

CONCILIACIÓN DA VIDA FAMILIAR E LABORAL: CUESTIÓNS CRUCIAIS(*)

Carmen Sánchez Trigueros

Profesora Titular de Dereito do Traballo e da Seguridade Social da
Universidade de Murcia

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN

II.- SUSPENSIÓN CONTRACTUAL POR RISCO DURANTE O EMBARAZO

III.- PERMISO RETRIBUÍDO PARA A REALIZACIÓN DE EXAMES PRENATAIS E TÉCNICAS DE PREPARACIÓN Ó PARTO

IV.- PERMISO Ó PAI POLO NACEMENTO DE FILLO

V.- DEREITOS DERIVADOS DA HOSPITALIZACIÓN DO NEONATO

VI.- PERMISO OU REDUCCIÓN DA XORNADA DE TRABALLO POR LACTACIÓN DO FILLO MENOR DE NOVE MESES

VII.- FOMENTO DO EMPREGO DE DETERMINADAS PERSOAS

(*) Traducción ó galego: José Antonio Prado Leira, funcionario do Consello Galego de Relacións Laborais

ABREVIATURAS

C.c. Código civil.

ET Estatuto dos Traballadores (agás que se indique outra cousa, o seu Texto refundido, aprobado por Real Decreto Lexislativo 1/1995, do 24 de marzo).

LGSS Texto refundido da Lei xeral da seguridade social, aprobado por Real Decreto lexislativo 1/1994, do 20 de xuño.

LPL Texto refundido da Lei de procedemento laboral, aprobado por Real Decreto lexislativo 2/1995, do 7 de abril.

LPRL Ley 31/1995, de 8 de novembro, de prevención de riscos laborais.

I. INTRODUCCIÓN

Nos últimos anos ven desenvolvéndose un amplísimo movemento (sindical, patronal, social, político) favorable á adopción de medidas realmente operativas en orde a facilitar a quen traballan e posúen responsabilidades familiares a mellor conciliación posible de ámbalas vertentes. Esa tendencia, loxicamente, desembocou na aprobación de normas diversas e a actualización dalgunhas que quedaran anticuadas; así mesmo, diversos pronunciamentos xudiciais contribuíron a complementar tales innovacións de xeito relevante.

Nas páxinas que seguen, e cunha perspectiva eminentemente xurídica, pasarse revista a algunhas das institucións que interesan á mencionada fin; trátase, en todo caso, de dar nova acerca do estado da cuestión. Sen embargo, tamén semella útil ofrecer agora un cadro máis amplo que contemple boa parte das figuras que veñen concitando tal atención.

1. DEBERES E DEREITOS VINCULADOS ÁS SITUACIÓNS DE EMBARAZO E PARTO

- Adaptación das condicións ou do tempo de traballo da traballadora embarazada ou durante o período de lactación (art. 26.1 e 4 LPRL).
- Cambio de posto de traballo ou funcións da traballadora embarazada ou durante o período de lactación (art. 26.2 e 4 LPRL).
- Suspensión do contrato por risco durante o embarazo (art. 26.3 LPRL e 45.1.d e 48.5 ET).
- Permiso retribuído para a realización de exames prenatais e técnicas de preparación ó parto (arts. 26.5 LPRL e 37.3.f ET).
- Suspensión contractual por nacemento de fillo: descanso obrigatorio postparto (arts. 45.1.d e 48.4 ET).
- Permiso ó pai polo nacemento de fillo (art. 37.2.b ET).

2. DEREITOS RELACIONADOS CO COIDADADO DE FILLOS E MENORES

- Permisos retribuídos: a) Permiso retribuído por enfermidade grave ou hospitalización do fillo (art. 37.3.b ET). b) Por neonatos hospitalizados (art. 37.4 bis ET).
- Reducións da xornada de traballo: a) Por lactación do fillo menor de nove meses (art. 37.4 ET). b) Por garda legal dun menor de seis anos (art. 37.5 ET).
- Suspensión do contrato de traballo: a) Suspensión facultativa do contrato de traballo por maternidade (arts. 45.1.d e 48.4 ET; Disp. Adic. Primeira RD 1251/2001). b) Interrupción en caso de parto prematuro ou cando o neonato deba de permanecer hospitalizado por outra causa. c) Suspensión do contrato de traballo por adopción ou acollemento, preadoptivo ou permanente (arts. 45.1.d e 48.4 ET).
- Excedencias: Para o coidado dun fillo ou dun menor acollido (art. 46.3 ET).

1. DEREITOS PARA O COIDADADO DE FAMILIARES POR DIVERSOS INFORTUNIOS

- Permiso retribuído por accidente ou enfermidade graves ou hospitalización de parentes ata o segundo grado de consanguinidade ou afinidade (art. 37.3.b ET).
- Redución de xornada por coidado de familiares minusválidos (art. 37.5 ET).
- Excedencia con reserva de posto para o coidado de familiares cando non poda valerse por si mesmos (art. 46.3 ET).

2. DEREITOS PARA A ATENCIÓN DOUTROS INTERESES FAMILIARES

- Permisos retribuídos: a) Por matrimonio (art. 37.3.a ET). b) Por falecemento de parentes ata o segundo grado de consanguinidade ou afinidade (art. 37.3.b ET). c) Por cambio de domicilio (art. 37.3.c ET).
- Reducións de xornada: Por garda legal dun minusválido que non desempeñe ningunha actividade retribuída (art. 37.5 ET).
- Excedencia por coidado de familiares (art. 46.3 ET).

5. TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA: OS NOVOS SUPOSTOS EXTINTIVOS

- Nulidade do despido durante a suspensión do contrato de traballo por maternidade, risco durante o embarazo, adopción ou acollemento ou o notificado nunha data tal que o prazo de preaviso finalice dentro de dito período (art. 55.5.a ET; art. 108.2 LPL).
- Nulidade do despido realizado durante o embarazo previo á suspensión do contrato, coidado de familiares e excedencia (art. 55.5.b ET; art. 108.2 LPL).
- Imposibilidade de computar como faltas de asistencia ó traballo, ós efectos de extingui-lo contrato por causas obxectivas, as ausencias de maternidade, risco durante o embarazo, enfermidades causadas polo embarazo, parto ou lactación e licencias (art. 52.d ET).

1. OUTRAS MEDIDAS

- Posibilidade de que os traballadores a tempo parcial deixen sen efecto o pacto de horas complementarias, unha vez cumprido un ano dende a súa celebración, para a atención das responsabilidades familiares enunciadas no art. 37.5 ET (art. 12.5.g ET).
- Avaliación empresarial dos factores de risco que poidan incidir na función de procreación dos traballadores e traballadoras, co obxecto de adoita-las medidas preventivas necesarias (art. 25.2 LPRL).
- Bonificacións de cotas á Seguridade Social: a) pola celebración de contratos de interinidade para substituír a traballadores durante os períodos de descanso por maternidade, adopción ou acollemento preadoptivo ou permanente e risco durante o embarazo (RDLei 11/1998).

- Bonificacións de cotas á Seguridade Social para os traballadores en período de descanso por maternidade, adopción, acollemento preadoptivo ou permanente e por risco durante o embarazo (Disp. Adic. Segunda Lei 12/2001).
- Redución nas cotizacións empresariais á Seguridade Social pola contratación de interinos para substituír a traballadores excedentes (Disp. Adic. Décimocuarta ET).
- Redución nas cotizacións empresariais á Seguridade Social pola contratación de mulleres desempregadas nos vinte e catro meses seguintes á data do parto (art. 47.Uno.1.1.i Lei 53/2002, de 30 de decembro, de Medidas Fiscais, Administrativas e da Orde Social).

II. SUSPENSIÓN CONTRACTUAL POR RISCO DURANTE O EMBARAZO

A) XÉNESE DA FIGURA

A Lei 39/1999, de 5 de novembro, de Conciliación da Vida Familiar e Laboral das persoas traballadoras (LCVFL) creou unha nova situación de necesidade protexida polo noso sistema de Seguridade Social: a de “risco durante o embarazo”, contemplada no Capítulo IV do Título II da Lei Xeral de Seguridade Social (LXSS), integrado por tan só dous artigos (134 e 135). En concordancia con esa crucial innovación, a mesma LCVFL viuse obrigada, por unha parte, a introduci-las modificacións de fondo pertinentes na LXSS a partir da reforma da acción protectora do sistema da Seguridade Social, onde agora prevese a prestación económica perante o citado risco (cfr. Art. 38.1.c) e a obriga de cotizar pola suspensión do contrato que o mesmo motiva (art. 106.4); e, por outra, a adaptar numérica e sistematicamente a LXSS. Similares adaptacións, loxicamente, foron acometidas noutros varios ámbitos do sistema de protección social, a fin de contempla-la continxencia.

Ó delimita-la situación protexida a LXSS realiza unha remisión perfecta ó bloque laboral, pois considera situación protexida “o período de suspensión do contrato” pola causa de referencia. Deste xeito, á hora de precisar cando xurde a situación de risco durante o embarazo, o artigo 134 LXSS remite ó artigo 26.3 da Lei de Prevención de Riscos Laborais (LPRL). Esta técnica normativa conduce, de feito, a que a norma de Seguridade Social incorpore tacitamente a regulación sobre suspensión do contrato de traballo contida na LPRL e no Estatuto dos Traballadores (ET), resultando inintelixible sen ela.

Trátase de saber que sucede cando unha traballadora queda encinta e a actividade laboral considérase contraindicada para o seu estado biolóxico, sen que na empresa sexa posible destinala a un posto axeitado. O orixinario artigo 26 da LPRL non resolvía de xeito expreso a cuestión, podéndose falar dunha verdadeira lagoa (Lousada), que a LCVFL quixo integrar “prevendo que nos supostos de maternidade nos que por motivos de saúde da nai ou do feto, faise necesario un cambio de posto de traballo ou función e este cambio non sexa posible, se declare á interesada en situación de risco durante o embarazo con protección da Seguridade Social” (Exposición de Motivos).

Seguindo a lóxica orde da propia construción legal, ante unha muller embarazada que simultaneamente presta actividade laboral hai que comezar adoitando medidas de avaliación, adaptación das súas condicións ou cambio de destino para pasar, só subsidia-

riamente, no último termo á suspensión contractual. Antes, optouse por despexar aquí unha polémica cuestión, de alcance xeral, referida á posta en coñecemento do seu estado por parte da propia traballadora.

B) INFORMACIÓN Á EMPRESA ACERCA DA SITUACIÓN XESTANTE

As normas sobre prevención de riscos establecen cautelas abundantes (frecuentemente traducidas en obrigas patronais) respecto do traballo das embarazadas, que dificilmente poden entrar en xogo se se ignora a súa condición. A maioría dos Estados comunitarios esixe que a traballadora informe á empresa acerca do seu embarazo, do seu alumamento ou lactación natural.

A norma española, a diferenza da comunitaria (cfr. art. 2 Directiva 92/85/CEE), non esixe claramente á traballadora embarazada que comunique o seu estado á empresa (o art. 29.2.4º LPRL establece como obriga do traballador informar de inmediato “acerca de calquera situación que, ó seu xuízo, entrañe, por motivos razoables, un risco para a seguridade e saúde dos traballadores”), o que complica algo as cousas e só rarísimas veces os convenios colectivos se atreven a clarificar a cuestión. Aínda que soe pensarse que o principio de boa fe leva a esixir á traballadora esa comunicación do seu estado de embarazo ó empregador axiña o constate de xeito seguro, o certo é que esa posta en coñecemento non é claramente esixible e que a protección tamén ten que dispensarse cando o embarazo sexa notorio ou conste fehacemente á empresa a través doutras canles.

Acerca do interesante problema de se ten que advertir da súa condición unha muller que xa estea embarazada no momento en que se leva a cabo a selección ou contratación, a doutrina máis especializada (Pérez del Río e Ballester) apunta ó texto constitucional coma respaldo da actitude omisiva, se é que así o decide a muller (cfr. STSJ Madrid 18 maio 2000 (AS 2000, 2651)).

Vexamos agora o suposto de quen xa é traballadora da empresa e queda encinta; ¿esixe en tal caso o ordenamento xurídico que a traballadora notifique ó seu empregador esa situación biolóxica? Do art. 29.2.6º LPRL (relativo ó obriga que ten a traballadora de cooperar co empresario en orde a conseguí-los obxectivos da prevención de riscos) faise derivar frecuentemente a obriga da traballadora de comunica-lo seu embarazo, coa posible sanción disciplinaria por incumprimento, pero os argumentos contidos na sentenza antes citada son perfectamente trasladables ó suposto en que a muller xa estea contratada e o embarazo sobreveña (ó respecto tamén, cfr. STJCE 4 outubro 2001 (Caso Tele Danmark)). En conclusión, a traballadora ten dereito a permanecer en silencio ó respecto; elo sen prexuízo de pensar que o ideal é que exista un clima de relacións laborais tal que lle permita dar conta inmediata desta boa nova, pola seguridade de que non se lle seguirá ningún prexuízo directo ou indirecto.

Por descontado, se á empresa non se lle fai sabe-la condición xestante da traballadora, tampouco cabe pedirlle que despregue as medidas protectoras axeitadas mentres ignore tal circunstancia. A partir de que resulte evidente a situación de embarazo ou de que ó empresario lle conste fehacemente por calquera vía, si que xurde a obriga empresarial de protexer. Ademais, “polas consecuencias que a falla de comunicación pode conlevar, intensifícase a obriga empresarial de información detallada acerca dos posibles riscos á traballadora se se produce un embarazo” (Pérez del Río e Ballester).

C) O TRABALLO DA MULLER EMBARAZADA: AVALIACIÓN DOS RISCOS E ADOPCIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS

A LPRL previu un réxime de protección da maternidade organizado ó redor de dúas obrigas básicas que o empresario debe de cumprir de forma sucesiva: a avaliación dos riscos e a adopción de medidas preventivas.

***Avaliación dos riscos**

O art. 26.12 LPRL establece que a avaliación inicial dos riscos laborais, que con carácter xeral se impón ó empresario no art. 16 LPRL e desenvolve o RD 39/1997, dos Servicios de Prevención (RSP), no seu capítulo II, deberá ter en conta expresamente aqueles que podan afectar ás traballadoras embarazadas ou que teñan alumado recentemente. Deste xeito engádese unha avaliación con carácter específico (Sempere et al) que comprenderá a determinación da natureza, o grado e a duración da exposición das referidas traballadoras, a axentes, procedementos ou condicións de traballo, definidos no art. 4 LPRL, que podan influír negativamente na súa saúde ou na do feto (os anexos I e II da Directiva 92/85/CEE, ós que remiten os arts. 4.1 e 6.1 da mesma, conteñen listas non exhaustivas dos axentes, procedementos e condicións de traballo) e en calquera actividade susceptible de presentar un risco específico (a tenor do disposto polo art. 21 RMRE “Procedemento para o recoñecemento do dereito”, as solicitudes deberán conte-los datos relativos á actividade desempeñada pola traballadora afectada, a súa categoría profesional e función e descrición do traballo concreto que realizase, así coma o risco específico que presenta para o embarazo).

