1995, ref. 1252 y 1255.

S. 4 de abril de 1995. A.L. núm. 32, 1995, ref. 1256.

S. 5 de abril de 1995. Rº 2846/94.

S. 28 de abril de 1995 (u.d.).RJ 1995, 4439.

S. 10 de mayo de 1995. Rº 1221/94. A.L. núm. 38, ref. 1530.

S. 22 de mayo de 1995. RJ 1995, 3993.

S. 2 de junio de 1995. A.L., núm. 43, 1995, ref. 1752.

S. 6 de junio de 1995. A.L., núm. 43, 1995, ref. 1756.

S. 28 de julio de 1995. A.L., núm. 3, 1996, ref. 116.

1996

S. 8 de febrero de 1996. RJ 1996, 861.

S. 10 de mayo de 1996. La Ley, 21 de junio de 1996, ref. 5727.

S. 24 de junio de 1996. RJ 1996, 5388.

1997

S. 16 de abril de 1997. RJ 1997, 3393.

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO

S. 20 de diciembre de 1973. RTCT 1973, 5342.

S. 22 de mayo de 1975. RTCT 1975, 2574.

S.25 de septiembre de 1979. RTCT 1979, 5142.

S. 6 de mayo de 1981. RTCT 1981, 3071.

S. 3 de noviembre de 1987. RTCT 1987, 23911.

S. 9 de diciembre de 1987. RTCT 1987, 27577.

S. 3 de noviembre de 1988. RTCT 1988, 7478.

S.12 de diciembre de 1988. RTCT 1988, 8293.

S. 2 de enero de 1989. RTCT 1989, 683.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Granada:

S. 29 de febrero de 1990. AS 1990, 2663.

S. 15 de octubre de 1991. AS 1991, 5726.

S 21 de julio de 1992. AS 1992, 3561.
S.10 de noviembre de 1992. AS 1992, 5438.

Málaga:

S. 21 de julio de 1992. AS 1992, 3561.
S. 13 de enero de 1994. AS 1994, 301.
S. 7 de febrero de 1994. A. S. 1994, 650.
S. 18 de abril de 1994. AS 1994, 1675.

Sevilla:

S. 16 de mayo de 1990. AS 1990, 3870.
S. 22 de mayo de 1990. AS 1990, 3873.
S. 24 de octubre de 1990. AS 1990, 4575.
S. 21 de junio de 1991. AS 1991, 3628.
S. 22 de abril de 1992. AS 1992, 6493.
S. 15 de julio de 1993. AS 1993, 3521.
S. 15 de julio de 1993. AS 1993, 3522.
S. 15 de octubre de 1993. AS 1993, 4587.
S. 3 de febrero de 1994. AS 1994, 668.
S. 12 de enero de 1996. AS 1996, 71.
S. 10 de marzo de 1997. AS 1997, 2761
S. 2 de septiembre de 1996. AS 1996, 4864.

Aragón

S. 27 de marzo de 1996. AS 1996, 517.
S. 2 de mayo de 1996. AS 1996, 1517.
S. 20 de noviembre de 1996. AS 1996, 3791.
S. 7 de mayo de 1997. AS 1997, 1556.

Asturias

S. 29 de noviembre de 1993. AS 1993, 4716.

Baleares

S. 25 de enero de 1990. RTSJ 1990,
S. 24 de abril de 1990. RTSJ 1990, 2578
S. 7 de septiembre de 1993. AS 1993, 3878.
S. 10 de noviembre de 1993. AS 1993, 4833.
S. 26 de abril de 1994. AS 1994, 1356.
S. 3 de mayo de 1995. Rº 201/95. A.L. núm. 45, 1995, ref. 1872.
S. 19 de febrero de 1996. AS 1996, 259.

Canarias

S. 31 de julio de 1992. AS 1992, 3771.

Santa Cruz de Tenerife:

S. 11 de abril de 1991. AS 1991, 2361.
S. 31 de julio de 1992. AS 1992, 3771.
S. 26 de abril de 1996. AS 1996, 1969.
S. 12 de mayo de 1997. AS 1997, 2343.

Las Palmas:

S. 2 de junio de 1992. AS 1992, 2964.
S. 23 de julio de 1993. AS 1993, 3468.
S. 23 de julio de 1993. AS 1993, 3469.

S. 4 de febrero de 1994. A. S. 1994, 723.

Castilla-León

Burgos:

S. 20 de febrero de 1992. AS 1992, 579.

S. 15 de julio de 1993. AS 1993, 3368.

S. 27 de junio de 1997. AS 1997, 2342.

Valladolid:

