

V MATERNIDAD Y PATERNIDAD

Legislación aplicable:

Directiva 2006/54/CE, 92/85/CEE, 2002/73/CE, 2004/113/CE

Constitución Española de 1978, artículos 14, 39.1 y 40.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales.

Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral.

Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida.

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de esta Guía se han ido señalando, en sus correspondientes capítulos (suspensión del contrato de trabajo, prestaciones de la seguridad social...), las normas que regulan la maternidad y paternidad. Sin embargo parece conveniente abordar de una manera conjunta todas aquellas cuestiones relevantes relacionadas con la maternidad y paternidad.

Antes de pasar a desarrollar cómo se regula la situación de maternidad y paternidad queremos señalar algunas ideas:

- La maternidad no es simplemente el hecho biológico del embarazo, parto y lactancia natural (en su caso) que atañe en exclusiva a las mujeres, sino que tiene que ver directamente con el cuidado de hijos e hijas. En este sentido, nos estamos refiriendo a una responsabilidad que debería ser compartida y sostenida por mujeres y hombres, por lo que es conveniente hablar de maternidad / paternidad para subrayar que el cuidado de las personas dependientes también es una responsabilidad masculina, aunque generalmente no sea asumida.

No podemos dejar de citar que el disfrute de los permisos que a continuación se desarrollan no son solicitados, o lo son en un número muy escaso, por los hombres. De poco sirven los cambios legales si no van acompañados de transformaciones en los modelos sociales y en las relaciones de poder que los sustentan.

- La gran vulnerabilidad frente al mercado laboral de las mujeres que deciden ser madres es un exponente de la subordinación de las necesidades humanas frente a las necesidades de los mercados. En este caso, la reproducción social, el cuidado de los niños y niñas, aparece como algo secundario frente a la necesidad de acumulación de capital por parte de las empresas, que exigen disponibilidad total de la fuerza de trabajo. Los derechos de las mujeres y el derecho de niños y niñas a ser cuidados, son papel mojado frente a la voracidad de las empresas..
- La legislación al respecto es claramente insuficiente e hipócrita para los problemas que se plantean en situaciones de maternidad y paternidad. El ordenamiento jurídico garantiza de forma prioritaria los intereses de las empresas, por lo que la normativa sólo ofrece unos derechos mínimos que es necesario ir ampliando a través de la lucha sindical.

2. ÁMBITO NORMATIVO. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

Este principio de igualdad de trato no se refiere exclusivamente a aquellos tratamientos discriminatorios que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona, sino que también comprende esos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo relación directa e inequívoca, como sucede con el embarazo.(STC 166/1998).

El principio de igualdad de trato viene consagrado tanto en el ordenamiento jurídico interno como en el derecho internacional y comunitario.

Respecto al derecho internacional cabe destacar *La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*; aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por el Estado Español en 1983. Esta Convención en tanto norma convencional del derecho Internacional vincula a un amplio número de países entre ellos el estado español.

En cuanto al derecho comunitario el art. 141 del Tratado de Roma establece que «*cada Estado miembro garantizará ... la aplicación del principio de igualdad de retribución a idéntico trabajo para hombres y mujeres*». Así pues, desde el derecho comunitario originario sólo se garantiza la igualdad de retribución , pero en el desarrollo del derecho derivado comunitario se han ampliado las garantías y por tanto existen Directivas Comunitarias relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato. El instrumento normativo más significativo es la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Esta Directiva tiene como objeto garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. La directiva tiene importancia ya que en la misma se definen los conceptos de «discriminación directa», discriminación indirecta», «acoso» y «acoso sexual».

Ya en el ámbito interno la Constitución Española (a partir de ahora CE) en diversos artículos ha establecido claramente el principio de igualdad así como la obligación constitucional de asegurar la protección integral de los hijos y de la salud.

- La CE en su artículo 14, establece el principio de igualdad, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
- El artículo 39.1 de la CE establece como principio rector de la política social y económica la obligación de las administraciones de asegurar la protección integral de los hijos/as y de las madres y familia.
- El mandato constitucional del artículo 40 de la CE implica la necesidad de desarrollo de políticas de protección de la salud de las personas trabajadoras, basadas en el principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

En desarrollo del mandato constitucional, el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo artículo 4.2. c) establece claramente el derecho de los trabajadores/as a no ser discriminados para el empleo por razones de sexo, estado civil, edad, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, etc.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su artículo 1 se afirma que el objeto de la Ley es hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres eliminando la discriminación de la mujer sea cual fuere su circunstancia o condición.