A efectos sistemáticos e de resalta-la relevancia que o lexislador atribúe ó deber de referencia, convén lembrar que o incumprimento da obriga empresarial de avalia-los riscos laborais está tipificada coma infracción grave (art. 12.1 LISOS); sen embargo, considérase infracción moi grave a inobservancia das normas específicas en materia de protección da seguridade e a saúde das traballadoras durante os períodos de embarazo e lactación (art. 13.1 LISOS).

Conforme ó artigo 26.1 LPRL, se os resultados da avaliación revelasen un risco para a seguridade e a saúde ou unha posible repercusión sobre o embarazo ou a lactación das citadas traballadoras –aínda que non haxa perigo de que se produza-, o empresario adoitará as medidas necesarias para evita-la exposición a dito risco. É, por tanto, deber dos empresarios aprecia-los riscos existentes (cos auxilios técnicos pertinentes) e decidi-las medidas axeitadas para a súa prevención, tendo en conta que a propia LPRL establece as accións máis significativas a emprender.

Aínda que non sempre a realidade mostrará con nitidez as diversas fases que traza a Lei, o certo é que a mesma diseña unha sucesión de estadios polos que pode atravesala muller traballadora a fin de salvagarda la súa saúde e a do feto: 1º) adaptación de condicións no posto; 2º) cambio de destino na propia empresa; 3º) suspensión do contrato. Trátase de tres fases aparentemente sucesivas, de maneira que cando a primeira delas non basta para resolve-los problemas existentes entra en xogo a segunda, e o mesmo sucede coa terceira.

Esa orde cartesiana, sen embargo, non sempre ten por que se-la observada e preferida:

-Así, por un lado, a adaptación do posto de traballo resulta teoricamente anterior ó cambio de posto, pero nada parece impedirle ó empresario proceder directamente ó cambio (Pérez del Río y Ballester).

-Así mesmo, a traballadora pode preferir en ocasións que se leven a cabo adaptacións nas condicións ou tempo de traballo, e a empresa resistirse a elo (considerando que non é “posible”, como pide o art. 26.2 LPRL), quizá porque dese xeito evita un gasto que ninguén lle sufraga.

***Adaptación das condicións ou do tempo de traballo**

O primeiro nivel de protección está integrado por medidas de adaptación “provisional” (art. 5.1 Directiva 92/85/CEE) das condicións de traballo do propio posto de traballo ou función que realiza a traballadora habitualmente. Esta adaptación da actividade productiva á singular situación da traballadora lévase a cabo incidindo sobre condicións materiais en que se traballa e, expresamente, na distribución do tempo de traballo; en certa forma, lévase a cabo, por así dicilo, sobre o terreo, sen mobilidade funcional ou xeográfica que innove o contido do contrato de traballo (cambio de horario, transformación das características do posto, alteración dos procesos de traballo, supresión de horas nocturnas, etc...).

Nótese que neste primeiro nivel preventivo actúase de conformidade co establecido na correspondente avaliación do posto de traballo, sen que apareza expresamente prevista intervención de servizos médicos.

Para o específico suposto de que se precise dunha reordenación do tempo de traballo, que inclúa a non realización de traballo nocturno, a solución é a común, o que conleva unha diferenza coa norma comunitaria xa que esta inclúe unha solución específica para cando sexa imposible o traballo diúrno (dispensa de traballo ou prolongación de permiso por maternidade) mentres que a norma española inclúe o suposto no réxime xeral. O certo é que aínda que na norma comunitaria a dispensa de traballo contéplase en dous apartados distintos, a solución final outorgada a penas difire.

Como consecuencia desas variacións é posible que a traballadora vexa mermados os seus ingresos (perda en pluses ou complementos de turnicidade, nocturnidade, etc...). As primeiras reaccións xudiciais tenden a mante-las retribucións salariais precedentes, incluída-las variables ou dependentes de que se tivera levado a cabo a prestación precisamente eliminada en aras da saúde (cfr. STSJ Cataluña 20 xullo 2000, AS 3700).

***Cambio de posto ou función**

Cando a adaptación das condicións ou do tempo de traballo non resultase posible (¿quen e como se acredita a imposibilidade? Ningunha alusión se atopa no art. 26 LPRL sobre as razóns que poden impedir ó empresario a adaptación das condicións de traballo) ou, a pesares de tal adaptación, non puidera evitarse o risco, entra en xogo un segundo nivel de protección, recollido no art. 26.2 LPRL e que comporta a entrada en escena de variacións nas funcións desempeñadas, producíndose o cambio de destino (como medida de protección da maternidade). Pide a norma que a traballadora pase a ocupar “un posto de traballo ou función diferente”-tamén provisionalmente- a fin de poder compatibilizalo cun cumprimento das súas obrigas laborais (agora novadas) e o axeitado desenvolvemento do seu proceso xestatorio.

***Obrigatoriedade para a empresa**

En concordancia coa idea, verdadeiramente central, que preside toda a regulación da saúde dos traballadores, sen que poda escudarse para incumpri-las súas obri-

gas nin no eventual consentimento da traballadora para prosegui-la súa actividade nos termos precedentes, nin na pasividade dos representantes dos traballadores en orde a emiti-lo seu informe, nin en calesquera outras circunstancias relativas ó comportamento de terceiros (cfr. art. 14.4 LPRL). En definitiva, é o empresario quen deberá determinar, previa consulta cos representantes dos traballadores (preceptiva pero non vinculante), a relación de postos de traballo exentos de riscos. Nesta mesma liña, aínda que vista-las cousas dende unha óptica diversa, hai que afirmar que a mobilidade en cuestión resulta obrigatoria para o empresario e que constitúe un auténtico dereito para a traballadora pese ós termos en que está redactada a Lei nesta pasaxe (segundo a dicción do art. 26.2 LPRL a traballadora “deberá desempeñar”); se o usual é que a mobilidade funcional e xeográfica se poña en xogo por interese patronal, neste caso sucede algo ben diverso.

***Carácter técnico da decisión de cambio de posto ou función**

O xuízo sobre a necesidade do cambio de posto ou función dunha traballadora concreta é xa un xuízo mixto, á vez técnico e médico; se ben ten que lembrarse que os servizos de prevención empresariais, propios ou alleos, han de contar necesariamente con esa dimensión médica que integra a decisión final da proposta de cambio feita por eses mesmos servizos. Así evidénciase no art. 37.3.3.g RSP, que esixe do persoal sanitario de ditos servizos que estudien e valoren de forma especial, “os riscos que poidan afectar ás traballadoras en situación de embarazo ou parto recente”, así coma propoñer “as medidas preventivas axeitadas”. Non obstante, o art. 26.2 LPRL, cando se refire á obrigatoriedade destes cambios de posto, reclama a presenza e a certificación de, alternativa-mente, os servizos médicos do Instituto Nacional da Seguridade Social ou das Mutuas, xunto co informe do médico do Servicio Nacional da Saúde que asista facultativamente á traballadora.

En definitiva, para a empresa pode xurdir unha obriga en función de opinións alleas, o que supón clara excepción ás regras sobre funcionamento da empresa nunha economía de mercado; dende a óptica do contrato de traballo sucede o mesmo: o titular do poder de dirección non é quen decide. O que sucede é que, á súa vez, a empresa queda encargada de executar esa obriga e de apreciar se resulta posible o seu cumprimento, xurdindo así un complexo entramado de instancias decisorias previas á entrada en xogo das suspensión contractual aquí estudiaada.

*** O perigo potencial**

Nótese que este segundo nivel de protección á muller embarazada, con variación do seu habitual cometido, procede cando as condicións laborais “puideran influír negativamente”, de maneira que non é esixible a certeza senón tan só a razoable probabilidade de que elo ocorrira, debendo valorarse a tal efecto as concretas circunstancias medioambientais, de esforzo físico, de fatiga, ou calesquera outras concorrentes e poñéndoas en conexión tanto coa fase xestatoria canto con eventuais variables subxectivas da traballadora que podan ser relevantes. Para que non haxa dúbidas: a hipótese que lexítima (e esixe) o cambio de destino laboral contempla tanto o eventual prexuízo para a saúde da muller embarazada canto a do feto (cfr. STSJ Madrid 8 xullo 2002, AL 47-48). O obxectivo é ben práctico e claro: evita-los perigos existentes en cada caso, o que por forza esixe atender ás características subxectivas da concreta traballadora (non, en abstracto, dunha embarazada) e do seu embarazo presente (con posibles características singulares, respecto doutros precedentes); a individualización imponse.

*** A certificación do prexuízo potencial**

O art. 26.2 LPRL pide que se “certifique”, por parte de persoal facultativo, a concorrencia desa influencia negativa; podería, seguramente, discutirse sobre a pertinencia do termo elixido para aludir á manifestación dun prognóstico ou apreciación, pero a intención do precepto ha de conducir a interpretalo no sentido de emisión dun parecer técnico.

*** Suxeito certificador**

Pide o precepto (art. 26.2 LPRL) que dita situación se certifique polos “Servicios Médicos do Instituto Nacional da Seguridade Social ou das Mutuas, co informe do médico do Servicio Nacional da Saúde que asista facultativamente á traballadora”; deste xeito, quíxose buscar unha fórmula máis equilibrada, dando entrada ás entidades sanitarias, pero tamén á pagadora, aínda que con unha maior complexidade e con grandes doses de paradoxo. E é que, non habendo prestación económica de Seguridade Social que aboar neste caso, a intervención do INSS (ou da Mutua) aparece coma algo disfuncional.

Se se pensa ben o escenario en que nos atopamos, axiña aparecen razóns que poderían explicar, ó meu xuízo insuficientemente, tal intervención do INSS (ou das Mutuas):

-Posto que o cambio de posto de traballo evita a entrada en xogo do subsidio de risco durante o embarazo, estamos perante unha maneira indirecta de que o INSS controle o acceso a tal protección.

-No caso do INSS, mediante o predominio de organismos públicos, deixando ó marxe á medicina estritamente privada, preténdese garanti-la “seriedade e oficialidade da apreciación médica” (García-Perrote).

-Respecto da intervención das Mutuas as cousas non están claras, salvo que se estea pensando en que actúen coma Servicio de Prevención, cousa que a Lei silencia; o resultado final é desconcertante, máxime ó se-las únicas entidades de carácter privado que aparecen neste deseño.

Non estraña, por elo, que a admisión das Mutuas como entidade decisoria neste punto resultara conflictiva á hora de elabora-la norma. A idea de traer a colación ás Mutuas cando se trata de previr riscos relacionados co desenvolvemento da actividade laboral podería enlazar co papel que o art. 32 da LPRL lles asignou coma Servicios de Prevención, pero o certo é que non aparecen invocadas como tales e tampouco se da entrada ós Servicios de Prevención que asuman outra forma xurídica. Por outro lado, semella equivocada a analogía coa parificación de competencias entre Mutuas e INSS cando se trata de fiscaliza-la xestión da incapacidade temporal, pois no risco durante o embarazo a xestión nunca corresponderá á Mutua.

Igualmente rechamante é que se asignen competencias ós “Servicios Médicos” do INSS tendo en conta que se trata de Entidade dedicada, non á prestación de asistencia sanitaria, senón á xestión e administración de prestacións (art. 57.1.a LXSS), de xeito que máis que con servicios médicos operan con médicos adscritos; en máis dunha ocasión o resultado último podería conducir a situacións pouco coherentes (Panizo). Elo, á marxe da pertinencia de asignar novas competencias a este persoal do INSS ou de atribuílas á Mutua sen prever ingreso adicional algún.

*** Características do novo posto desempeñado**

Dispón o segundo parágrafo do art. 26.2 LPRL que “o cambio de posto ou función levarase a cabo de conformidade coas regras e criterios que se apliquen nos supostos de

movilidade funcional e terá efectos ata o momento en que o estado de saúde da traballadora permita a súa reincorporación ó anterior posto”. Vai de seu, aínda que a LPRL opta por explicitalo, que o novo cometido da traballadora haberá de ser axeitado e “compatible” co embarazo, o que equivale a esixir que careza de eventuais influencias negativas sobre o mesmo, pois sería absurdo poñer en marcha todo un procedemento para cambio de tarefas e desembocar nun destino igualmente cargado de prexuízos potenciais.

Para facilita-la aplicación desta singular figura pídeselle á empresa que elabore “unha relación de postos de traballo exentos de riscos a estes efectos”; por descontado, aínda que tal obriga instrumental da empresa non se teña cumprido segue a conservar a súa virtualidade principal (poñer en práctica a mobilidade), do mesmo xeito que a traballadora pode discrepar co novo destino que se lle asigne e xurdir múltiples incidencias non contempladas expresamente pola Lei, etc.

*** Mobilidade funcional ordinaria**

O cambio de posto ou función levarase a cabo de conformidade coas regras e criterios que se apliquen nos supostos de mobilidade funcional, “de acordo coas regras que a lexislación laboral establece para esta” (Montoya e Pizá). Combinando LPRL e lexislación estritamente laboral (ET e normas sectoriais) séguese a preferencia por unha modificación pouco importante e similar á acordada pola empresa en virtude do ius variando ordinario: dentro do mesmo grupo ou categoría equivalente, respectando as esixencias de titulación académica, e os límites xerais á mobilidade funcional de non menoscaba-la dignidade do traballador e sen prexuízo da formación e promoción profesional.

*** Mobilidade xeográfica**

Aínda que nada se establece respecto da posibilidade de que o empresario aplique medidas de mobilidade xeográfica, todo indica que a hipótese cae fora do permitido pola Lei: non é posible impor un novo posto ou función a costa de forza-lo cambio de residencia da traballadora; en tal caso atoparíámonos perante un desprazamento ou traslado que debería de suxeitarse ás regras do art. 40 ET. Á súa vez, incluso, pode entenderse que a protección fronte ó risco para a saúde constitúe un límite á facultade empresarial de exercita-la mobilidade xeográfica: nin é posible poñela en xogo para preserva-la saúde da traballadora, nin o seu efectivo exercicio (por razóns técnicas, organizativas ou productivas, como pide o ET) pode comportar unha situación de risco.

*** Mobilidade funcional excepcional**

En contraposición, si admite o art. 26.2 LPRL no seu terceiro parágrafo que “no suposto de que, aínda aplicando as regras sinaladas no parágrafo anterior, non existise posto de traballo ou función compatible, a traballadora poderá ser destinada a un posto non correspondente ó seu grupo ou categoría equivalente, se ben conservará o dereito ó conxunto de retribucións do seu posto de orixe”. O suposto entronca claramente coa posibilidade de mobilidade extraordinaria que admite o art. 39.2 ET, de maneira que no presente caso as razóns técnicas ou organizativas que o precepto estatutario esixe para este tipo de mobilidade haberá que entendelas substituídas por outras de índole sanitaria (Montoya e Pizá).