S. 22 de junio de 1993. AS 1993, 2808.

S. 14 de mayo de 1996. AS 1996, 1527.

Cataluña

S. 24 de julio de 1992. AS 1992, 4069.

S. 19 de octubre de 1992. AS 1992, 5126

S. 14 de diciembre de 1992. AS 1992, 6368.

S. 17 de marzo de 1993. AS 1993, 1537.

S. 2 de julio de 1993. AS 1993, 3539.

S. 2 de septiembre de 1993. AS 1993, 3808.

S. 28 de septiembre de 1993. AS 1993, 3855.

S. 1 de octubre de 1993. AS 1993, 4509.

S. 17 de noviembre de 1993. AS 1993, 4897.

S. 19 de noviembre de 1993. AS 1993, 4905.

S. 23 de diciembre de 1993. AS 1993, 5321.

S. 23 de febrero de 1994. A. S. 1994, 596.

S. 3 de marzo de 1994. AS 1994, 1239.

S. 11 de abril de 1994. AS 1994, 1456.

S. 21 de abril de 1994. AS 1994, 1472.

S. 16 de mayo de 1994, AS 1994, 2073.

S. 8 de julio de 1994. AS 1994, 3034.

S. 12 de julio de 1994. AS 1994, 3047.

S. 5 de septiembre de 1994. AS 1994, 3483.

S. 8 de octubre de 1994. AS 1994, 3843.

S. 19 de noviembre de 1994. AS 1994, 4382.

S. 2 de diciembre de 1994. AS 1994, 4788.

S. 15 de enero de 1996. AS 1996, 855.

S. 16 de enero de 1997. AS 1997, 843.

Comunidad Valenciana

S. 16 de mayo de 1995. A.L., núm. 47, 1995, ref. 1978.

Extremadura

S. 6 de abril de 1990,

S. 27 de junio de 1994. AS 1994, 2462.

Galicia

S. 23 de abril de 1991. AS 1991, 2453.

S. 10 de junio de 1993. AS 1993, 2926.

S. 24 de septiembre de 1996. AS 1996, 3410.

S. 19 de febrero de 1997. AS 1997, 876.

La Rioja

S. 30 de junio de 1994. AS 1994, 2424.

Madrid

- S. 3 de abril de 1990. RTSJ 1990, 1629.
- S. 10 de octubre de 1990. RTSJ 1990, 2752.
- S. 21 de noviembre de 1991. AS 1991, 6204.
- S. 10 de marzo de 1992. AS 1992, 1606.
- S. 20 de julio de 1992. AS 1992, 3729.
- S. 6 de julio de 1994. AS 1994, 3143.
- S. 20 de septiembre de 1994. AS 1994, 3623.
- S. 10 noviembre de 1994. AS 1994, 4596.
- S. 24 de enero de 1995. A.L., núm. 26, 1996, ref. 956.
- S. 26 de febrero de 1996. A.L., núm. 27, 1996, ref. A 112.
- S. 18 de febrero de 1997. AS 1997, 463.

Murcia

- S. 30 de diciembre de 1993. AS 1993, 5481.
- S. 21 de junio de 1994. AS 1994, 2660.
- S. 14 de septiembre de 1994. A.L., núm. 9, 1995, ref. 331.
- S. 31 de octubre de 1994. AS 1994, 4161.
- S. 11 de noviembre de 1994. AS 1994, 4520.
- S. 27 de marzo de 1996. AS 1996, 1823.

Navarra

- S. 5 de octubre de 1993. AS 1993, 4259.
- S. 15 de diciembre de 1994. AS 1994, 4668.
- S. 18 de noviembre de 1996. AS 1996, 3780.
- S. 13 de octubre de 1997. AS 1997, 3447.

País Vasco

- S. 4 de noviembre de 1993. AS 1993, 5100.
- S. 24 de junio de 1997. AS 1997, 2186.

3.2. Carencia

TRIBUNAL SUPREMO

- S. 3 de marzo de 1992. RJ 1992,
- S. 26 de mayo de 1993. RJ 1993, 6374.
- S. 10 de octubre de 1994. RJ 1994, 8049.
- S. 18 de octubre de 1993. RJ 1993, 7836.
- S. 13 de diciembre de 1993. RJ 1993, 9779.
- S. 7 de marzo de 1994. R. J. 1994, 2544.
- S. 5 de octubre de 1994. RJ 1994, 7750.
- S. 10 de octubre de 1994. RJ 1994, 7762.

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO

- S. 5 de noviembre de 1983. RTCT 1983, 9308.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Granada:

- S. 29 de septiembre de 1993. AS 1993, 4024.

Málaga:

- S. 25 de marzo de 1991. AS 1991, 2269.

- S. 2 de mayo de 1991. AS 1991, 3118.
- S. 24 de marzo de 1992. AS 1992, 1388.
- S. 4 de mayo de 1993. AS 1993, 2280.
- S. 29 de septiembre de 1993. AS 1993, 4024.
- S. 24 de junio de 1994. AS 1994, 2350.

Sevilla:

- S. 16 de mayo de 1990. AS 1990, 3870.
- S. 22 de mayo de 1990. AS 1990, 3873.
- S. 12 de enero de 1996. AS 1996, 71.
- S. 21 de enero de 1997. AS 1997, 2567.

Aragón

- S. 23 de junio de 1992. AS 1992, 3090.
- S. 11 de junio de 1997. AS 1997, 2094.

Asturias

- S. 14 de julio de 1993. AS 1993, 3348.

Baleares

- S. 10 de noviembre de 1993. AS 1993, 4833.
- S. 6 de marzo de 1996. AS 1996, 1811.

Canarias

- Las Palmas S. S. 28 de enero de 1993. AS 1993, 17.
- Santa Cruz de Tenerife. S. 27 de febrero de 1996. AS 1996, 255.

Cantabria

- S. 7 de septiembre de 1992. AS 1992, 4541.

Castilla-La Mancha

- S. 23 de diciembre de 1994. AS 1994, 5085.
- S. 26 de febrero de 1996. A.L., núm. 31, 1996.
- S. 16 de mayo de 1997. AS 1997, 2466.

Castilla y León

Burgos:

- S. 26 de julio de 1991. AS 1991, 4386.
- S. 28 de mayo de 1992. AS 1992, 2551.