La «Ley de Igualdad» prevé distintas medidas destinadas a eliminar y corregir tanto en el sector público como privado, toda forma de discriminación por razón de sexo, proclamando *«Todas las personas gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo»*.

La Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, recoge también normativa de protección de la maternidad. Cabe destacar de esta ley que establece la necesidad de la evaluación de los riesgos de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente. Si los resultados de esta evaluación revelan un riesgo el empresario debe adoptar las medidas para evitarlo.

El Real Decreto 39/1997, de 17 de Enero, modificado por el Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo facilita la identificación de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que en la evolución de riesgos deberán tenerse en cuenta.

Por último las normas más recientes son el Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural y la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida. El primero es el desarrollo reglamentario de la normativa introducida por la Ley 3/2007 y el segundo establece un conjunto de medidas para favorecer y fomentar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral incluyendo la ampliación del permiso por paternidad a cuatro semanas a partir del 1 de enero de 2012. La misma Ley de Igualdad ya contemplaba esta posibilidad, para lo que se establecía una ampliación gradual de este nuevo derecho a lo largo de seis años.

Pese a toda esta legislación, la realidad nos demuestra constantemente, que pese, a la diversa normativa tanto internacional como interna, la mujer en situación de embarazo y maternidad se encuentra en una posición débil frente al empresario produciéndose numerosas situaciones discriminatorias, desde el incumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo o la no renovación de contratos hasta despidos manifiestamente nulos.

3. REDUCCIÓN DE JORNADA Y PERMISOS

3.1. DERECHOS EN CUANTO AL TIEMPO DE TRABAJO

El trabajador o trabajadora puede necesitar tiempo para la atención y el cuidado de los hijos/as. En previsión de ello el art. 37 del Estatuto de los Trabajadores establece una reducción de jornada, sin pérdida de retribución durante la época de la lactancia de los hijos o durante etapas de hospitalización, asimismo se podrá solicitar una reducción de jornada con reducción proporcional de la retribución.

Así podemos distinguir 3 supuestos: lactancia, Neonatos hospitalizados y Guarda Legal. En todos estos supuestos, corresponde a la trabajadora o trabajador la concreción horaria. Junto a estos tres supuestos la trabajadora podrá ausentarse del trabajo por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.

La presente guía ha desarrollado en su capítulo «Relación Individual de Trabajo» epígrafe «Vacaciones, permisos y licencias» cada tipo de permiso, por lo tanto remitimos al referido Capítulo para más información. No obstante, es conveniente desarrollar específicamente aquellos permisos regulados para maternidad/paternidad.

3.1.1. Reducción de jornada por lactancia

Cuadro n°27

Ámbito normativo	Artículo 37.4 ET
Circunstancia	Lactancia de un hijo menor de nueve meses. No se distingue entre lactancia natural o artificial, adopción o guarda legal o de hecho. En caso de parto múltiple la reducción de la jornada se multiplica.
Derecho	Una hora de ausencia al trabajo en el curso de la jornada una vez iniciada ésta, que puede dividirse en dos fracciones. Cabe acumulación del permiso en jornadas completas, si lo prevé el convenio o se acuerda. Reducción de media hora, bien al inicio o la finalización de cada jornada.
Beneficiarios/as	Este permiso puede ser disfrutado indistintamente tanto por la madre como por el padre en el caso de que ambos sean asalariados, pero no pueden ser disfrutado simultáneamente por ambos progenitores.
Ejercicio	Corresponde al trabajador/a la concreción horaria y determinación del período de su disfrute. De existir discrepancias, serán competentes los Juzgados de lo Social. El trabajador/a deberá preavisar con antelación de la fecha de incorporación a la jornada ordinaria.
Remuneración	Es un permiso retribuido. Se retribuye en la cuantía que corresponde al valor hora de la jornada que se está realizando.
Compatibilidad	Este derecho a ausencia al trabajo de una hora es compatible con la reducción no retribuida de hasta un tercio de la jornada por guarda legal.