Neste caso é innecesario un segundo certificado médico para que o empresario actúe, sendo suficiente co emitido para instarlle a realiza-la mobilidade funcional ordinaria (Gorelli). Unha dúbida transcendente é a que xurde a propósito de se estamos perante unha obriga empresarial (poñer en práctica a mobilidade excepcional cando foi imposible tanto adapta-las condicións do posto de traballo coma ofrecer un posto de traballo

correspondente ó grupo profesional ou categoría equivalente) ou ben perante unha facultade (sendo o empregador quen decida se pon en práctica a excepcional posibilidade); o tema en absoluto é banal, xa que indirectamente determina cando entra en xogo a protección pública de Seguridade Social. Precisamente, esta última consideración é a que inclina a pensar que se trata máis ben dun deber (para o empresario e para a traballadora) que dun dereito, aínda que a formulación legal (“poderá”) axuda pouco a defender esa interpretación teleolóxica.

D) EXTENSIÓN DO BENEFICIO Á TRABALLADORA LACTANTE

Dispón tamén o art. 26.4 LPRL que han de estenderse os anteriores dereitos “durante o período de lactación”, se as condicións de traballo puideran influír negativamente na saúde da muller ou do fillo e así o certificase o médico que, no réxime de Seguridade Social aplicable, asista facultativamente á traballadora.

Dada a finalidade do precepto, semella que só se protexe a lactación natural e que por elo estase perante dereito persoalísimo da muller que aleita ó fillo. Respecto do tempo ou duración da mesma a efectos da protección dispensada pola Lei, discútese se rexe a duración prevista polo art. 37.4 ET (nove meses) ou, se polo contrario, a protección ha de estenderse durante tanto tempo como dure a lactación, sexa este inferior ou superior a nove meses. Esta última posición quedaría avalada polo feito de que nin a Lei nin a Directiva fixan prazo concreto e pola finalidade protectora que anima a previsión.

E) A IMPOSIBILIDADE DE QUE A MULLER EMBARAZADA TRABALLE

Coas lóxicas reservas que impón o que esteamos perante unha regulación non demasiado experimentada, con escaso rodaxe e criterios interpretativos dos Tribunais, semella oportuno realizar algunhas reflexións acerca dos termos en que se recolleu esta figura. Dende logo, estase perante unha especie de terceiro chanzo protector, ó que só hai que acceder se os dous anteriores (adaptación no posto e mobilidade tanto ordinaria canto extraordinaria) resultan insuficientes para resolver o problema suscitado.

*** Natureza xurídica do suposto**

A situación en que se atopa a xestante que non desenvolve actividade productiva por así aconsellalo a defensa da saúde laboral configúrase no noso ordenamento como unha verdadeira causa de suspensión do contrato de traballo, que “exonera das obrigas recíprocas de traballar e remunera-lo traballo” (art. 45.2 ET). Trátase dun suposto suspensivo ou, se se quere, dunha nova causa de suspensión cuido réxime xurídico no plano contractual contense no propio art. 26.3 LPRL e nun novo apartado 5 que se adiciona ó art. 48 ET.

Que así son as cousas é algo derivado non só da análise do réxime xurídico aplicable, senón explicitamente sinalado polo art. 45.1.d ET que, oportunamente modificado, tipifica coma un dos supostos en que o contrato de traballo poderá suspenderse o de “risco durante o embarazo da muller traballadora”.

Por outro lado, convén poñer de manifesto que se trata de suspensión “con reserva de posto de traballo”. A súa incorporación xunto cos outros supostos do art. 48 ET, rubricado “Suspensión con reserva de posto de traballo”, así o indica claramente.

***Supostos en que xurde a suspensión contractual**

Como se veu repetindo, a suspensión do contrato por risco durante o embarazo é unha institución subsidiaria, pois entra en xogo tan só cando resulta inviable o cambio de posto de traballo. Recollendo, con lixeiros retoques, o contido da Directiva 92/85/CEE, ábrese dúas hipóteses na Lei: 1ª) que o cambio de posto non resultara técnica ou obxectivamente posible; 2ª) que non poida razoablemente esixirse por motivos xustificadas.

1º) Imposibilidade do cambio de posto. Posto que ninguén está obrigado ó cumprimento do imposible, non sería razoable esixirlle ó empresario que destinara a traballadora a un posto compatible co seu embarazo se carece del; a Lei non esixe que a empresa proceda a crear un destino apropiado para a embarazada; por exemplo, en empresas con un só empregado de plantilla ou con postos de traballo todos do mesmo perfil profesional (Panizo), o traslado aparece coma algo irrealizable.

Son seguramente estes casos ós que a norma alude ó referirse a que non sexa “obxectivamente posible”, estando menos claro o suposto en que a imposibilidade sexa debida a causas “técnica”; quizais hai que pensar na discordancia entre capacidades da traballadora e eventuais destinos compatibles co embarazo, pero non debera de admitirse que por esta vía entraran en xogo supostos en que a imposibilidade derive dunha mera apreciación subxectiva.

Debe de lembrarse que a adaptación das condicións ou do tempo de traballo da traballadora en situación de embarazo ou paro recente incluírá, “cando resulte necesario”, a non realización de traballo nocturno.

2º) Oposición empresarial razoable e xustificada. A segunda posibilidade que a norma contempla alude a que o cambio de destino “non poida razoablemente esixirse por motivos xustificadas”, fórmula arrevesada e que, posta en conexión con xeito de operar desta institución, debe de significar que o empregador aduce argumentos serios que cimentan a súa oposición a que a embarazada cambie de destino.

Na maioría das ocasións a hipótese podería terse subsumido na imposibilidade técnica antes referida, toda vez que, en sentido amplo, hai que pensar que se tratará de razóns organizativas, técnicas ou productivas.

3º) Omisión da muller lactante. Con amaño á letra da Lei, o período de lactación non queda protexido por esta figura suspensiva; salvo que se acuda a interpretación correctora, a muller en período de lactación non pode acollerse a esta causa de suspensión contractual, resultado criticable e criticado pero que non pode considerarse impremeditado por parte do lexislador. Téñase presente que o art. 26.4 LPRL declara aplicable á situación de lactación, as previsións contidas nos apartados 1 e 2 (adaptación de condicións e/ou tempo de traballo e mobilidade funcional ordinaria e extraordinaria), pero sen que esa aplicación se extenda ó apartado 3 (suspensión do contrato de traballo).

Neste punto a Lei española non satisfai plenamente a letra e o espírito da Directiva 92/85/CEE, a cal no seu artigo 1º deixa ben claro o obxecto da mesma: “promove-la mellora da seguridade e da saúde no traballo da traballadora embarazada, que teña dado a luz ou en período de lactación”. Posto que o obxecto de protección non é só a saúde da traballadora, senón tamén a do feto ou o fillo recién nacido, dita protección debería de estenderse non só á traballadora senón tamén ó fillo, xa que

poden transmitirse ó fillo riscos biolóxicos derivados da prestación de traballo ó través da lactación materna.

***Carácter automático da suspensión**

A locución “poderá declararse o paso da traballadora afectada á situación de suspensión do contrato por risco durante o embarazo” contida no art. 26.3 LPRL podería dar pe para entender que, á vista de cantas circunstancias concorran en cada caso, a empresa ha de resolver formalmente se se procede ou non á suspensión do contrato. Sen embargo elo non é do todo certo pois estase perante consecuencia (suspensión contractual) inevitable e obrigada tanto da actividade habitual canto de outra alternativa. Sería absurdo pensar que á empresa lle queda unha facultade directiva mediante a cal rexeitar esa suspensión pois elo deixaría sen sentido toda a complexa construción exposta e conduciría á mesma situación sen saída que se quere desterrar: nin traballo, nin ingresos complementarios; elo salvo, claro está, que optase, cousa moi improbable, por aboa-la retribución sen esixir desempeño de actividade laboral.

***Duración da causa suspensiva**

Dada-las razóns que propician a suspensión contractual resulta comprensible, e eloxiable, a técnica acollida polo art. 26.3 LPRL á hora de fixa-lo seu alcance temporal (“durante o período necesario para a protección da súa seguridade ou da súa saúde e mentres persista a imposibilidade de reincorporarse ó seu posto anterior ou a outro posto compatible co seu estado”). Así, o período suspensivo comezará axiña a empresa reciba o certificado médico antes mencionado e comprobe que resulta imposible o cambio de posto de traballo; non existe unha esixencia referida a tempo mínimo ou máximo de embarazo que debe ter transcorrido ó iniciarse.

Posto que a duración da suspensión déixase aberta e condicionada á persistencia das causas que a motivan, interesa resaltar que son tres os elementos que deben de persistir para que se mantéña a causa de suspensión: o embarazo, o perigo potencial e a ausencia de posto axeitado son requisitos que en calquera momento poden variar (alumamento, aborto, introducción de melloras técnicas na empresa, superación dunha fase delicada na xestión, ampliación de plantilla, etc.) e provocar un cambio na situación suspensiva. Querendo compendiar todos eses supostos o art. 48.5 ET establece o final da suspensión contractual o día en que se inicie a suspensión por maternidade biolóxica ou desapareza a imposibilidade de reincorporarse ó posto de traballo inicial ou a un diverso; as posibilidades fácticas son múltiples pois, por exemplo, a desaparición da xustificación empresarial que podía impedi-la ocupación pola traballadora dun posto compatible con seu estado, a introducción de mecanismos de prevención no seu posto de traballo orixinal que eviten a presenza de riscos ou a creación dun novo posto de traballo no que non existan riscos conducen a que poida reincorporarse a traballadora e cese a suspensión.

Á vista do anterior pode pensarse que un beneficio derivado, aínda cando non perseguido pola norma, xurde para a traballadora cuio contrato estivese suspendido por risco durante o embarazo, que podería prolonga-la suspensión contractual por tal causa ata o mesmo instante do alumamento, sen necesidade de invoca-la posibilidade permitida pola Lei de adiantar, no seu caso, a suspensión do contrato por maternidade antes do parto. Deste xeito as dezaseis semanas quedan incólumes e listas para o seu aproveitamento a partires do momento do nacemento e sen necesidade de que na

fase previa teña existido un proceso patolóxico dos que dan lugar á declaración de incapacidade temporal.

III. PERMISO RETRIBUÍDO PARA A REALIZACIÓN DE EXAMES PRENATAIS E TÉCNICAS DE PREPARACIÓN Ó PARTO

“Polo tempo indispensable para a realización de exames prenatais e técnicas de preparación ó parto que deban de realizarse dentro da xornada de traballo”, reza o texto literal do art. 37.3.f ET polo que se configura este permiso retribuído.

É evidente que a concesión destes permisos ten por finalidade tutela-la saúde en relación coa maternidade, e por tanto o seu único destinatario posible é a traballadora embarazada, o que exclúe interpretacións amplas proclives a conceder ó varón o dereito a acompañar á xestante neses momentos.

Convén plantexarse que ha de entenderse polos exames prenatais e as técnicas de preparación ó parto. Dado que se trata de conceptos de natureza axurídica, as ciencias médicas son as que deben de precisa-lo seu contido, agora ben, tendo en conta, ó mesmo tempo, que a creación deste dereito é froito dunha norma de saúde laboral (Lei de Prevención de Riscos Laborais), semella razoable que a etioloxía desta disposición actúe como criterio indicativo: trátase dos exames e técnicas ligadas ás comprobacións necesarias acerca da saúde durante o embarazo, e non con outra finalidade primordial.

En puridade, o que a norma está regulando son dous permisos perfectamente diferenciados e por conseguinte susceptibles de ser aproveitados en momentos tamén distintos, de forma que a traballadora poderá facer uso dos mesmos en función das súas necesidades, cabendo a posibilidade de aproveitar cada un dos permisos en días diferentes, e tendo en conta, ademais, que non se limita o número destes permisos, sendo indiferente que, por exemplo, a traballadora se ausente por dous días consecutivos: un para acudir ó médico que a está atendendo durante o embarazo e outro para recibir clases de ximnasia de preparación ó parto. Igualmente, é posible utilizar ámbolos durante a mesma xornada de traballo, de forma continua ou discontinua, segundo os casos, podendo, por tanto, producirse varias ausencias na mesma xornada referidas a unha soa das causas de permiso (p.e., por varios exames prenatais prescritos á traballadora non coincidentes no mesmo horario ou, incluso en diferentes lugares).

A traballadora poderá facer uso do permiso tanto inmediatamente antes do inicio da xornada de traballo -incorporándose despois- coma despois de iniciada aquela.

O exercicio deste dereito supeditase ó *previo aviso e xustificación*, e comprenderá o tempo indispensable.

O meritado *tempo indispensable*, doutro lado, é á vez o necesario; cuestión diferente é que a negociación colectiva poda cuantifica-lo tempo preciso para acudir á consulta médica ou ó centro onde se impartan as sesións de preparación ó parto.

É evidente que este permiso é retribuído, como con claridade se desprende dos artigos 26.4 LPRL e 37.3 ET; non obstante, non impón esa norma que a remuneración deba ser a cargo do empresario, e non poucos autores suxeriron que esa carga debería de imputarse ó Sistema de Seguridade Social.

IV. PERMISO Ó PAI POLO NACEMENTO DE FILLO

A) FEITO CAUSANTE

O art. 37.3.b ET contempla como feito desencadeante de licencia o “nacemento de fillo”, un dos que soen identificarse como permiso por razóns familiares; trátase de eximir ó traballador da súa obriga de desenvolver-la actividade comprometida (art. 5.a ET) cando se considera que ha de darse preferencia a unha singular obriga xurdida no seu círculo humano máis próximo. Neste caso as necesidades extralaborais atendidas non residen nas dificultades polas que atravesen determinados familiares (enfermidade grave, falecemento) senón en, algo polo xeral moito máis grato, como o nacemento dun descendente directo en primeiro grado.

B) DIFERENCIA CON FIGURAS COLINDANTES

Interesa moito deslinda-la figura doutras que atendendo á súa denominación poderían inducir a erro; en particular, convén dende este momento distinguir este permiso tanto do suposto regulado no seu día pola Lei 4/1995, de 23 de marzo, de regulación do permiso parental e por maternidade, coma do permiso parental a que se refire a Directiva 96/34/CEE, do Consello, de 3 de xuño de 1996.

A citada Lei 4/1995, pese á súa rúbrica, veu a modificar o apartado 3 do artigo 46 ET, en particular respecto dos efectos que a excedencia solicitada con motivo de atender ó coidado dun fillo menor había de surtir; é verdade que a norma melloraba sensiblemente a situación anterior de quen optan por activa-la posibilidade de referencia, pero tamén semella indiscutible que nos atopamos perante unha suspensión contractual ou excedencia (segundo indica o propio tenor do articulado) e non perante un permiso retribuído.