Valladolid:

- S. 27 de octubre de 1992. AS 1992, 5223.
- S. 27 de octubre de 1992. AS 1992, 5224.
- S. 13 de julio de 1993. AS 1993, 3441.

Cataluña

- S. 26 de febrero de 1991. AS 1991, 1679.
- S. 30 de septiembre de 1991. AS 1991, 5604.
- S. 17 de enero de 1992. AS 1992, 289.
- S. 10 de abril de 1992. AS 1992, 2263.
- S. 25 de mayo de 1992. AS 1992, 2884.
- S. 4 de junio de 1992. AS 1992, 3335.
- S. 11 de junio de 1992. AS 1992, 3370.
- S. 14 de julio de 1992 AS 1992, 4039.
- S. 27 de julio de 1992. AS 1992, 4082.

- S. 4 de enero de 1994. AS 1994, 122.
- S. 10 de febrero de 1994. AS 1994, 547.
- S. 22 de junio de 1994. AS 1994, 2597.
- S. 2 de enero de 1996. AS 1996, 151.
- S. 9 de enero de 1996. AS 1996, 840.

Comunidad Valenciana

- S. 2 de octubre de 1991. AS 1991, 5833.
- S. 20 de febrero de 1992. AS 1992, 924.
- S. 20 de julio de 1994. AS 1994, 3245.
- S. 29 de marzo de 1996. AS 1996, 1806.
- S. 29 de marzo de 1996. AS 1996, 1807.

Extremadura

- S. 16 de marzo de 1992. AS 1992, 1194.
- S. 15 de febrero de 1994. AS 1994, 443.

Galicia

- S. 31 de marzo de 1992. AS 1992, 1260.
- S. 14 de junio de 1995. A.L., núm. 39, 1995, ref. 1610.
- S. 22 de junio de 1996. AS 1996, 1780.
- S. 2 de junio de 1997. AS 1997, 2022.

La Rioja

- S. 21 de abril de 1992. AS 1992, 1844.

Madrid

- S. 5 de abril de 1990. AS 1990, 1636.
- S. 22 de mayo de 1990. AS 1990, 1888.
- S. 12 de noviembre de 1991. AS 1991, 6168.
- S. 4 de marzo de 1992. AS 1992, 1586.
- S. 15 de abril de 1993. AS 1993, 1968.
- S. 16 de abril de 1993. A. S. 1993, 1969.
- S. 14 de julio de 1993. AS 1993, 3696.
- S. 26 de enero de 1995. A.L., núm. 26, 1995, ref. 957.

Murcia

- S. 31 de octubre de 1994. AS 1994, 4161.
- S. 15 de noviembre de 1994. A.L., núm. 13, 1995, ref. 485.

Navarra

- S. 17 de septiembre de 1993. AS 1993, 3870.
- S. 21 de noviembre de 1996. AS 1996, 3780.

País Vasco

- S. 15 de marzo de 1996. *La Ley*, núm. 4069, 1 de julio de 1996, ref. 6288.

4. Contenido de la prestación

4.1. Duración (remisión)

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO

- S. 10 de febrero de 1988. RTCT 1988, 1668.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Granada:

- S. 27 de mayo de 1991. AS 1991, 3171.
- S. 15 de octubre de 1991. AS 1991, 5727.
- S. 12 de julio de 1993. AS 1993, 3255.

Asturias

- S. 18 de diciembre de 1990. AS 1990, 1811.
- S. 11 de marzo de 1991. AS 1990, 2175.

Baleares

- S. 24 de abril de 1990. AS 1990, 2578.
- S. 7 de mayo de 1992. AS 1992, 2323.

Canarias

Las Palmas.

- S. 16 de mayo de 1995. A.L., núm. 45, 1995, ref. 1876.
- S. 11 de julio de 1995. A.L., núm. 6, 1996, ref. 253.

Castilla-La Mancha

- S. 6 de mayo de 1992. AS 1992, 2346.

Castilla y León

- S. 5 de noviembre de 1991. AS 1991, 6244.
- S. 5 de octubre de 1992. AS 1992, 5200.

Cataluña

- S. 23 de mayo de 1991. AS 1991, 3524.

La Rioja

- S. 11 de mayo de 1992. AS 1992, 2485.

Madrid

- S. 16 de mayo de 1990. RTSJ 1990, 1762.
- S. 25 de septiembre de 1991
- S. 23 de noviembre de 1992. AS 1992, 5746.
- S. 28 de mayo de 1993. AS 1993, 2638.

JUZGADOS DE LO SOCIAL

Juzgado de lo Social número 1 de León: S. 26 de septiembre de 1995. Magistrado Sr. Rodríguez Quirós. A.L., núm. 5, 1996, ref. 211.

4.2. Cuantía

Base Reguladora

TRIBUNAL SUPREMO

- S. 7 de octubre de 1991.
- S. 20 de diciembre de 1991.
- S. 21 de enero de 1993.
- S. 29 de abril de 1992 (u.d.). RJ 1992, 2682.
- S. 2 de junio de 1992 (u.d.). RJ 1992, 4513.
- S. 8 de julio de 1992 (u.d.). RJ 1992, 5593.
- S. 29 de diciembre de 1992.

- S. 30 de enero de 1993 (u.d.). RJ 1993, 386.
- S. 22 de febrero de 1993 (u.d.). RJ 1993, 1264.
- S. 8 de junio de 1993 (u.d.). RJ 1993, 6289.
- S.18 de octubre de 1994. A.L. núm. 6, 1995, ref. 186.
- S. 22 de diciembre de 1994. A.L. núm. 19, 1995, ref. 697
- S. 23 de enero de 1995. A.L., núm. 25, 1995, ref. 884.
- S.13 de julio de 1995. A.L., núm. 46, 1995, ref. 1914.