3.1.2 Reducción de jornada en caso de hospitalización de neonatos

Cuadro n°28

Ámbito normativo	Artículo 37.4 bis ET
Circunstancia	Nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados tras el parto.
Derecho	Ausentarse una hora con derecho a remuneración, y a reducir su jornada hasta un máximo de dos horas con disminución proporcional de su salario. En el segundo caso aunque el artículo 37.4 bis hable de permiso, no estamos ante un verdadero permiso; es más, nos encontramos ante una simple reducción de jornada por circunstancias familiares y personales del trabajador/a.
Beneficiarios/as	Este permiso puede ser disfrutado indistintamente tanto por la madre como por el padre.
Ejercicio	Teniendo en cuenta que el Estatuto establece la expresión «asimismo», debemos entender que es posible el disfrute acumulativo, esto es, gozar de un permiso retribuido de una hora y reducir la jornada en dos horas con disminución de salario.
Remuneración	Derecho a remuneración en caso de ausentarse una hora del trabajo. En caso de reducción de jornada en dos horas hay una disminución proporcional del salario.

3.1.3 Guarda legal

Cuadro n°29

Ámbito normativo	Artículo 37.5 y 6 ET, Modificado por la Disposición Adicional 11º. 5 de la LO 3/2007
Circunstancia	Cuidado directo de algún menor de 8 años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial Cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.
Derecho	Reducción de jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.
Beneficiarios	Este es un derecho individual que corresponde tanto a hombres como a mujeres.
Ejercicio	Si dos trabajadores/as de la misma empresa generasen este derecho por cuidado de un mismo sujeto, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones de funcionamiento de la empresa. No obstante, si el derecho se generase por cuidado de distintos sujetos causantes, no es posible limitar el ejercicio de este derecho.

3.1.4. Permisos para asistir a exámenes médicos prenatales o para realizar técnicas de preparación al parto

Cuadro n°30

Ámbito normativo	Artículo 37.3.f) ET
Circunstancia	Realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación del parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.
Derecho	Ausencia durante el tiempo indispensable para los exámenes prenatales y técnicas.
Beneficiarias	Este es un derecho individual de la mujer.
Ejercicio	El estatuto establece claramente que el derecho comprende exclusivamente el tiempo «indispensable» de modo que si tales exámenes o técnicas pueden realizarse al margen de la jornada laboral no se causará derecho. Sin embargo nada impide que mediante convenio colectivo se mejore tal situación.
Remuneración	Es un permiso retribuido

3.1.5. Requisitos comunes para el ejercicio de los permisos anteriores

El trabajador/a al que correspondan estos derechos deberá:

- Preavisar al empresario con un mínimo de 15 días de antelación.
- Justificar la concurrencia de los motivos previstos legalmente que traen causa de estos derechos.

La concesión del permiso no es una facultad discrecional del empresario, es más, si existe causa legal de interrupción de la prestación de servicios, deberá otorgar el permiso necesariamente.

La decisión extintiva o despido como consecuencia de la solicitud o durante el disfrute de estos permisos es considerado nulo, salvo que se acredite suficientemente que su procedencia es por motivos no relacionados con el embarazo o ejercicio de estos derechos (artículo 53.4 ET).

3.2. SUSPENSIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO

3.2.1. Excedencia por cuidado de hijos/as

La presente Guía ha desarrollado pormenorizadamente el concepto de excedencias, supuestos y efectos, en el Capítulo «Relación Individual de Trabajo». Por lo tanto, en este momento nos limitaremos a realizar una visión global del caso concreto de excedencia por cuidado de hijos/as, remitiendo al mencionado capítulo para más información.

Cuadro nº31

Ámbito normativo	Artículo 46.3 y disp. Disp. Adc. 14º
Supuestos	Cuidado de un hijo/a, tanto por naturaleza como por adopción. Supuesto de acogimiento tanto permanente como preadoptivo.
Beneficiarios/as	Derecho individual de hombres y mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores/as de una misma empresa generan este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario puede limitar su ejercicio simultáneo.
Duración	Hasta tres años desde el nacimiento o bien resolución judicial o administrativa.
Efectos	Durante el primer año de excedencia el trabajador/a tiene derecho a reserva de su puesto de trabajo. Durante el resto del tiempo de excedencia el trabajador/a tiene derecho a reserva de un puesto de trabajo en el mismo grupo profesional o categoría equivalente. Todo el periodo excedencia es computable a efectos de antigüedad. Durante el periodo de excedencia el trabajador/a tiene derecho a la asistencia a cursos de formación.
Cotización	Durante los dos primeros años de excedencia se considera un periodo de cotización efectiva, esta consideración es relevante para: <ul style="list-style-type: none"> • La cobertura del periodo mínimo de cotización exigido para tener derecho a determinadas prestaciones. • Determinación del porcentaje aplicable para cálculo de prestaciones. • Consideración de beneficiarios en situación de alta para acceder a prestaciones.