En canto á Directiva 96/34/CEE, esta ten por obxecto aplica-lo Acordo marco sobre o permiso parental celebrado o 14 de decembro de 1995 entre as organizacións interprofesionais europeas de carácter xeral (UNICE, CEEP e CES), téndose dado ata o 3 de xuño de 1998 un prazo a fin de que os diversos Estados incorporasen o seu contido ó respectivo ordenamento. As diferencias entre o denominado “permiso parental” que regula a norma comunitaria e os permisos do art. 37.3 ET son varias.

C) TITULARIDADE

A Lei reconece este permiso, igual que tódolos demais, ó “traballador” e esa locución gramaticalmente xenérica serve para englobar a toda persoa (abstracción feito do seu sexo) que realiza unha actividade nas condicións do art. 1.1 ET; sen embargo, neste concretísimo suposto sucede que só o varón traballador é quen vai gozar dun breve tempo de inactividade retribuída, en tanto que cando a muller traballadora dea a luz entrará en xogo a máis ampla suspensión contractual por maternidade.

D) O NACEMENTO DE FILLO COMO DESENCADEANTE DO PERMISO

Nunha esexese primaria, o suposto delimitado pola Lei conduce a reconecer o dereito ó permiso ó proxenitor dunha criatura no momento en que se produce a súa

separación do claustro materno. No suposto paradigmático (cada vez menos maioritario) o que sucede é que a esposa do traballador aluma un fillo común e o pai disfruta a súa licencia; pero existen múltiples posibilidades nas que algún de tales elementos pode crebar, xurdindo entón a dúbida sobre a aplicabilidade da figura.

Para empezar cunha cuestión inédita (xurisprudencial e doctrinalmente), cabe plantexarse o sentido de aplicar aquí, mimeticamente, as regras do Código Civil sobre adquisición de personalidade; habida conta de que a norma laboral en estudio protexe os dereito do pai e a civil mira polos dereitos do neófito a resposta debe de ser negativa: os conceptos de “fillo” e “nacemento” non teñen que coincidir necesariamente co que se teña disposta no campo do Dereito de Familia.

Tanto nos casos de aborto natural coma de aborto provocado debe de descartarse que exista un “nacemento” polo que, no seu caso, a lóxica necesidade que o traballador (en canto esposo ou compañeiro da nai que atravesa ese difícil momento) teña de ausentarse da súa actividade laboral poderá encarreirarse mediante a aplicación analóxica da causa da licencia identificada como enfermidade grave ou falecemento de parente próxima; dende logo, nada impide unha tipificación autónoma do suposto, aínda que de momento non semella que elo teña sucedido de maneira significativa.

E) O PERMISO NOS SUPOSTOS DE FILLOS NON CONXUGAIS

As novas realidades familiares (unidades monoparentais, unións libres, parellas homosexuais, técnicas de reprodución asistida, inseminación artificial, etc.) tamén fan xurdir aquí problemas ata agora descoñecidos e múltiples incógnitas sobre o radio de acción do permiso por paternidade. Por iso se dedica un apartado a examina-los posibles problemas xurdidos cando o traballador é pai con persoa diversa do seu cónxuxe.

*** Fillos extramatrimoniais.**

Quizais o caso máis claro –de tódolos deste apartado– é o do traballador que é pai biolóxico de fillo extramatrimonial; proclamada a igualdade perante a lei dos fillos, con independencia da súa filiación matrimonial ou non, o que fai neste punto a norma laboral é extraer las lóxicas consecuencias e estende-lo permiso a tódolos supostos en que se da a paternidade biolóxica do traballador, con independencia de se a nai está ou non unida en matrimonio a el.

Neste concreto punto non se precisaba de Lei reguladora das parellas de feito para que as consecuencias da norma se estenderan a quen enxendran un fillo sen ter contraído matrimonio; é o propio e indiferenciado tenor da norma laboral (que se abstén por completo de especificar que clase de fillo desencadea a licencia) o que ven desembocando no dereito ó permiso no caso de nacemento de fillos de parellas de feito, fose cal fose o seu nivel de convivencia; o único relevante é a paternidade biolóxica do traballador. Algúns convenios colectivos, con ánimo clarificador, preferiron facerse eco desta realidade e se refiren de xeito expreso ó alumamento “de esposa ou compañeira” e fórmulas similares.

Precisamente unha interpretación dese tenor leva a afirmar que cando o traballador estea casado e nace un fillo non da súa esposa senón doutra muller tamén se orixina o permiso previsto na norma; o decisivo non é que se teña vido producindo unha convivencia *more uxorio* entre a nai e o traballador senón que a esixencia sitúase nun plano diverso, o da filiación paterna por natureza. En todo caso, cando se conviva cunha

muller (esposa ou non) e se alegue paternidade respecto do fillo habido por unha terceira, na práctica, podería presentarse un problema de proba, que poderá ser esixida polo empresario.

A rotundidade das diversas normas (antidiscriminatorias de todo tipo, constitucionais e civís sobre filiación, laborais sobre protección da paternidade biolóxica) e o tenor do Estatuto dos Traballadores neste punto conducen a soste desta clara conclusión. O permiso ha de concederse sempre ó pai biolóxico, sexa ou non matrimonial o fillo, e con independencia tamén de que se estea convivindo ou non coa nai; é previsión que ha de prevalecer sobre as máis restrictivas que conteñen algúns convenios colectivos, onde en ocasións segue abríndose a licencia só ós supostos de alumamento da esposa.

*** Parellas de homosexuais, nais “de aluguer” e pais non biolóxicos**

Á marxe de consideracións morais ou bioéticas, é lóxico pensar que quen non posúe a condición de pai biolóxico pero sinte ó recén nado coma se fora descendente propio desexaría disfrutar do permiso en cuestión; así, a parella homosexual ou a nai que coidará ó neno como se fora seu.

A letra do precepto legal (“nacemento de fillo”) conduce á examinada resposta biolóxica, máxime cando no noso Dereito só se recoñecen dous tipos de filiación (por natureza e por adopción) e ó momento de nacer só pode existir a consanguínea. Pero as cousas non son tan liñais e inxustas; ¿caso habería que denega-lo permiso ó varón cuia esposa da a luz un fillo enxendrado mediante inseminación artificial procedente dun terceiro?, ¿qué sentido tería conceder un permiso laboral a quen doou o seu esperma e carece de calquera outra relación coa nai ou o fillo, mentres se denega semellante beneficio ó varón que seguiu todo o proceso xestatorio con ansiedade e está presto para recibir coma fillo a que naza?

Son estas consideracións as que inclinan a pensar que a letra da Lei neste punto está destinada ó seu desbordamento, sexa por vía da negociación colectiva, sexa da interpretación teleolóxica, da concesión empresarial ou da propia reforma (la casuística é múltiple; incluso a nai estéril pode aspirar a disfrutar este permiso tipicamente *varonil* no momento en que a nai biolóxica (“de aluguer”) da a luz).

*** Fillos adoptivos**

Tales figuras, se ben algo imprecisas e reguladas nos arts. 172 ss. CC, non crean vínculos familiares entre as partes, senón que constitúen máis ben unha situación, en certa forma, de feito, aínda que necesitada do consentimento dos pais (sempre que sigan a ser titulares da patria potestade) ou titor do menor.

Pese a tales diferencias, o certo é que estes supostos levan coma notas delimitadoras a convivencia e o mantemento do profillado ou acollido por parte de que o acolle, conducen a que sexa razoable plantexarse se procede, por analogía, aplicar aquí o permiso que se analiza.

En ocasións subliñouse cómo a pesares de que nestas situacións non xorden vínculos familiares nin un verdadeiro “status familiae”, dados os valores que se pretende protexer, procede realizar unha aplicación extensiva do precepto e concede-lo permiso cando un menor se integra no núcleo familiar do traballador.

Aínda que unha interpretación humanitaria e flexible permite, en efecto, operar en tal dirección o certo é que: 1º) resultaría ilóxico estender o beneficio a este suposto e denegalo para o caso da adopción; 2º) dentro do acollemento caben diversas posibilida-

des (provisional, simple, permanente, preadoptivo) con réxime moi heteroxéneo polo que non semella acertado estender en todo caso o mesmo trato; 3º) en calquera caso, se tras un acollemento media adopción por parte do mesmo suxeito carecería de fundamento o conceder sendos permisos.

Por todo elo, de novo a mellor opción consiste en que o suposto reciba regulación expresa, sexa por vía legislativa ou a través da negociación colectiva.

F) DURACIÓN

Con carácter xeral, o art. 37.3.b ET dispón que a duración do permiso por nacemento de fillo sexa de dous días, plantexándose a dúbida sobre se se trata de datas laborais ou naturais ó estar tal norma a renglón seguido doutra (sobre matrimonio) na que se tiña especificado que falaba de naturais. Esta cuestión, sen embargo, xa está aclarada suficientemente na parte xeral e a ela procede remiti-la súa exposición.

Sabido que a Lei refire a días naturais, nada de estraño ten que algún convenio teña optado por melloral e fixar unha duración computada en función de días hábiles. Neste sentido ás veces se ten previsto o suposto en que os días de permiso coincidan con datas non laborais para o traballador, garantindo que ó menos un dos días de permiso se disfrutará en data laboral, ampliando ata catro os días de permiso pero con garantía dun mínimo de laborais, establecendo fórmulas alternativas de descanso segundo se opte por días naturais ou laborais, etc...

Noutras ocasións as consecuencias asignadas á coincidencia do permiso por nacemento e os días de descanso semanal ou similares son menos amplas, como cando se garante a disposición do tempo necesario a fin de cumprimenta-los trámites administrativos propios do nacemento.

Sen abandona-lo sistema de cómputo a través de días naturais, unha parte dos convenios examinados dedicouse a melloral polo clásico camiño de aumenta-lo número das datas retribuídas. Deste xeito, poden citarse diversos exemplos de convenios nos que o permiso de fillo se ampliou ós tres, catro, cinco e incluso máis días; por descontado, canto máis sensible resulta o aumento de xornadas retribuídas e de permiso menor é o número de supostos en que se leva a efecto.

A previsión específica dunha maior duración para o caso de que o parto se produza mediante cesárea a penas ten reflexo na negociación colectiva, pese a que tal decisión semella sumamente razoable.

Nalgunha ocasión o permiso pode desembocar nunha suspensión contractual, se é que o traballador ten interese nilo unha vez esgotada a duración da licenzia retribuída.

* Permiso extraordinario por desprazamento

En palabras da STCT 18 de outubro 1988 (Ar. 485), estase perante unha “especie de extensión/ampliación ou, incluso, excepción do permiso ordinario”.

Segundo o propio ET, a duración da licenzia aumenta a catro días cando o traballador, a causa do nacemento do seu fillo, “necese facer un desprazamento ó efecto”. A redacción, moi desafortunada, ten a clara finalidade de duplicar o número de datas de permiso a que presta os seus servizos e está residindo en lugar distinto a aquel en que teña nacido o seu fillo (fora da súa residencia, hai que entender).

É significativo que a norma non condiciona a ampliación do permiso á maior ou menor distancia senón ó feito de que o traballador necesite facer un *desprazamento ó efecto*, o que obriga a avalia-las circunstancias concorrentes en cada suposto e a descartar interpretacións automáticas como serían as baseadas no mero cambio de localidade. Neste sentido, sería desacertado argumentar que calquera desprazamento do traballador, con independencia de cal fose a distancia, debe de xerar o dereito ó aproveitamento ampliado do permiso en cuestión (“A esexese literal e sistemática do (...) art. 37.3.b do Estatuto dos Traballadores pon de relevo, de forma patente e inconcusa, que é a necesidade do desprazamento o que opera la ampliación a catro días da falla ó traballo con dereito a remuneración, *sen que a atribución deste último estea condicionada pola distancia nin polas dificultades do transporte; de sorte que basta con que concorra dita necesidade para que se xenere o dereito aludido, que non pode sufrir minoración algunha por consideracións extrínsecas á literalidade dos mencionados preceptos que deben de prevalecer coma primeira regra de hermenéutica, tal como prevén o art. 1281 do Código Civil*” (STSJ Aragón 2 febreiro 1994 (Ar. 608). En igual sentido, STSJ Aragón, 22 decembro 1997 (Ar. 4298)); a distancia, o tempo invertido no desprazamento, o tipo de medios de locomoción e a súa frecuencia, etc, son factores a ponderar á hora de apreciar se se cumpre a finalidade do precepto co permiso corto ou é necesario que opere o *longo*. Esta conclusión afiánzase a pouco que se repare na finalidade perseguida polo chamado permiso extraordinario (e a propia previsión que o concede): conseguir que quen inverte un tempo importante en reunirse coa xestante obteña dous días *limpos* para estar con ela e o fillo (ó respecto, véxase tamén STCT 18 outubro 1988 (Ar. 470): “precisamente, co designio de outorga-lo tempos suficiente para que o desprazamento non se sobrepoña ós días que corresponde ó permiso”).

En todo caso, é comprensible e digna de eloxio a actitude dalgúns convenios colectivos, que contemplan o caso e eliminan incertezas, moitas veces esixindo non só que haxa desprazamento senón que ademais concorran outros requisitos:

a) A maioría das veces, o parámetro elixido para determinar cando se accede ó permiso ampliado non é outro que o da distancia exacta entre a localidade de residencia por razóns laborais e o lugar en que se atope a nai. Así, ábrense as portas do permiso extraordinario en función de que a separación xeográfica entre as localidades de referencia supere un número determinado de quilómetros, coma os cen, cento cincuenta, douscentos ou douscentos cincuenta.

Tampouco faltan os convenios máis matizados, que gradúan en varios niveis a duración do permiso, correspondentes con outros tanto chanzos de intervalos quilométricos.

b) Pero non sempre o acceso a un maior permiso se delimita con tanta precisión, podendo apreciarse como se asignan diversas duracións en función do acodemento a marcos xeográficos máis heteroxéneos.

c) Enlazando con esta última posibilidade, ha de noticiarse tamén a práctica convencional de amplia-lo permiso atendendo a que o traballador teña que desprazarse ben a provincia distinta á do lugar de traballo, ben a distinta localidade da do domicilio do traballador.

Neste sentido, algúns negociadores preferiron esquece-la distancia quilométrica e atender a un estricto concepto de desprazamento a localidade diversa á do domicilio habitual ou “fora da residencia”, o que posúe un evidente carácter expansivo da regra;

exactamente o mesmo, en menor identidade, ha de expresarse respecto do suposto en que se fai gravita-la norma sobre o cambio de provincia, ou ben “a provincia non limítrofe ou illa ou “fora da Comunidade Autónoma”, ou, incluso, de que “lle obrigue a pernoctar fora da súa localidade”.

d) Aínda menor concreción se plantexa cando a distancia se invoca de maneira xenérica, pero sen precisión obxectiva (cuantitativa ou xeográfica), o que requirirá unha nova ponderación aínda que apoiada nese dato.

e) O propio xeito de medi-las distancias (dende o centro de traballo, dende a residencia habitual, ata a residencia familiar, ata o lugar de nacemento, etc.) pode suscitar algunhas dúbidas, polo que tampouco estraña que –aínda que de maneira esporádica– algún convenio pronunciara ó respecto, incorporando fórmulas ben concretas.