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO

- S. 22 de marzo de 1985. RTCT 1985, 2043.
- S. 19 de abril de 1987. RTCT 1987,
- S. 13 de octubre de 1987. RTCT 1987,
- S. 17 de septiembre de 1988. RTCT 1988,

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Granada:

- S. 4 de diciembre de 1992. AS 1992, 6084.
- S. 15 de mayo de 1997. AS 1997, 2643.

Málaga:

- S. 7 de febrero de 1991. AS 1991, 1075.

Sevilla:

- S. 24 de junio de 1991. AS 1991, 3632.
- S. 22 de febrero de 1994. AS 1994, 679.
- S. 26 de julio de 1994. A.L., núm. 3, 1995, ref. 86.

Aragón

- S. 23 de enero de 1991. AS 1991, 198.
- S. 7 de octubre de 1992. AS 1992, 4984.
- S. 25 de junio de 1997. AS 1997, 2294.

Asturias

- S. 4 de junio de 1990. AS 1990, 1620.
- S. 28 de julio de 1995. A.L., núm. 48, 1995, ref. 2009.

Baleares

- S. 13 de julio de 1996. AS 1996, 3163.

Canarias

- Santa Cruz de Tenerife: S. 31 de mayo de 1994. AS 1994, 2114.

Las Palmas:

- S. 25 de octubre de 1994. AS 1994, 3953.
- S. 25 de octubre de 1994. AS 1994, 3954.
- S. 16 de mayo de 1995. A.L., núm. 45, 1995, ref. 1876.
- S. 11 de julio de 1995. A.L., núm. 6, 1996, ref. 253.

Castilla-La Mancha

- S. 19 de diciembre de 1991. AS 1991, 6704.
- S. 15 de julio de 1996. AS 1996, 2710.

Cataluña

- S. 22 de febrero de 1991. AS 1991, 1673.

- S. 26 de febrero de 1991. AS 1991, 1679.
- S. 31 de diciembre de 1991 AS 1991, 6801
- S. 6 de abril de 1992. AS 1992, 2240.
- S. 28 de enero de 1993. AS 1993, 465.
- S. 28 de enero de 1993. AS 1993, 466.
- S. 3 de febrero de 1993. AS 1993, 781.
- S. 12 de julio de 1993. AS 1993, 3557.
- S. 20 de septiembre de 1993. AS 1993, 3836.
- S. 10 de marzo de 1994. AS 1994, 1253.
- S. 15 de noviembre de 1996. AS 1996, 4838.

Comunidad Valenciana

- S. 8 de marzo de 1991 AS 1991, 1806.
- S. 10 de abril de 1991. AS 1991, 2678.
- S. 7 de febrero de 1992. AS 1992, 906.

Galicia

- S. 27 de diciembre de 1993. AS 1993, 5227.

La Rioja

- S. 4 de noviembre de 1991. AS 1991, 6046.
- S. 26 de abril de 1995. A.L., núm. 36, 1995, ref. 1472.

Madrid

- S. 6 de marzo de 1990. RTSJ 1990, 1371.
- S. 18 de abril de 1990. RTSJ 1990, 1650.
- S. 8 de junio de 1990. RTSJ. 1990, 2055.
- S. 18 de septiembre de 1990. RTSJ 1990, 2280.
- S. 25 de febrero de 1991. AS 1991, 1407.
- S. 5 de marzo de 1993. AS 1993, 1399.
- S. 29 de junio de 1993. AS 1993, 3191.
- S. 29 de junio de 1993. AS 1993, 3192.
- S. 16 de septiembre de 1994. A.L., núm. 4, 1995, ref. 133.

Navarra

- S. 12 de enero de 1990. A. S. 1990, 2014.
- S. 9 de octubre de 1992. AS 1992, 4735.
- S. 13 de marzo de 1996. AS 1996, 1174.

Cuantía del subsidio en caso de parto múltiple

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Granada

- S. 2 de septiembre de 1997. AS 1997, 3408.

Asturias

- S. 12 de septiembre de 1997. AS 1997, 2955.

Cantabria

- S. 14 de octubre de 1994. AS 1994, 3728.

Castilla-León

Valladolid

- S. 5 de noviembre de 1991. AS 1991, 6244.
- S. 11 de noviembre de 1991. AS 1991, 6246.
- S. 5 de octubre de 1992. AS 1992, 5200.
- S. 24 de marzo de 1995. A.L., núm. 33, 1995, ref. 1296.

Cataluña

- S. 8 de enero de 1997. AS 1997, 349.

Madrid

- S. 7 de abril de 1994. AS 1994, 1571.
- S. 9 de mayo de 1994. A. S. 1994, 1978.
- S. 20 de diciembre de 1994. A.L., núm. 18, 1996, ref. 672.
- S. 20 de diciembre de 1994. A.L., núm. 18, 1996, ref. 673.
- S. 1 de julio de 1997 (Sección 3ª). AS 1997, 2612.