Respecto das dimensións da ampliación, dito queda que o Estatuto concede dous días adicionais, polo que tamén a negociación colectiva ten actuado mellorando ese mínimo. Así, hai supostos en que ós días xerais (dous ou máis) se engade unha cantidade de tres, catro ou cinco días con motivo do referido desprazamento.

G) MOMENTO DO APROVEITAMENTO E XUSTIFICACIÓN DA CAUSA

Atendida a finalidade do precepto, é claro que o permiso está deseñado para que se aproveitamento a partires do mesmo instante en que se manifesta o alumamento da nova criatura ou, no seu caso, se coñece o mesmo. Elo non obstante, a negociación colectiva pode actuar razoablemente sobre a intermediación que debe de existir entre o motivo do permiso e o seu aproveitamento.

Ademais das consideracións xerais acerca do preaviso que o traballador ha de cursar ó seu empresario, hai que apuntar que aínda que sexa previsible a data do parto, esta non é do todo exacta, polo que non sempre é posible avisar previamente e admítese como normal a comunicación *ex post* do acontecemento. O xeito de proceder lóxico é o de acceder de inmediato ó disfrute do permiso á vista do motivo alegado e requiri-la ulterior acreditación da súa certeza.

Respecto do xeito en que haxa de xustificarse o motivo do permiso, o silencio da lei ha de ser completado mediante a admisión de calesquera medios de proba admitidos polo empresario, sendo especialmente idónea a presentación dun certificado médico de nacemento, do Libro de Familia ou do certificado de inscrición no Rexistro Civil.

V. DEREITOS DERIVADOS DA HOSPITALIZACIÓN DO NEONATO

A) O PERMISO DIARIO

Nos casos de nacementos de fillos prematuros ou que, por calquera causa, deban de permanecer hospitalizados a continuación do parto, a nai ou o pai terán dereito a ausentarse do traballo durante unha hora (art. 37.4 bis ET). A locución legal (“a nai ou o pai”) mostra ás claras que calquera dos proxenitores deveña o beneficio de referencia; a disxuntiva é pura: non existe prioridade ou titularidade orixinaria a favor de ningún dos dous pais, do mesmo xeito que tampouco se indica cómo hai que resolve-la situación

derivada da concorrencia de ambos, pois non semella que se estea pensando en que os dous poidan simultanea-lo permiso.

Outra cousa é que, na práctica, esteamos perante un permiso destinado a ser disfrutado, na maioría dos casos, polo pai do recién nado. A maioría das veces, en efecto, a hospitalización do bebé non supera as seis semanas e ese é o tempo de descanso obrigatorio para a nai, sen que poida, por descontado, acumular días causas que eximen da prestación laboral (unha suspensiva e outra interruptiva); nos casos en que se prolongue a situación alén desas seis semanas xa aumentan as posibilidades de que sexa a nai a que (se está traballando) exerza o dereito de referencia.

Para evitar calquera dúbida, hai que insistir en que o dereito atribúese ó pai con independencia de se a nai é ou non traballadora, a diferenza do que sucede con outras institucións conectadas a este suposto; así o evidencia a incondicionada disxuntiva legal á que xa se aludiu.

O ramallete de figuras que se foi xerando ó redor da maternidade propicia múltiples combinacións entre as mesmas, sexa acumulativa ou sucesivamente, sexa a partires dun só dos proxenitores ou de ámbolos dous, sexa con causas suspensivas ou interruptivas do contrato de traballo. Por iso ten moito sentido preguntarse acerca da posibilidade de que o permiso en estudio concorra co de lactación.

Dende logo, non habería ningún inconveniente para que calquera dos pais se acollera á redución de xornada/permiso por lactación, mentres o outro disfrutase do permiso para a atención do seu fillo hospitalizado, xa que se trata de supostos distintos. Ese mesmo razoamento lévanos a afirmar que ámbolos permisos poderían ser disfrutados conxuntamente por un só dos proxenitores.

Respecto do momento do disfrute neste último caso, semella que sería posible atender á finalidade de ámbolos permisos tanto de forma continuada como alterna ou en momentos distintos; por exemplo, ausentándose do traballo pola mañá para atender ó seu fillo no hospital (art. 37.4 bis ET) e reducindo a súa xornada pola tarde (art. 37.4).

A norma utilizou unha fórmula emparentada coa clásica para o permiso por lactación e fala de “ausentarse do traballo durante unha hora”, pero sen indicar nin a periodicidade da ausencia, nin as formalidades a seguir previa ou posteriormente, así como tampouco aparece indicación acerca de canto pode prolongarse o exercicio do dereito.

Aínda que a norma é enigmática neste aspecto, todo semella indicar que xoga no ámbito diario: a ausencia do traballo pode exercerse todos e cada un dos días durante os cales se preste actividade laboral e mentres persista a hospitalización do fillo. Loxicamente, os días en que o traballador non deba de prestar actividade laboral resulta imposible disfrutar dun permiso; deste xeito, segundo o entendemos, mentres subsiste a hospitalización do menor persiste, tamén o dereito ó permiso.

Por outro lado, esta ausencia “*durante unha hora*”, por similitude con establecido respecto da lactación, semella denotar que o horario laboral do traballador non se altera: os momentos de finalización e de comezo da prestación laboral non se modifican, salvo que, loxicamente, haxa un pacto específico sobre o tema. Ningunha salvedade aparece respecto da entidade diaria da xornada (número de horas traballadas ó día), o que conduce a interpretar que (onde a norma non distingue) o dereito á ausencia dunha hora é independente da contía de actividade que houbera que prestar ese día; os supostos de pluriemprego tampouco están expresamente previstos e haberán de afrontarse con boa fe e sentido común.

Dito queda que a retribución segue devengándose durante o tempo de permiso, sen que se altere por esta ausencia, o que concorda coa natureza xurídica do verdadeiro permiso que se defendeu. O permiso para atender ós recém nados que deberan permanecer hospitalizados tralo parto vincula a súa duración a un dato obxectivo cal é a permanencia no centro hospitalario; en consecuencia, dito beneficio non está sometido a un lapso temporal predeterminado senón que ten que durar tanto como se prolongue a situación de internamento. Á súa vez, hai que ter en conta que o disfrute do chamado permiso por nacemento de fillo (dous ou catro días, segundo sexa ou non necesario o desprazamento) posterga o inicio do cómputo do permiso en estudio.

Unha vez que o fillo sae do hospital desaparece automaticamente o presuposto do permiso. Por descontado, o dereito extínguese se desaparecen os seus titulares (por exemplo, ó falecer os pais ou o menor) ou os presupostos aplicativos (así, caso de extinguirse o contrato de traballo; inicio do período vacacional do traballador, pase a excedencia, etc.).

Debe facerse notar que a norma en cuestión alude á “nai” e ó “pai”, sen efectuar mención algunha ó *marido*, á esposa ou ó cónxuxe; en consecuencia, o único relevante é a maternidade ou paternidade biolóxica, ó igual que sucede no caso de permiso por nacemento de fillo ou por lactación.

Tal e como esixe o art. 39.2 CE, os fillos (que tamén son beneficiarios do permiso en cuestión) son tratados por igual “con independencia da súa filiación”, convertendo así en irrelevante, como é lóxico, tanto o estado civil dos pais canto a existencia ou non de matrimonio entre si; a previsión concorda con Convenio 103 da OIT e o art. 108 do noso Código Civil.

Non precisa a Lei se o permiso é aplicable –por analogía cos arts. 46.3 e 48.4 ET- ós supostos de adopción e acollemento. Semella que si estamos perante un adoptado ou acollido, tanto preadoptivo como permanente, que dende o seu nacemento tivera que ser hospitalizado, calquera dos pais poderá exercer ese dereito; tal interpretación sistemática e analóxica resulta razoable, pero a verdade é que o lexislador non contemplou a referida hipótese. O innegable é que sería moi adecuado que o suposto da adopción se mencionara de xeito expreso; dados os fins que se perseguen, opinamos que ha de optarse, por entender comprendida tamén aquí a hipótese de adopción.

Pode plantexarse se o suposto de partos múltiples xera a multiplicación do dereito polo número de fillos habidos en cada ocasión; se se pensa na finalidade do permiso semella que a resposta habería de ser positiva, aínda que co inconveniente de que se grava máis ó correspondente empresario. A Lei silencia o suposto da pluralidade de fillos (que, para o varón, poden incluso proceder de distintos partos), pero o suposto pode darse e aquí optase por entender que xurde o dereito por cada un dos neonatos que permanezan hospitalizados.

Son varios os planos dende os que pode realizarse a aproximación á teleoloxía deste permiso. Dende un punto de vista obxectivo o que se persegue é dar unha solución ó problema de prestación das especiais atencións que requiren os neonatos prematuros durante o período de hospitalización, frecuentemente en incubadora. A experiencia médica pon de manifesto que estes nenos melloraran máis rapidamente, cando son sometidos a un maior contacto e estimulación por parte da nai ou o pai durante a súa permanencia no hospital.

Dende o punto de vista dos intereses subxectivos, soe polemizarse acerca de se o permiso en cuestión ampara ó menor ou ós seus proxenitores. Examinada a cuestión dende a perspectiva contractual, o titular do dereito é o pai ou a nai, pero, a semellanza do que ocorre co dereito a pausa por lactación, ás veces cámbiase de óptica e proclámase que o titular do dereito é o bebé. Máis ben semella que o que se fixo é ponderar conxuntamente tódolos intereses en presenza e tentar harmonizalos; atribuí-la titularidade ó fillo semella bastante reduccionista cando sen contrato de traballo do pai ou da nai o dereito non xorde, do mesmo xeito que a nai ou o pai non causan por se o dereito senón que han de acreditar que teñen un fillo recién nado e hospitalizado.

Han de considerarse trasladables aquí a maioría das apreciacións vertidas a propósito da lactación. A saber, dende a perspectiva familiar aparece clara a idea de propiciar o coidado do menor. O que si debe de existir é unha conexión entre o uso do permiso e das fins para os que se concede; o tempo que se resta á actividade laboral ha de dedicarse ó coidado e atención do menor, incumpríndose as obrigas laborais cando o traballador se limita a aumenta-lo seu tempo libre, a mellora-lo seu ocio, realizar tarefas productivas fora da empresa ou, en xeral, desentenderse do móbil que lexítima a súa menor actividade laboral.

A diferenza do que sucede en tódolos supostos contemplados polo número 3 do artigo 37 ET, pero igual que ocorre coa pausa por lactación do artigo 37.4 ET, no apartado 4 bis omítese calquera referencia sobre a retribución das ausencias por neonatos hospitalizados, o que –de entrada– podería suscita-la dúbida acerca de se realmente estase perante tempo que deba de considerarse como traballado ou, simplemente, perante suposto en que non se desenvolve actividade productiva e tampouco xorde o correlativo dereito a percibir salarios.

Sen embargo, o carácter retribuído da licencia non ofrece dúbida algunha. Á vista das previsións contidas nos instrumentos internacionais e da ubicación sistemática do precepto (nun artigo rubricado como “permisos”; en sección rubricado como “Tempo de Traballo” e antes de comezar o Cap. III do Título I, dirixido a regula-la “suspensión do contrato de traballo”) nada hai que dubidar.

Non obstante esa conclusión, posto que a Lei pode inducir a erro tanto polo seu silencio canto por contrañoñer redución de xornada e ausencia, tampouco semella censurable a expresa clarificación do asunto por vía de convenio colectivo.

Á marxe da índole remunerada dese tempo, ou mellor, en concordancia con ela, é lexítimo que se debata sobre se o empregador é quen deba carrexar ou non con esta carga, ou se, polo contrario, cabería trasladala á Seguridade Social como unha parcela máis das chamadas cargas familiares, xa que, pese ós preceptos constitucionais e legais tendentes a persegui-las discriminacións contra a muller, a sobrecarga ou o sobrecoeste da man de obra feminina (devida basicamente á súa función maternal), ou os maiores problemas dos traballadores con responsabilidades familiares, na realidade segue existindo reticencia empresarial á hora de ofertar un emprego a estes colectivos. En calquera caso, a nosa Lei conduce a imputar ó empregador o abono da retribución, do mesmo xeito que sucede cons descansos periódicos ou co resto de licencias ou permisos; *de lege ferenda*, sen embargo, semella máis perfecto (ou razoable) que o gravame (por canto supón debilitamento do sinalagma inherente ó intercambio de prestacións) sexa asumido pola Seguridade Social (como sucede no subsidio por maternidade) ou polo propio Estado (ó igual que outras axudas ás familias).

B) REDUCCIÓN DE XORNADA

Con independencia da reseñada hora diaria de permiso, o traballador pode “*reducir-la súa xornada de traballo ata un máximo do dúas horas, coa diminución proporcional do salario*”. Elo quere dicir que aquí non se está xa fronte a un permiso, senón perante unha menor xornada: a menor actividade vai acompañada da “diminución proporcional do salario”, co que non hai alteración algunha do sinalagma contractual e o gravame imposto á empresa (soporta-la menor actividade do seu empregado) é notoriamente máis livián que no caso anterior.

Por descontado, a redución da xornada non é obrigatoria para o traballador, que pode conformarse coa hora diaria de ausencia; a perentoriedade da necesidade a atender aconsella, da man da boa fe contractual, que a comunicación entre traballador (cando decida acollerse a estes beneficios) e empresa sexa sumamente rápida.

Nada impide que, pese á fórmula legal, o traballador inste a redución horaria pero desiste dela antes de que o menor reciba a alta hospitalaria.

A concreción horaria e a determinación do período de disfrute corresponderá ó traballador, dentro da súa xornada ordinaria. O traballador deberá de preavisar ó empresario con quince días de antelación a data en que se reincorporará á súa xornada ordinaria, reza o artigo 37.6 ET, pero sen que a última previsión sexa razoablemente aplicable na maioría de casos (¿cómo esixir ó traballador que preavise quince días antes de que finalice a hospitalización, se el coñéceo con bastante menos?).

“As discrepancias xurdidas entre empresario e traballador sobre a concreción do horario e a determinación dos períodos de disfrute previstos nos apartados 4 e 5 deste artigo serán resoltas pola xurisdicción competente ó través do procedemento establecido no artigo 138 bis da Lei de Procedemento Laboral”. Pese a conferir ó traballador a facultade de sinala-la concreción horaria da súa redución de xornada, a Lei admite que poden existir “discrepancias entre empresario e traballador”, o que indica que a aquel cábelles a posibilidade de rexeita-los termos en que o seu traballador pretende poñela en práctica.