5. Régimen jurídico de la prestación.**5.1. Reconocimiento e Inicio de la prestación**

TRIBUNAL SUPREMO

- S. 9 de febrero de 1988. RJ 1988, 603.
- S. 9 de octubre de 1992. RJ 1992, 7627.
- S. 12 de febrero de 1993. RJ 1993, 1161.
- S. 10 de mayo de 1993. RJ 1993, 4965.
- S. 7 de julio de 1993. RJ 1993, 5967.
- S. 20 de septiembre de 1993. RJ 1993, 6885.
- S. 2 de noviembre de 1993. RJ 1993, 8347.
- S. 21 de enero de 1994. RJ 1994, 358.
- S. 17 de febrero de 1994. RJ 1994, 1057.
- S. 22 de abril de 1994. RJ 1994, 3271.
- S. 6 de junio de 1995. A.L., núm. 43, 1995, ref. 1756.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Granada:

- S. 2 de septiembre de 1997. AS 1997, 3408.

Málaga:

- S. 16 de septiembre de 1994. AS 1994, 3340.
- S. 23 de febrero de 1996. AS 1996, 980.

Sevilla:

- S. 22 de julio de 1993. AS 1993, 3526.
- S. 22 de enero de 1996. AS 1996, 876.
- S. 6 de febrero de 1996. AS 1996, 1116.

Aragón

- S. 30 de junio de 1994. AS 1994, 2387.

Asturias

S. 13 de junio de 1997. AS 1997, 1939.

Canarias

Santa Cruz de Tenerife.

S. 22 de marzo de 1991. AS 1991, 2238.

S. 9 de junio de 1992. AS 1992, 3018.

Las Palmas.

S. 28 de marzo de 1996. AS 1996, 1831.

Cantabria

S. 14 de octubre de 1994. AS 1994, 3728.

Castilla-La Mancha

S. 25 de enero de 1991. AS 1991, 1043.

S. 16 de abril de 1996. AS 1996, 1377.

Castilla y León

Burgos:

S. 26 de junio 1991. AS 1991, 3679.

Valladolid:

S. 17 de mayo de 1994. AS 1994, 2207.

S. 7 de mayo de 1996. AS 1996, 1524.

Cataluña

S. 13 de febrero de 1991. AS 1991, 1652.

S. 13 de abril de 1993. AS 1993, 1837.

S. 14 de abril de 1993. AS 1993, 1843.

S. 5 de enero de 1994. AS 1994, 132.

S. 24 de junio de 1994. AS 1994, 2350.

Comunidad Valenciana

S. 13 de febrero de 1991. AS 1991, 1561.

S. 19 de mayo de 1994. AS 1994, 1819.

Extremadura

S. 18 de noviembre de 1994. AS 1994, 4324.

Galicia

S. 10 de junio de 1993. AS 1993, 2926.

Madrid

S. 10 de abril de 1990. RTSJ 1990, 1646.

S. 18 de febrero de 1992. AS 1992, 1020.

S. 7 de abril de 1994. AS 1994, 1571.

S. 9 de mayo de 1994 AS 1994, 1978.

S. 19 de julio de 1994. AS 1994, 3178.

S. 30 de abril de 1996. AS 1996, 2047.

Murcia

S. 13 de mayo de 1991 AS 1991, 3358.

S. 19 de mayo de 1994. AS 1994, 1819.

Navarra

S. 5 de marzo de 1993. AS 1993, 1266.

País Vasco

S. 23 de febrero de 1996. AS 1996, 277.

5.2. Compatibilidades e Incompatibilidades

TRIBUNAL SUPREMO

- S. 15 de diciembre de 1992. RJ 10240.
- S. 16 de junio de 1994 (u.d.). RJ 1994, 5442.
- S. 3 de octubre de 1994 (u.d.). RJ 1994, 7740.
- S. 22 de diciembre de 1994. A.L., núm. 19, 1995, ref. 697.
- S. 17 de enero de 1995 (u.d.). RJ 1995, 6329.
- S. 23 de enero de 1995. A.L., núm. 25, 1995, ref. 884.
- S. 25 de enero de 1995. A.L., núm. 25, 1995, ref. 891.
- S. 24 de julio de 1995 (u.d.).
- S. 27 de enero de 1996. RJ 1996, 205.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Granada:

- S. 18 de septiembre de 1991. AS 1991, 4989.
- S. 21 de julio de 1992. AS 1992, 3561.
- S. 15 de mayo de 1995. A.L., núm. 41, 1995, ref. 1683.

Sevilla:

- S. 13 de mayo de 1993. AS 1993, 2375.

Canarias

Santa Cruz de Tenerife:

- S. 15 de julio de 1991. AS 1991, 4278.

Las Palmas:

- S. 20 de diciembre de 1994. A.L., núm. 24, 1996, ref. 859.

Castilla-La Mancha

- S. 16 de abril de 1996. AS 1996, 1377.

Castilla y León

Valladolid:

- S. 21 de diciembre de 1993. AS 1993, 5342.
- S. 15 de octubre de 1996. AS 1996, 3051.

Cataluña

- S. 3 de junio de 1993. AS 1993, 2953.
- S. 15 de junio de 1994. AS 1994, 2572.
- S. 8 de febrero de 1995. AL, núm. 31, 1995, ref. 1212.
- S. 13 de junio de 1996. AS 1996, 3370.

5.3. Suspensión y extinción.

TRIBUNAL SUPREMO

- S. 24 de mayo de 1984. RJ 1984, 3077.
- S. 30 de octubre de 1986. RJ 1986, 6025.
- S. 28 de junio de 1988. RJ 1988, 5485.
- S. 26 de julio de 1988. RJ 1988, 6240.

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO

S. 30 de abril de 1985. RTCT 1985, 2792.

S. 2 de octubre de 1985. RTCT 1985, 5398.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Granada:

S. 18 de septiembre de 1991. AS 1991, 4989.

Málaga:

S. 26 de abril de 1991. AS 1991, 2779.

Sevilla:

S. 15 de mayo de 1995. A.L., núm. 41, 1995, ref. 1683.

S. 22 de abril de 1997. AS 1997, 3314.

Aragón

S. 17 de abril de 1991. AS 1991, 2318.

Canarias

Santa Cruz de Tenerife:

S. 15 de julio de 1991. AS 1991, 4278.

Castilla-León

Valladolid:

S. 21 de diciembre de 1993. AS 1993, 5342.

Cataluña

S. 4 de junio de 1992. AS 1992, 3335.

S. 14 de octubre de 1992. AS 1992, 5105.

S. 9 de marzo de 1996. AS 1996, 629.

S. 15 de marzo de 1996. AS 1996, 1885.

S. 13 de septiembre de 1996. AS 1996, 3655.

Madrid

S. 10 de abril de 1990. RTSJ 1990, 1646.

S. 18 de abril de 1990. RTSJ 1990, 1650.

S. 16 de enero de 1996. AS 1996, 104.

Murcia

S. 18 de noviembre de 1996. AS 1996, 4558.

6. Gestión de la prestación

País Vasco

S. 23 de febrero de 1996. AS 1996, 277.

7. Responsabilidad en orden a las prestaciones

TRIBUNAL SUPREMO

S. 30 de marzo de 1983. RJ 1983, 1221.

S. 21 de abril de 1986. RJ 1986, 2217.

S. 29 de septiembre de 1988. RJ 1988, 7149.

S. 22 de abril de 1994 (u.d.). RJ 1994, 3271 y 3273, dictadas en Sala General.

S. 3 de noviembre de 1994. RJ 1994, 8588.

- S. 17 de enero de 1995 (u.d.). RJ 1995, 6329.
 S. 6 de junio de 1995. RJ 1995, 4765.
 S. 9 de diciembre de 1996. RJ 1996, 9137.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Granada

- S. 12 de noviembre de 1996. AS 1996, 4611.

Sevilla

- S. 10 de octubre de 1996. AS 1996, 4894.

Aragón

- S. 24 de abril de 1991. AS 1991, 2319.

Baleares

- S. 9 de abril de 1996 . AS 1996, 2059.

Canarias

Las Palmas

- S. 9 de marzo de 1993. AS 1993, 1168.

Cataluña

- S. 1 de octubre de 1993. AS 1993, 4504

- S. 4 de enero de 1994. AS 1994, 130.

- S. 3 de abril de 1996. AS 1996, 1408.

- S. 13 de febrero de 1996. AS 1996, 420.

- S. 3 de junio de 1996. AS 1996, 3354.

- S. 9 de octubre de 1996. AS 1996, 3920.

- S. 16 de enero de 1997. AS 1997, 843.

Comunidad Valenciana

- S. 29 de marzo de 1996. AS 1996, 565.

- S. 29 de marzo de 1996. AS 1996, 1808.

Galicia

- S. 18 de abril de 1996. AS 1996, 1962.

La Rioja

- S. 8 de mayo de 1997. AS 1997, 2019.

Madrid

- S. 18 de febrero de 1997. AS 1997, 463.

Navarra

- S. 24 de junio de 1994. AS 1994, 2418.

País Vasco

- S. 7 de mayo de 1996. AS 1996, 3113.

- S. 29 de abril de 1997. AS 1997, 1797.

8. Conexión con otras situaciones protegidas

TRIBUNAL SUPREMO

- S. 7 de noviembre de 199. RJ 1991, 8205.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Madrid

- S. 7 de junio de 1993. AS 1993, 3131.

8.1. Incapacidad temporal

TRIBUNAL SUPREMO

- S. 20 de enero de 1995 (Sala General). Dos sentencias. RJ 1995, 393 y 1146.
- S. 30 de enero de 1995. A.L., núm. 25, 1995, ref. 897.
- S. 31 de enero de 1995. A.L. núm. 25, 1995, ref. 906.
- S. 20 de febrero de 1995. A.L., núm. 27, 1995, ref. 975.
- S. 22 de febrero de 1995. A.L., núm. 27, 1995, ref. 976.
- S. 24 de febrero de 1995. A.L., núm. 27, 1995, ref. 977.
- S. 2 de marzo de 1995. A.L., núm. 27, 1995, ref. 981.
- S. 21 de marzo de 1995. A.L. núm. 31, 1995, ref. 1193.
- S. 27 de marzo de 1995. A.L., núm. 32, 1995, ref. 1242.
- S. 3 de abril de 1995. (dos sentencias). A.L., núm. 32, 1995, ref. 1252 y 1255.
- S. 4 de abril de 1995. A.L. núm. 32, 1995, ref. 1256.
- S. 5 de abril de 1995. A.L., núm. 32, 1995, G-9. 7º.
- S. 28 de abril de 1995 (u.d.). A.L. núm. 34, 1995, ref. 1322.
- S. 2 de junio de 1995. A.L., núm. 43, 1995, ref. 1752.
- S. 8 de febrero de 1996. RJ 1996, 861.
- S. 10 de mayo de 1996. *La Ley*, 21 de junio de 1996, ref. 5727.