A realidade pode presentar hipóteses moi heteroxéneas, que seguramente resisten mal o outorgamento dunha resposta única ou liñal; o ideal e que empregador e traballador sexan capaces de chegar a unha aplicación razoable da norma perante as circunstancias que se lles plantexan. Por si elo non fora así no art. 138.bis LPL estableceuse a “modalidade procesual” que debe de poñerse en xogo para a concreción horaria e determinación do período de disfrute en lactación e redución de xornada por razóns familiares; hai vinte días de prazo para que o traballador poida reclamar fronte á desconformidade patronal, o procedemento posúe carácter preferente e urxente, os prazos para sinala-la vista e dictar sentenza son moi breves; así mesmo, a sentenza recaída será irrecurrible en aplicación (art. 189.1 LPL).

C) PARALIZACIÓN DO PERMISO POR MATERNIDADE

1. CARACTERIZACIÓN XERAL

A modificación operada pola Lei 12/2001 respecto do artigo 48.4 do Estatuto dos Traballadores e o parágrafo correspondente do artigo 30 da Lei de Medidas para a Reforma da Función Pública, pretende que no suposto de partos prematuros ou de neno nece-

sitados de inmediata hospitalización, poida interromperse o período de suspensión do contrato de traballo, podendo o pai ou a nai incorporarse ó traballo e reinicia-la suspensión a partires do momento en que o neonato recibe a alta hospitalaria e é incorporado ó fogar familiar. Posteriormente, o RD 1251/2001, de 16 de novembro, polo que se regulan as prestacións económicas no sistema da Seguridade Social por maternidade e risco durante o embarazo, completou o réxime xurídico aplicable a este suposto no sentido que logo se verá.

Punto de partida sociolóxico para estes cambios constituíuno a constatación de que moitas nais consumen o seu permiso por maternidade (en puridade, suspensión contractual con dereito a prestación de Seguridade Social) mentres o recém nado permanece ingresado no hospital; deste xeito cando a nai non traballa o menor é atendido, basicamente, por profesionais da sanidade, mentres que tras recibila alta, cando precisa de atención familiar, o nai xa ten que incorporarse ó traballo por ter transcorrido o período de suspensión por maternidade.

O que a nova regulación quere é que os pais posúan unha alternativa que permita conciliar vida profesional e atención ó menor: a posibilidade de dete-lo transcurso do período de suspensión contractual por maternidade a fin de reanuda-lo cómputo cando o menor regresa ó fogar familiar; en todo caso, elo ha de compatibilizarse coa observancia do período de seis semanas posteriores ó parto, dado o seu carácter de orde pública.

2. CARÁCTER ININTERROMPIDO DO DESCANSO POR MATERNIDADE

As normas tanto comunitarias coma internas sobre a materia veñen establecendo que o período de suspensión do contrato de traballo por razón de parto ha de disfrutarse de forma ininterrompida. Así o dispón o artigo 48 do Estatuto dos Traballadores na súa redacción actual e, igualmente, consta na Directiva 92/85/CEE e así, consecuentemente, veno entendendo a xurisprudencia.

É lóxico que se dubide se esas prescricións impiden admiti-la validez da figura introducida pola Lei 12/2001, na que si se admite que a suspensión do contrato de traballo por maternidade poida ser ininterrompida. Se ben se pensa, o que sucede é que son varios os argumentos que concorren para abri-las portas á posibilidade acollida polo lexislador español:

a) É moi posible que, tanto no artigo 48 do Estatuto coma na Directiva 92/85/CEE, teñan esixido o tracto continuado da suspensión porque se ativeron unicamente ó suposto máis xeral do neno que nace tras dun embarazo normal ou a termo e non recolleron este outro, de excepción. Por elo, o caso dos nenos (prematuros ou non) hospitalizados tralo parto podería contemplarse coma un suposto distinto do previsto en ditas normas; ó ser un suposto diverso, en consecuencia, tampouco ten por que segui-las regras nelas establecidas en canto á forma ininterrompida da suspensión contractual.

b) En apoio deste criterio ha de acudirse á finalidade última que semellan perseguir ditas normas cando establecen o dereito á suspensión do contrato laboral tras un parto: o que se pretende é asegura-la atención e coidado do neno. Suspéndese o contrato de traballo para que poidan o pai ou a nai atender ó seu coidado. Se isto é así, en tanto o neno se atopa baixo control médico é innecesaria a suspensión do contrato, porque o recém nado é atendido hospitalariamente. É, precisamente, ó producirse a alta médica cando o neno prematuro ou hospitalizado tralo parto, se incorpora a casa e pre-

cisa que sexa atendido polos pais e por esa razón, é entón cando, conforme ó espírito das normas citadas, procede, máis que nunca, que o contrato sexa suspendido.

c) En suma, o período de suspensión debe de comezar a computarse no momento en que os pais poden facerse cargo dos cuidados dos recém nados. Mentres estes permanecen ó cuidado dunha institución sanitaria as necesidades a satisfacer polos pais requiren outros tipo de medidas. Tal excepción ó disfrute ininterrompido do permiso ou a suspensión non creba o principio xeral de tracto continuado da Directiva 92/85, senón que supón unha garantía de apoio á atención e cuidado do neno non contemplada expresamente na mesma pero si concorde co seu espírito do mellor benestar do mesmo.

3. OUTRAS CUESTIÓNS

Posto que, en todo caso, hai que respecta-la suspensión contractual durante as “primeiras seis semanas posteriores ó parto”, é claro que a nova previsión só serve para os seguintes casos: 1º que a nai traballadora teña falecido e o pai pase a ser titular do dereito; 2º) que a hospitalización do menor se prolongue alén de seis semanas; 3º) que o pai tivera recibido, por transferencia da nai, unha parte do período de descanso.

A norma presupon que mentres as primeiras seis semanas puerperais se dirixen a garanti-la atención ó menor e a recuperación materna, o resto do período de descanso posúe unha natureza e finalidade diversas: asegura-la atención e cuidado ó neno, o que explica a súa posible transmisión ó pai. En consecuencia, se o recém nado se atopa atendido hospitalariamente, non semella necesario que o pai/nai teña o contrato suspendido a tal fin, mentres que a necesidade de cuidado xorde tras cesar esta situación. É imprescindible subliñar que estamos perante unha posibilidade, non fronte a unha obriga: entra en xogo “a instancia” do pai ou nai.

4. CONCORDANCIA DO SUPOSTO CON SUBSIDIO POR MATERNIDADE

Aínda que o obxectivo central desta exposición era o réxime laboral, semella conveniente pechala traendo a colación algunhas previsións do citado RD 1251/2001 respecto do xeito en que interacciona a institución laboral co subsidio por maternidade:

1º) Nos casos de parto prematuro e naqueles en que, por calquera outra causa, o neonato deba de permanecer hospitalizado a continuación do parto, se a percepción do subsidio por maternidade fora interrompida, cando este se reanude, unha vez que o menor fora dado de alta hospitalaria, dito subsidio percibirase na mesma contía en que se viñera aboando antes da interrupción (art. 6.4 RD 1251/2001).

2º) Nestes casos a percepción do subsidio por maternidade poderá interromperse, a petición do pai ou da nai, segundo cal sexa o beneficiario, unha vez completado o período de descanso obrigatorio para a nai de seis semanas posteriores ó parto e se reanudará a partires da data da alta hospitalaria do menor, polo período que reste por disfrutar. A tal efecto terase en conta o seguinte:

- Se o descanso se iniciou a partires da data do parto, a interrupción no percibo do subsidio por maternidade poderá comprende-lo período das dez semanas posteriores ó descanso obrigatorio ou das que correspondan por parto múltiple.
- Se o descanso por maternidade se iniciou antes do parto, a interrupción afectará unicamente ó período que, no seu caso, reste por disfrutar tralo período de seis semanas de descanso obrigatorio.

3º) Se durante a percepción do subsidio por maternidade, se extingue o contrato de traballo do beneficiario ou se produce o cese da actividade, non poderá interromperse dito subsidio (art. 7.4 RD 1251/2001).

4º) A solicitude de interrupción da percepción do subsidio por maternidade, corresponderá efectualá á nai ou ó pai do recém nado, segundo que sexa ou vaia se-lo beneficiario da prestación, debendo de acreditarla interrupción da suspensión do contrato de traballo ou o cese da actividade, así como a existencia de hospitalización do menor (art. 13.4 RD 1251/2001).

VI. PERMISO OU REDUCCIÓN DA XORNADA DE TRABALLO POR LACTACIÓN DO FILLO MENOR DE NOVE MESES

A) INTRODUCCIÓN

Seguramente son razóns históricas as que avalan a regulación autónoma do permiso por lactación; o artigo 37.3 ET esgota o seu contido sen que se incluíra a referencia, que aparece no número 4, sen a entradilla común de “previo aviso e xustificación” nin a especificación de “dereito a remuneración”; sen embargo, en contraposición, é aquí xustamente onde aparece utilizado o termo de “permiso”, ata o de agora ausente da regulación legal estudiaada.

Non é agora o momento de inventariar con detalle a evolución histórica desta figura, polo demais moi interesante, senón que bastará con dar unha mera pincelada. Con apoio nos primeiros Convenios Internacionais en materia laboral, as normas laborais contemplaron un permiso da nai traballadora que aleitase persoalmente ó seu fillo a fin de facilitar esa peculiar e inmemorable alimentación natural; esa indisoluble unión explicaba que non se fixase termo final ó uso do permiso (remitindo á fin do proceso biolóxico) e que como titular do dereito unicamente aparecera a nai traballadora lactante. Os sucesivos preceptos que se ocupan do tema (art. 168 LCT, art. 25.2 LRL, art. 37.4 ET 1980, Lei 3/1989, art. 37.5 de 1995) van abrindo progresivamente o espectro respecto do xeito de alimentación e, derivadamente, do suxeitos que poidan invoca-lo permiso; ó non existir unha equivalencia co proceso de lactación materna ou natural a norma ten que ocuparse de fixar un termo concreto para o disfrute do permiso.

B) TITULARIDADE DO DEREITO

* O orixinario art. 37.4 ET aínda respostaba, en último termo, á concepción fisiolóxica antes expresada polo que circunscribía a titularidade do dereito á nai que aleitara ó seu propio fillo.

O precepto era unha das moi poucas normas especiais de protección do traballo feminino que subsistían, trala súa derogación xeral polos arts. 15 CE e 17.1 ET, quizais porque tende a protexer non por razón de sexo senón por razón de maternidade, pensando tanto no fillo coma na nai e en liña coa protección constitucional (art. 39.3 CE) das nais, calquera que sexa o seu estado civil.

Os Tribunais independizaron o dereito ó permiso da circunstancia biolóxica de da-lo peito ó menor, pero mantiveron a exclusiva titularidade feminina do dereito por

entender que o mesmo viña vinculado á maternidade e descartaron que o varón puidera invoca-lo permiso en cuestión, incluso nos supostos de lactación artificial, sen aplicar aquí o sistema de titularidade indistinta que xa aparecía recollido respecto de figuras como a excedencia por coidado dos fillos (art. 46.3 ET) e a garda legal (art. 37.5 ET).

Paradoxalmente, esa ampla admisión do que houbera de entenderse coma lactación, cementou as posicións para as cales entrábase no terreo da discriminación ó reservarse o permiso en cuestión ás mulleres traballadoras.

A STC 109/1993, aínda que con votos particulares, veu a resolver –cando xa a norma fora modificada– as discusións sobre o tema, descartando a tese dunha acción positiva en favor da muller, lexítima en canto que tende a compensar a tradicional situación de inferioridade social que o grupo feminino ten padecido.

* Dito queda que a Lei 3/1989, de 3 de marzo, dispuxo que o permiso “poderá ser disfrutado indistintamente polo pai ou pola nai no caso de que ámbolos dous traballen”, aproximando así o réxime xurídico a canto xa dispoñía no ámbito funcional a Lei 30/1984.

* O vixente art 37.4 ET establece unha regulación máis complexa de canto semella a primeira vista, e que pode sintetizarse do seguinte xeito:

1º) Titular orixinaria do dereito é a traballadora que sexa nai dun menor de nove meses.

A diferenza de canto dispón a Lei 30/84, que concede a titularidade orixinaria do dereito ó “funcionario”, a norma laboral seguiu un camiño diverso: se a nai non traballa o pai tampouco pode beneficiarse do permiso. Tal e como esixe o texto constitucional (arts. 14 e 39.2) esta vantaxe concédese abstracción feita de cal sexa o estado civil da nai.

2º) A traballadora pode transmitir ese dereito ó pai do menor, se é que tamén é traballador.

A fórmula legal indica que “este permiso poderá ser disfrutado indistintamente pola nai ou polo pai”, pero trátase dunha formulación algo hipócrita porque omite un dato fundamental: sendo a muller titular orixinaria, o pai do menor só accederá ó disfrute caso de que a mesma decida facer deixación da súa prioridade. Se só o pai é quen traballa carecerá de calquera dereito a permiso, o que semella, non xa inconstitucional, senón desacertado en casos coma os de falecemento da nai ou enfermidade grave da mesma.

O fantasma da discriminación reapareceu ó fío desta nova construción, de maneira que non fallan as opinións favorables a unha opinión correctora da Lei; sen embargo, atendida a súa literalidade non semella que a mesma sexa factible e, coñecido o criterio da STC 109/1993, as posibilidades de obter unha declaración de inconstitucionalidade ó respecto antóllanse escasas.

Tema polémico é o de se a nai funcionaria pode transmitir este dereito ó pai traballador ou viceversa; a polémica reproducése respecto da incompatibilidade de simultáneo disfrute.

3º) Pero aínda que ámbolos dous traballen só un deles pode invoca-lo permiso.

A este respecto plantéxase a dúbida de se cando un dos pais traballa en réxime laboral e o outro ó amparo de normas administrativas ou funcionariais ten que xogar tamén a restricción. Algún convenio colectivo terciou na polémico reconducindo a norma ó suposto en que pai e nai sexan traballadores. As complicacións medran cando se

observa que mesmo en ocasións enténdese que a norma só é aplicable ó caso de que pai e nai traballen para a mesma empresa.

Dada a finalidade deste instituto xurídico, a referencia a que “ámbolos dous traballen” ha de entenderse en sentido material, é dicir, de atoparse desenvolvendo efectivamente a actividade, non de ser titulares dunha relación de emprego que, por exemplo, estea suspendida e non despregue os seus efectos.

Respecto da instrumentación práctica do permiso por parte do pai, o lóxico é que demostre non só a data de nacemento do seu fillo (cousa que probablemente xa fixo para disfrutar do correspondente permiso) senón tamén que a nai non está disfrutando do permiso, para o que a norma non contempla método particular algún, sendo quizais válida ou a declaración formal ó respecto ou un certificado da empresa en que traballe a nai.