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO

- S. 20 de diciembre de 1973. RTCT 1973, 5342.
- S. 22 de mayo de 1975. RTCT 1975, 2574.
- S. 25 de septiembre de 1979. RTCT 1979, 5142.
- S. 6 de mayo de 1981. RTCT 1981, 3071.
- S. 3 de noviembre de 1987. RTCT 1987, 23911.
- S. 9 de diciembre de 1987. RTCT 1987, 27577.
- S. 3 de noviembre de 1988. RTCT 1988, 7478.
- S. 12 de diciembre de 1988. RTCT 1988, 8293.
- S. 2 de enero de 1989. RTCT 1989, 683.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Granada:

- S. 10 de noviembre de 1992. AS 1992, 5438.
- S. 12 de julio de 1993. AS 1993, 3255.

Málaga:

- S. 18 de abril de 1994. AS 1994, 1675.

Asturias

- S. 18 de diciembre de 1990. AS 1990, 1811.
- S. 29 de noviembre de 1993. AS 1993, 4716.

Baleares

- S. 24 de abril de 1990. AS 1990, 2578.

Cataluña

- S. 12 de septiembre de 1990. AS 1990, 4271.
- S. 23 de mayo de 1991. AS 1991, 3524.
- S. 1 de octubre de 1993. AS 1993, 4509.
- S. 11 de abril de 1994. AS 1994, 1456.

- S. 3 de marzo de 1994. AS 1994, 1239.
- S. 21 de abril de 1994. AS 1994, 1472.
- S. 16 de mayo de 1994. AS 1994, 2073.

Galicia

La Coruña.

- S. 5 de enero de 1994. AS 1994, 199.

Madrid

- S. 9 de abril de 1990. RTSJ 1990, 1644.
- S. 16 de mayo de 1990. RTSJ 1990, 1762.
- S. 30 de julio de 1993. AS 1993, 3741.
- S. 20 de septiembre de 1994. AS 1994, 3623.

Murcia

- S. 21 de junio de 1994. AS 1994, 2660

8.2. Desempleo

TRIBUNAL SUPREMO

- S. 18 de septiembre de 1991 (u.d.). RJ 1991, 6469.
- S. 7 de noviembre de 1991 (u.d.). RJ 1991, 8205.
- S. 27 de noviembre de 1991. RJ 1991, 8421.
- S. 13 de diciembre de 1991. RJ 1991, 9070.
- S. 20 de diciembre de 1991. RJ 1991, 9092.
- S. 27 de diciembre de 1991. RJ 1991, 9103.
- S. 27 de enero de 1992. RJ 1992, 72.
- S. 4 de noviembre de 1992. RJ 1992, 8779.
- S. 26 de julio de 1993. RJ 1993, 5980.
- S. 27 de septiembre de 1993. RJ 1993, 7036.
- S. 24 de febrero de 1995. A.L., núm. 27, 1995, ref. 977.
- S. 28 de abril de 1995. A.L., núm. 34, 1995, ref. 1322.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

- S. 11 de enero de 1996. AS 1996, 191.

Granada:

- S. 29 de febrero de 1990. AS 1990, 2663.
- S. 26 de marzo de 1994. AS 1994, 1298
- S. 11 de julio de 1994. A. S. 1994, 2925.

Málaga:

- S. 21 de julio de 1992. AS 1992, 3561.
- S. 7 de febrero de 1994. A. S. 1994, 650.

Sevilla:

- S. 16 de mayo de 1990. AS 1990, 3870.
- S. 22 de mayo de 1990. AS 1990, 3873.

Canarias

- S. 2 de junio de 1992. AS 1992, 2964.
- S. 31 de julio de 1992. AS 1992, 3771.
- S. 4 de febrero de 1994. A. S. 1994, 723.

Castilla y León

Burgos:

S. 20 de febrero de 1992. AS 1992, 579.

Valladolid:

S. 22 de junio de 1993. AS 1993, 2808.

Cataluña

S. 28 de noviembre de 1991. AS 1991, 6497.

S. 24 de julio de 1992. AS 1992, 4069.

S. 17 de marzo de 1993. AS 1993, 1537.

S. 23 de febrero de 1994. A. S. 1994, 596.

S. 8 de enero de 1997. AS 1997, 349.

Extremadura

S. 16 de marzo de 1992. A. S. 1992, 1194.

Madrid

S. 10 de marzo de 1992. AS 1992, 1606.

S. 20 de julio de 1992. AS 1992, 3729.

País Vasco

S. 4 de noviembre de 1993. AS 1993, 5100.

9. Mejoras de prestaciones

TRIBUNAL SUPREMO

S. 26 de marzo de 1996. RJ 1996, 2493.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

S. 16 de enero de 1996. AS 1996, 193.

Málaga:

S. 7 de febrero de 1991. AS 1991, 1075.

S. 24 de mayo de 1996. AS 1996, 1584.

Aragón

S. 10 de abril de 1996. AS 1996, 1359.

Asturias

S. 12 de enero de 1996. AS 1996, 720.

S. 17 de mayo de 1996. AS 1996, 2264.

S. 28 de junio de 1996. AS 1996, 1701.

Baleares

S. 19 de febrero de 1996. AS 1996, 259.

Canarias

Las Palmas

S. 23 de julio de 1996. AS 1996, 3161.

Santa Cruz de Tenerife

S. 31 de mayo de 1994. AS 1994, 2114.

Cataluña

S. 3 de septiembre de 1996. AS 1996, 3626.

Comunidad Valenciana

S. 4 de julio de 1991. AS 1991, 4738.

Galicia

S. 7 de julio de 1993. AS 1993, 3405.

Madrid

S. 1 de julio de 1996. AS 1996, 2620.

S. 20 diciembre de 1996. AS 1996, 4696.

Navarra

S. 28 de junio de 1996. AS 1996, 2440.

País Vasco

S. 23 de febrero de 1996. AS 1996, 277.

S. 31 de diciembre de 1996. AS 1996, 4775.

La Prórroga de la Suspensión del Contrato y su tratamiento por el Derecho de la Seguridad Social: la Prestación no económica por Hijo a Cargo

1. Asignación no económica de la prestación por hijo a cargo**Beneficiario. Requisitos.**

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Málaga:

S. 24 de mayo de 1996. AS 1966, 1584.

Asturias

S. 25 de octubre de 1996. AS 1996, 4283.

Cataluña.