Outra cuestión, relacionada con todos estes aspectos, refírese á posibilidade de que, durante o período de exercicio do dereito, se cambie o titular do seu disfrute, pasando da nai ó pai ou viceversa. Recoñecendo a existencia de argumentos favorables tanto para a contestación negativa canto para a positiva, o máis axeitado semella posibilitar o cambio sempre que sexa favorable e non se cometan abusos de dereito ou se actúe de mala fe, ademais de preavisando ó empresario ou empresarios afectados.

Á postre, con maior ou menor acerto, o que se persegue é posibilitar o reparto entre pai e nai das cargas derivadas do nacemento ou da adopción dun fillo, tentando evitar que, como é usual, recaia de xeito preferente, cando non exclusivo, na muller traballadora cos conseguintes custes persoais e prexuízos profesionais que elo implica sobre a mesma, como, entre outros, o dobre traballo, o demérito da súa carreira profesional, a subvaloración da súa actividade profesional respecto da do pai; o que sucede é que se quixo manter a prioridade da nai e que as fins de semana da norma son plurais, porque atenden tanto ó interese da nai canto do menor e do pai. Tamén é certo que nos casos de lactación artificial é cando poden plantexarse estes supostos, pois sendo posible a alimentación natural ninguén pensará en discriminación ó crebar a identidade de supostos fácticos.

C) PROBLEMAS APLICATIVOS NOS CONTRATOS A TEMPO PARCIAL

Ó igual que cantos permisos se estudiaeron ata o de agora, como titulares potenciais deste aparece o conxunto de que traballan en réxime laboral, sen distinción por razón de duración do contrato, categoría profesional, antigüidade ou calquera outro dato profesional. Sen embargo, ó analizar con carácter xeral o disfrute dos permisos polos traballadores a tempo parcial xa advertiamos que a solución postulada (concesión de permiso con igual extensión que ós traballadores a tempo completo, pero retribucións con arreglo ó que viñera percibíndose) estaba pensada para os permisos consistentes en determinado número de días ou o tempo indispensable para realizar determinada tarefa, debendo de contemplarse de maneira individualizada o caso da lactación.

¿Cal é a duración da ausencia en caso de que a traballadora (ou traballador) teña un contrato a tempo parcial? A cuestión é vidrosa e conta con argumentos que pugnan en sentido contrario:

a) Como a Lei fala de reduci-la xornada “normal” pode entenderse que esta é a que viñera observando o traballador, con independencia da súa maior ou menor exten-

sión. Lémbrese que a Xurisprudencia reconece a compatibilidade da pausa por lactación e a redución da xornada laboral para o coidado dun menor de seis anos.

Neste sentido, ás veces subliñase que a forma axeitada de cumprir-las fins da norma só pode ser a de preserva-lo tempo que se estea atendendo ó fillo, con independencia de cal sexa a modalidade contractual ou a xornada.

b) En contra de tal interpretación adúcese que a concesión dunha idéntica redución de xornada, con independencia de canto se veña traballando anteriormente, ven a creba-lo principio de proporcionalidade e pode conducir, en supostos límite, a que todo o tempo de traballo correspondente a un día (se so é unha hora) se superpoña ó de disfrute do permiso.

De xeito esporádico, os convenios colectivos afrontan o tema e acollen o criterio de proporcionalidade respecto da duración destas pausas diarias.

Adicionalmente, en favor desa posición que admite a compatibilidade de figuras, pode traerse a colación tanto algún vello pronunciamento xudicial recaído ó fío da lexislación anterior, canto o tenor de certos convenios colectivos, aínda que a verdade é que estes últimos tamén poderían argüírse en sentido contrario (se se reconece o dereito, é porque non existía).

Se comprenden ben estas vacilacións, porque o problema non é o da duración do permiso senón o do seu custe para a empresa, de maneira que quizais a solución definitiva podería vir polo devengo de prestacións financiadas por fondos públicos, quizais incorporadas ó ámbito da protección por maternidade ou paternidade.

D) CONDICIÓNS DE EXERCICIO DO DEREITO

1) PROLONGACIÓN TEMPORAL

Dito queda que o actual permiso por lactación en ningún caso vincula a súa duración á da lactación biolóxica senón a un dato obxectivo: que o fillo sexa menor de nove meses; en consecuencia, dito beneficio ha durar en tanto o fillo menor teña menos de nove meses, contados obviamente dende o nacemento. Á súa vez hai que ter en conta que o disfrute do chamado permiso por maternidade ou, máis tecnicamente, la suspensión por maternidade (ou “parto”, como di o art. 48.4 ET), non atrasa o inicio do cómputo dos nove meses, pois o día a quo constitúeo o día de nacemento do fillo e o *dies ad quem* o do cumprimento dos nove meses.

Unha vez que o fillo supera esa idade desaparece automaticamente o permiso, pero como se está perante un dereito mellorable é claro que o tope de idade pode ser ampliado pola negociación colectiva, pactos individuais ou concesións empresariais, etc. Por descontado, o dereito extínguese se desaparecen os seus titulares (por exemplo, ó falece-la nai ou o menor) ou os presupostos aplicativos (así, caso de extinguirse o contrato de traballo).

2) NATUREZA DA FILIACIÓN

* Debe facerse notar que a norma en cuestión alude ó “pai” ou á “nai”, ás “traballadoras” e á “muller”, sen efectuar mención algunha ó marido, á esposa ou ó cónxuxe; en consecuencia, o único relevante é a maternidade ou paternidade biolóxica, ó igual que sucedía no caso do permiso por nacemento de fillo.

Tal e como esixe o art. 39.2 CE, os fillos (que tamén son beneficiarios do permiso en cuestión) son tratados por igual “con independencia da súa filiación”, convertendo así en irrelevante como é lóxico, tanto o estado civil dos pais canto a existencia ou non de matrimonio entre si; a previsión concorda co Convenio 103 da OIT e o art. 108 do noso Código Civil.

* Non precisa a Lei se o permiso é aplicable –por analoxía cos arts. 46.3 e 48.4 ET- ós supostos de adopción e ós de garda legal de feito. Semella que “se estamos perante un adoptado menor de nove meses, calquera dos pais poderá exercer ese dereito”; “tal interpretación sistemática e analóxica semella razoable, pero a verdade é que o lexislador tivo nas súas mans a contemplación da referida hipótese e non rematou por asumila”.

O innegable é que tería sido moi conveniente que o suposto da adopción se mencionara de forma expresa; dada-las fins que se perseguen, entendemos que ha de optarse, non obstante, por entender comprendida tamén aquí a hipótese de adopción do menor de nove meses. Iso permitiría descartar abertamente a virtualidade dalgún pronunciamento xudicial adverso a esta tese, tal e como fixeron algúns convenios colectivos.

*Pode plantexarse se o suposto de partos múltiples xera a multiplicación do dereito á hora de lactación polo número de fillos habidos en cada ocasión, aínda que se se pensa na finalidade do permiso é evidente que a resposta habería de ser positiva, aínda co inconveniente de que se grava máis ó correspondente empresario. A Lei silencia o suposto da pluralidade de fillos menores de nove meses (que, para o varón, poden incluso proceder de distintos partos) para acoller ou rexeita-la opción xurisprudencial e con anterioridade asumida polo lexislador, aínda que quizais non do todo consolidada, favorable á existencia dun permiso por lactación de cada fillo.

E) CONTIDO DO DEREITO

O tenor do art. 37.4 ET, con independencia de que a nai exerza o seu dereito ou o transfira ó pai, proporciona ata tres posibilidades ou modalidades de disfrute: 1º) Unha hora de ausencia do traballo; 2º) Dúas ausencias do traballo cuxa duración total equivala a unha hora; 3º) Unha redución da xornada de media hora. Tanto os termos da norma canto a construción que alberga xeran diversas dúbidas e propician encontradas opinións acerca do seu significado.

Característica común ás diversas modalidades é que corresponde á traballadora (non ó empresario) a determinación de cando se disfrutará do permiso, cos naturais límites que o exercicio de todo dereito posúe. Á marxe quedan outras posibilidades introducidas polas canles habituais (convenio, acordo, etc.) e que poidan mellora-lo tenor da norma.

3) AUSENCIA DUNHA HORA

A “ausencia do traballo” a que alude o art. 37.4 como contido principal do permiso é expresión que acaba tendo un significado plural:

-Por un lado, denota que xa se está prestando a actividade laboral e que se reempréndese a continuación, constituíndo un paréntese; sen previa presenza non pode haber ausencia, e sen posterior retorno habería acurtamento da xornada ou adiantamento da hora de saída. Esta pausa (termo utilizado pola LRL) ou intervalo no traballo enlaza

coa posibilidade de que a nai acuda xunta o fillo para aleitalo e, unha vez cumprido tal cometido, se reincorpore á súa actividade, intercalando así roles laborais e familiares.

Con criterios flexibles e atentos á fin do permiso, enténdese que é o titular do permiso que debe de determinar cando cadra mellor ás súas necesidades, sen que nada impida que se sitúa ó final da xornada de mañá ou ó principio da xornada de tarde cando o horario é partido.

-Por outra parte, dese xeito indícase que durante o tempo de referencia a nai (ou o pai) non queda suxeita ó poder directivo do empregador, podendo acudir onde desexe a fin de estar co seu fillo: ou ben outra persoa llo trae e permanece no lugar de traballo ou nos seus arredores, ou ben se despraza onde desexe. Neste terreo quen invoca o seu permiso haberá de ponderar tódalas circunstancias (tempo de desprazamento, condicións do centro de traballo, tipo de alimentación e/ou atención subministrada ó menor, etc.) porque a norma límitase a regula-la esfera laboral.

2) DÚAS AUSENCIAS DUNHA HORA TOTAL

* A ausencia dunha hora pode dividirse “en dúas fraccións”; a norma non esixe que sexan dúas metades, admitindo implicitamente a súa desigual duración temporal, pero o que si precisa é que ámbalas dúas ausencias equivalerán en cómputo conxunto á hora. Hai que lembrar aquí o concepto da “ausencia” antes referido, de maneira que se os inconvenientes do transporte existen a nai non elixirá esta vía, pero se se trata de aspectos nos que a Lei non entra, quedando á discreción do traballador.

Realmente, o que quizais tería interesado en moitas ocasións é atrasar en media hora a entrada ó traballo e adianta-la saída noutro tanto, pero esas hipóteses non accederon ó texto legal. O que si se entende factible é asignar media hora ó final da xornada matutina e outro tanto ó inicio da vespertina pois así tamén se produce a ausencia cando se está prestando actividade laboral e se produce o retorno á mesma.

* Esta posibilidade que ten a traballadora plantexa a dúbida de se pode exercerse só por unha vez ou ben variarse, día a día ou de tanto en tanto. O silencio legislativo sobre este particular deu pe a interpretacións contrapostas:

-Deste xeito, postúlase que ó non restrinxirse o exercicio do dereito corresponde á muller traballadora elixir cada día entre as distintas posibilidades previstas na Lei, pois esta concédello “con total e absoluta discrecionalidade para a nai”.

-Sen embargo, *tanto por un elemental deber de boa fe*, -que impide que os dereitos poidan ser exercidos abusivamente- *coma pola forza da realidade*, a interpretación máis conveniente sería aquela que sostén a necesidade de dar a coñecer ó empregador o sistema elixido e o concreto momento do seu disfrute, “o cal non está rifado coas posibles excepcións de tipo temporal, ou o cambio substancial se se dera un cambio importante tamén nas circunstancias concorrentes no neno”.

En consecuencia, semella lóxico que se tente de harmoniza-la facultade organizativa do empregador cos lexítimos dereitos da traballadora e as fins do permiso. Pedir unha opción xeral e iniciar, para organizar adecuadamente a actividade productiva, pero posibilitar variacións –transitorias ou permanentes cando existan razóns que o xustifiquen semella o máis recomendable.

* Unha segunda dúbida refírese a se cabe o disfrute dunha parte de dito dereito pola nai e doutra polo pai ou viceversa, de xeito que a hora de permiso se distribúa entre ámbolos dous.

A resposta, en principio, é negativa pois o art. 37.4 está conferindo a facultade de optar por unha ou outra modalidade de permiso ó titular e este sempre é unha persoa. Sen embargo, a verdade é que non semella que existan obstáculos insalvables para que esta distribución, en liña coa idea de compartir as funcións familiares, prospere.

3) REDUCCIÓN DE MEDIA HORA DE XORNADA

Esta terceira opción equivale a entrar a traballar máis tarde ou a cesar antes; o inicio ou o termo redúcense en media hora; suponse que elo ten vantaxes equiparables ó deixar de traballar durante o dobre de tempo pero coas obrigas xa descritas de incorporación anterior e posterior á(s) pausa(s).

Algunhas veces a negociación colectiva eleva esa redución de xornada ata a hora que dura a ausencia, prevendo tamén o momento a que ha de aplicarse, adoptan previsións dirixidas a flexibiliza-la duración do permiso, ou especifican como ha de xogar en supostos de horario flexible.

A redución de xornada en media hora, igual que as pausas de dobre duración, están pensadas para a xornada “normal”, debendo de entenderse por tal aquela que é a tempo completo (máxima legal); nos casos de traballo a tempo parcial haberá de realizarse a pertinente ponderación.

4) SUPOSTOS ESPECIAIS

* O art. 37.5 ET regula a redución de xornada como consecuencia de ter ó coidado directo un menor de seis anos, con proporcional diminución das retribucións, polo que xa non se está perante permiso algún senón perante suspensión parcial do contrato de traballo. O que se plantexou é a compatibilidade entre esta xornada reducida e o disfrute do permiso por lactación.

A solución debера de vir pola translación ó caso dos criterios xerais expostos a propósito do traballo a tempo parcial. Sen embargo, algún cuestionable pronunciamento xudicial optou por negar en absoluto a compatibilidade de ámbalas dúas figuras, afirmando que se exclúen mutuamente por entender que só cabe redución de xornada cando esta se atopa no nivel máximo.

Máis razoable semella permitir que xoguen simultaneamente ámbalas dúas figuras, que posúen consecuencias, funcións e presupostos diversos, aínda que poidan sobrepoñerse parcialmente durante uns meses. Os argumentos en favor desta tese son: 1º) A norma non diferencia nin restrinxe o beneficio en cuestión (*ubi lex non distinguet...*); 2º) En todo caso, pode ser dubidoso que o sentido dos preceptos debера de resolverse en sentido reequilibrador (*in dubio pro operario*); 3º) A heteroxeneidade das dúas institucións impide que a específica finalidade da lactación se subsuma entre as diversas atencións que a redución da xornada posibilita afrontar; 4º) Así o entendeu algún vello pronunciamento xudicial recaído ó fío da lexislación anterior.

En calquera caso, algúns convenios colectivos optaron por clarificar este asunto, pero mentres que nuns casos se inclinan pola compatibilidade, noutros introducen caute-la contrario para evita-lo disfrute acumulativo, sen que falten aqueles en que se contempla o disfrute proporcional á xornada reducida.

* Estreitamente conectada coa anterior hai que plantexar outra posibilidade: que un dos pais disfrute do permiso por lactación e o outro da redución da xornada. Dende o noso punto de vista no caso exposto non nos atoparíamos perante unha superposición ou solapamento de dereitos posto que baixo unha perspectiva legal trátase de dereitos

distintos regulados en diferentes apartados do art.37 ET e cun réxime tamén diferente pois mentres a pausa por lactación é retribuída, a redución de xornada contemplada no art. 5 do art. 37 non xera dereito retributivo algún.

Razóns similares ás esgrimidas no apartado anterior inclinan a brindar unha resposta afirmativa, por máis que o tema estea orfo, ata a data, de resposta xurisprudencial. En todo caso, se cabe, semella que aquí aínda son máis os motivos que conducen a permitir esa dualidade de situacións, toda vez que quen as disfruta son persoas distintas e ningunha delas chega a acumular ámbolos dous dereitos.

* Outro suposto particular que se suscita é o de que estean pluriempregados, aínda que os partidarios de reduci-lo disfrute do permiso ós casos de xornada a tempo completo non teñen máis que aplicar o seu punto de vista ó caso.

Unha opción que se defendeu conduce a facer divisible por tódolos empregadores a duración total do período do permiso por lactación, por aplicación analóxica da regra distributiva que rexe en materia de cotización á Seguridade Social, segundo a cal as bases de cotización, mínima e máxima han de distribuírse entre tódalas empresas; o que sucede é que este camiño resolve o problema da financiamento do permiso, pero se se entende que o disfrute ha de fraccionarse tamén á nai se lle pode plantexar unha complicada situación.

* Tamén en ocasións se defendeu a posibilidade de que a empresa acuda ó réxime do art. 41 ET, sobre modificación substancial de condicións de traballo, para alterar, no seu caso, os límites ou modalidades de disfrute elixidas pola traballadora.

* Respecto da posibilidade de realizar horas extraordinarias non atopamos previsións convencionais que emenden o silencio legal, pero tampouco pronunciamentos xudiciais que indiquen a existencia de discusións ó respecto; tan só reflexións doutrinarias evidenciando o complexo –quizais casuístico- da situación.

5) RETRIBUCIÓN DO PERMISO

* A diferenza do que sucede en tódolos supostos contemplados polo número 3 do artigo 37 ET, no apartado 4 omítese calquera referencia sobre a retribución das ausencias por lactación, o que –de entrada- podería suscita-la dúbida acerca de se realmente estase perante tempo que deba de considerarse como traballado ou, simplemente, perante suposto en que non se desenvolve actividade productiva e tampouco xorde o correlativo dereito a percibir salarios.

Sen embargo, o carácter retribuído da licencia non ofrece dúbida algunha. O Convenio núm. 103 de OIT, ratificado por España o 20 de agosto de 1966, declara no seu art. 5.2 que “as interrupcións de traballos, a efectos de lactación, deberán contarse coma horas de traballo e remuneradas como tales”; solución que concorda coa nosa tradición lexislativa e as orientacións do Dereito Comunitario.

A vista de tales antecedentes normativos, das previsións contidas nos instrumentos internacionais e da ubicación sistemática do precepto (nun artigo) rubricado como “permisos”, en sección rubricada como “Tempo de Traballo” e antes de comeza-lo Cap. III do Título I, dirixido a regula-la “suspensión do contrato de traballo”) nada ten de estraño que os pronunciamentos xudiciais recaídos sobre o tema teñan defendido, de maneira decidida, o carácter retribuído das ausencias a que se refire o art. 37.4 ET.

Non obstante esa conclusión, posto que a lei pode inducir a erro tanto polo seu silencio canto por contrañoñer redución de xornada e ausencia, tampouco semella censurable a expresa clarificación do asunto que algúns convenios colectivos incorporaron.

Á marxe da índole remunerada dese tempo, ou mellor, en concordancia con ela, é lexítimo que se debata sobre “se o empregador é quen deba carrexar o non con esta carga, ou se, polo contrario, cabería trasladala á Seguridade Social como unha parcela máis das chamadas cargas familiares, xa que, pese ós preceptos constitucionais e legais tendentes a persegui-las discriminacións contra a muller, a sobrecarga ou o sobrecooste da man de obra feminina, debida basicamente á súa función maternal, vólvese na súa contra á hora de conseguir un emprego ou de mantelo”. Para o Dereito non cabe dúbida de que a resposta conduce a imputar ó empregador o abono da retribución, do mesmo xeito que sucede cos descansos periódicos ou co resto de licencias ou permisos; *de lege ferenda*, sen embargo, semella máis perfecto (ou razoable) que o gravame (por canto supón debilitamento do sinalagma inherente ó intercambio de prestacións) sexa asumido pola Seguridade Social (como sucede no subsidio por maternidade) ou polo propio Estado (ó igual que outras axudas ás familias).

* Respecto do momento concreto de disfruta-lo permiso e do xeito de facerllo saber á empresa, hai que remitir ó número 6 do art. 37 ET. Así mesmo, o art. 13.1 da LISOS/2000 tipifica como infracción administrativa moi grave “non observa-las normas específicas en materia de protección da seguridade e saúde das traballadoras durante os períodos de embarazo e lactación”.

* Por último, interesa lembrar que o art. 26 LPRL contempla a posible adaptación do “tempo de traballo” cando a avaliación dos riscos mostre perigo para a saúde da nai ou do seu fillo.

VII. FOMENTO DO EMPREGO DE DETERMINADAS PERSOAS

A) BONIFICACIÓN DE INTERINIDADES

Hai que aludir á redución nas cotizacións empresariais á Seguridade Social: a) pola celebración de contratos de interinidade para substituír a traballadores durante os períodos de descanso por maternidade, adopción ou acollemento e risco durante o embarazo (RDLei 11/1998, de 4 de setembro, modificado polo art. 18 da Lei 39/1999). Son tres os parágrafos que compoñen a Disposición en estudo: 1º) No primeiro e principal regúlase a bonificación concedida a toda empresa que substitúa a quen se atope nas situacións de maternidade e asimiladas. 2º) No de en medio fíxase unha cautela acerca da duración do beneficio de referencia (mentres se superpón a causa protexida e a substitución por interinidade). 3º) No último contéplase unha segunda limitación cronolóxica (a duración máxima do período bonificado).

Compendiando as previsións do RDLei 11/1998 (na redacción conferida pola Lei 39/1999) e da Lei 12/2001 xorde o réxime xurídico que seguidamente exporemos.

Trátase da exención do pago das cotizacións á Seguridade Social das empresas que realicen contratos para a substitución de traballadores/as durante o período de baixa por maternidade, risco durante o embarazo, adopción e acollemento. A materia ven regulada no RDLei 11/1998, de 4 de setembro.

A medida consiste na bonificación do 100% na cota empresarial “total” (incluíndo contingencias comúns, profesionais e de recadación conxunta) cando se realicen contratos de interinidade con persoas desempregadas para a substitución de traballadoras por conta alleo ou por conta propia, socias traballadoras ou socias de traballo das sociedades cooperativas, nos supostos de:

a) Risco durante o embarazo e ata tanto se inicie a correspondente suspensión do contrato por maternidade biolóxica ou desapareza a imposibilidade da traballadora de reincorporarse ó seu posto anterior ou a outro compatible co seu estado (art. 1 RDL 11/1998). Dada a escasa doutrina xudicial existente sobre a materia, pode lembrarse que a STSJ Cataluña de 14 decembro 1999 (AS 1999, 3980) declarou a validez do contrato de interinidade subscrito polo Ente Público Empresarial Correos e Telégrafos para substituír a traballadora embarazada na realización de funcións incompatibles co estado de xestión, aínda que a traballadora embarazada non sexa destinada a posto de traballo distinto ó que desempeñaba, senón que continúa desempeñando o mesmo pero coa imposibilidade de realizar todas aquelas tarefas que supoñen risco para o seu estado de xestión, podendo seguir no desempeño das funcións compatibles co seu estado.

b) Maternidade, adopción e acollemento preadoptivo ou permanente, nos termos establecidos no art. 48.4 ET. Neste caso, a duración máxima das bonificacións coincidirá coa do período de descanso a que se refire o art. 48.4 ET.

No suposto de que o traballador non esgote o período de descanso a que tivese dereito, os beneficios extinguiranse no momento da súa incorporación á empresa.

Os beneficios non serán de aplicación cando a contratación de interinidade cun desempregado se refira ó cónxuxe ou parente ata o segundo grao do empresario ou do persoal directivo ou se realice por Administracións Públicas ou por empresas de traballo temporal.

B) EXENCIÓN DE COTIZACIÓNS POLOS TRABALLADORES

Hai que aludir agora á redución nas cotizacións empresariais á Seguridade Social polos propios traballadores que estean en período de descanso polas causas antes relacionadas (Disp. Adic. Segunda Lei 12/2001). Trátase da exención do pago das cotizacións á Seguridade Social para os traballadores en períodos de descanso por maternidade, adopción e acollemento. A innovación procede do RDLei 5/2001 e actualmente contémplase na Lei 12/2001.

Mantéñense as mesmas bonificacións que se concedían anteriormente (100% na cota empresarial “total”), pero agora dúplícanse posto que tamén acadan á cotización das traballadoras/es ou socias/os substituídas/os durante os períodos de descanso por maternidade, adopción, acollemento preadoptivo ou permanente e risco por embarazo, mediante os contratos de interinidade bonificados, a que se refire o RDL 11/1998, de 4 de setembro. Se o RDLei 11/1998 bonificaba a cotización polos interinos, a Lei 12/2001 fai o propio coas cotizacións de quen son substituídos; en definitiva, a empresa xa non cotiza nin polos interinos nin polos titulares do emprego.

Só será de aplicación esta bonificación mentres coincidan no tempo a suspensión de actividade por ditas causas e o contrato de interinidade do substituto (por tanto, se non hai substitución non hai bonificación). Así mesmo, a duración máxima das bonificacións previstas coincidirá coa situación de suspensión da súa relación profesional, co

límite máximo que proceda segundo os casos. Interesa reseñar que as anteriores normas de fomento do emprego poderían alternarse con outras de contido similar procedentes das CCAA.

O beneficio empresarial edifícase sobre o precedentemente existente: se existe interinidade tamén exención na cotización empresarial pola traballadora (ou traballador) co contrato suspendido. Se a empresa opta por non substituír tampouco pode acollerse á bonificación de referencia; deste xeito, a construción asocia a acción positiva á situación familiar co mantemento do nivel de emprego, o que pode ser discutible pero lícito. Ámbalas dúas finalidades (fomento da contratación temporal, protección a quen se atopa nunha das situacións descritas) aparecen no mesmo nivel de relevancia.

Esta asociación (ou superposición) de vantaxes é tan relevante para a norma que preferiu (no seu segundo parágrafo) explicitala en materia de extensión temporal: a exención de cotizacións só persiste en tanto “coincidan no tempo” a suspensión contractual e a interinidade. En fin, o terceiro dos parágrafos (duración máxima) implica que é imposible leva-lo beneficio alén da situación familiar protexida, aínda que subsista a interinidade (por exemplo, porque se enlaza cunha incapacidade temporal ou excedencia).

C) FOMENTO DO EMPREGO

Hai que aludir agora á redución nas cotizacións empresariais á Seguridade Social pola contratación de mulleres desempregadas nos vinte e catro meses seguintes á data do parto (art. 47.Uno.1.1.i Lei 53/2002, de 30 de decembro, de Medidas Fiscais, Administrativas e da Orde Social). Na lista de persoas cuia contratación se apoia polo Programa de fomento do emprego aparecen as “*Mulleres desempregadas inscritas na oficina de emprego que sexan contratadas nos vinte e catro meses seguintes á data do parto*”.

A medida, xunto con outras que tamén se contemplan no Programa, atende ás dificultades que as mulleres experimentan para acceder ó mercado de traballo por razón da maternidade. Sen embargo, do tenor literal da norma que alude exclusivamente ó “parto”, cabe concluír que non quedan protexida-las mulleres que acceden á maternidade a través do mecanismo da adopción, o cal semella criticable á vista da equiparación de efectos que preside ámbalas dúas figuras. Por outra parte, tampouco se atende á viabilidade do neonato, polo que se este non sobrevive ó parto e aínda así a contratación da nai se bonifica por esta vía –tal e como, en efecto, cabe colixir do texto normativo-, habería que replantexarse a verdadeira finalidade desta axuda.

Incentívase a contratación de mulleres nas que concorran os seguintes tres requisitos:

- Que sexan contratadas nos 24 meses seguintes á data do parto.
- Que figuren inscritas na oficina de emprego.
- Que se atopen desempregadas.

A diferenza do preceptuado pola Lei 12/2001 (contratación de mulleres desempregadas *inscritas durante un período de doce ou máis meses na oficina de emprego*), non se esixe antigüidade na condición de demandante na oficina de emprego. Deste xeito, auméntanse as posibilidades de acollerse a bonificacións cando se contrata a mulleres paradas que deron a luz nos últimos vinte e catro meses; trátase de facer máis atractiva a contratación de mulleres que foron nais facilitándoselles, deste xeito, o seu acceso ó mercado de traballo.

Convén advertir que continúa pendente de cumprilo compromiso asumido polo Goberno no Acordo para a mellora e o desenvolvemento do sistema de protección social, de 9 de abril de 2001, polo que “coa finalidade de ampliar e mellora-la situación das mulleres traballadoras, ampliaranse as bonificacións que actualmente reciben as mulleres en activo” (Apartado XII (“Reduções e bonificacións na cotización”), núm. 1, inciso 1º); en concreto, o previsto é que “nos supostos de suspensión do contrato de traballo por maternidade, os empresarios, cando se produza a reincorporación ó posto de traballo, terán dereito a unha bonificación do 100% da achega empresarial da cotización á Seguridade Social por continxencias comúns, durante o período máximo dun ano” (inciso 2º).

Os contratos indefinidos iniciais, incluídos os fixos discontinuos, a tempo completo ou parcial, celebrados durante o ano 2003, darán dereito, a partires da data da contratación, a unha bonificación da cota empresarial á Seguridade Social por continxencias comúns do 100% durante os doce meses seguintes ó inicio da vixencia do contrato.

Neste suposto non procederá o incremento do 5% que se establece para a contratación indefinida a tempo completo ou parcial, incluída a contratación de traballadoras fixas discontinuas, realizada por traballadores autónomos que se atopen en situación de alta no RETA dende o 1 de xaneiro de 2001 (art. 47.Tres.2 Lei 53/2002).