S. 14 de febrero de 1994. AS 1994, 557.

S. 10 de enero de 1996. AS 1996, 846.

2. Asimilación al alta

TRIBUNAL SUPREMO

S. 8 de febrero. RJ 1996, 861.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Málaga:

S. 13 de enero de 1994. AS 1994, 301.

S. 7 de febrero de 1994. AS 1994, 650.

Sevilla:

S. 24 de octubre de 1990. AS 1990, 4575.

S. 15 de julio de 1993. AS 1993, 3521.

S. 3 de febrero de 1994. AS 1994, 668.

Aragón

S. 30 de enero de 1997. AS 1997, 614.

Baleares

S. 27 de mayo de 1992. AS 1992, 2331.

S. 16 de diciembre de 1996. AS 1996, 4063.

Canarias

Las Palmas.

S. 23 de julio de 1993. AS 1993, 3469.

Cantabria

S. 14 de marzo de 1996. AS 1996, 505.

Castilla-La Mancha

S. 6 de mayo de 1992. AS 1992, 2346.

Castilla-León

Burgos:

S. 18 de julio de 1994. AS 1994, 2943.

Cataluña

S. 23 de diciembre de 1993. AS 1993, 5321.

S. 14 de febrero de 1994. AS 1994, 557.

Comunidad Valenciana

S. 11 de febrero de 1997. AS 1997, 258.

Galicia

S. 23 de junio de 1996. AS 1996, 1780.

La Rioja

S. 27 de diciembre de 1994. AS 1994, 4717.

Madrid

S. 10 de octubre de 1990 . AS 1990, 2752.

S. 14 de abril de 1993. AS 1993, 1964.

Murcia

S. 30 de diciembre de 1993. AS 1993, 5481.

S. 13 de febrero de 1996. AS 1996, 338.

3. Cotización

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Baleares

S. 27 de mayo de 1992. AS 1992, 2331.

Madrid

S. 12 de diciembre de 1989. RTSJ 1989, 3174.

Murcia

S. 13 de febrero de 1996. AS 1996, 338.

La obligación de Cotizar durante la Suspensión del Contrato

TRIBUNAL SUPREMO

- S. 18 de septiembre de 1991. RJ 1991, 6469.
- S. 7 de noviembre de 1991. RJ 1991, 8205.
- S. 25 de noviembre de 1991. RJ 1991, 9269.
- S. 27 de noviembre de 1991. RJ 1991, 842.
- S. 13 de diciembre de 1991. RJ 1991, 9070.
- S. 29 de diciembre de 1991. RJ 1991, 9092.
- S. 27 de diciembre de 1991. RJ 1991, 9103.
- S. 5 de febrero de 1992. RJ 1992, 915.
- S. 6 de febrero de 1992. RJ 1992, 1139.
- S. 14 de febrero de 1992. RJ 1992, 987.
- S. 29 de febrero de 1992. RJ 1992, 1155.
- S. 21 de marzo de 1992. RJ 1992, 1861.
- S. 4 de abril de 1992. RJ 1992, 2597.
- S. 9 de abril de 1992. RJ 1992, 2614.
- S. 20 de abril de 1992. RJ 1992, 2663.
- S. 30 de junio de 1992. RJ 1992, 4696.
- S. 2 de febrero de 1993. RJ 1993, 728.
- S. 4 de febrero de 1993. RJ 1993, 740.
- S. 21 de enero de 1994. RJ 1994, 359.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

Granada:

- S. 29 de febrero de 1990. AS 1990, 2665.

Sevilla:

- S 16 de mayo de 1990. AS 1990, 3870.

Aragón

- S. 27 de marzo de 1996. AS 1996, 1193.

Baleares

- S. 26 de abril de 1994. AS 1994, 1356.

Canarias

- S. 27 de mayo de 1992. AS 1992, 2433.
- S. 9 de octubre de 1992. AS 1992. 4696.

Castilla-León

Burgos:

- S. 20 de febrero de 1992. AS 1992, 579.

Valladolid:

- S. 7 de enero de 1992. AS 1992, 94.
- S 22 de junio de 1993. AS 1993, 2808.

Cataluña

- S. 25 de septiembre de 1991. AS 1991, 5577.
- S. 28 de noviembre de 1991. AS 1991, 6496.
- S. 28 de noviembre de 1991. AS 1991, 6497.

XL

S. 14 de diciembre de 1992. AS 1992, 6368.

S. 20 de septiembre de 1993. AS 1993, 3836.

Extremadura

S. 7 de junio de 1993. AS 1993, 2729.

Madrid

S. 28 de mayo de 1993. AS 1993, 2637.

S. 7 de junio de 1993. AS 1993, 3131.

País Vasco

S. 6 de septiembre de 1993. AS 1993, 4119.