3.2.2. Descanso por maternidad o parto

La maternidad supone una suspensión del contrato, por lo tanto se establece una prestación económica para compensar la pérdida de retribución durante el tiempo que dure dicha suspensión. (Artículo 45.1.d ET).

Se debe tener en cuenta que respecto al personal funcionario y estatutario no existe la figura de la suspensión del contrato. Las situaciones de maternidad y riesgo durante el embarazo están previstas expresamente como licencias para el personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Para más información sobre los efectos y causas de la situación de suspensión del contrato nos remitimos al Capítulo «Relación Individual de Trabajo».

Cuadro nº32

Ámbito normativo	Artículo 45.1.d) ET y 48.4 ; LO 3/2007 disp. Trans 7º
Supuesto	Parto
Beneficiario/a	El descanso por maternidad corresponde en exclusiva a la madre, reconocida como titular única. En el caso de que ambos progenitores trabajen, se permite que la madre al iniciarse el período de descanso opte por que sea el padre quien disfrute de una parte ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, respetando siempre las seis semanas de descanso obligado para la madre. En todo caso es posible que la opción de la madre para el disfrute a favor del padre pueda ser revocada por la misma.
Duración	La duración de la situación suspensiva del contrato de trabajo es de 16 semanas, ampliables 2 semanas más por cada hijo a partir del segundo, esto es 16 semanas en caso de parto, 18 semanas en caso de mellizos, 20 semanas en caso trillizos y así sucesivamente. Se ha equiparado las 16 semanas de periodo de descanso a los supuestos de acogimiento preadoptivo o definitivo de menores de 6 años.
Disfrute	Corresponde a la madre decidir si disfrutará el descanso antes o después del parto, con la salvedad de que necesariamente 6 semanas serán después del parto. Esto implica que una vez iniciado el descanso tras el parto, la beneficiaria no puede volver al trabajo hasta que hayan transcurrido 6 semanas. En caso del fallecimiento del menor, la mujer tendrá derecho a la prestación económica durante los días que falten por completar el período de descanso obligatorio de 6 semanas posteriores al parto si no se hubiesen completado. Posibilidades de disfrute: 1. Disfrute simultaneo. La suma de los periodos de descanso entre madre y padre no podrá exceder en ningún caso 16 semanas o las que correspondan por parto múltiple. 2. Disfrute sucesivo.
Forma de disfrute del descanso	Tras el Real Decreto 295/2009 se establece la posibilidad de disfrutar el descanso por maternidad: <ul style="list-style-type: none"> • En régimen de jornada completa • En régimen a tiempo parcial Según el artículo 48.4 es posible disfrutar el descanso por maternidad a régimen de jornada a tiempo parcial de acuerdo con las siguientes notas: Debe existir un acuerdo entre el empresario y el trabajador/a afectado al iniciarse el periodo de descanso o momento posterior. El disfrute del descanso a tiempo parcial no puede alcanzar las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre. A partir de la séptima semana la beneficiaria podrá compatibilizar la situación de descanso con su trabajo a tiempo parcial. El periodo de permiso se amplía proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice. Durante el periodo de descanso en régimen a tiempo parcial no pueden realizarse horas extraordinarias. El tiempo de prestación de servicios a tiempo parcial tiene la consideración de trabajo efectivo. Es incompatible con la reducción de jornada por lactancia, ausencia o reducción de jornada por hijo prematuro, o reducción de jornada por guarda legal o excedencia por cuidado de familiares. Durante el periodo de trabajo parcial se restará de forma proporcional la prestación por maternidad.
Forma de ejercicio del derecho de opción	Basta con la simple comunicación al empresario, sin más requisitos formales, siendo este quien deba comunicarlo a la Seguridad Social. El ejercicio del derecho de opción deberá realizarse al iniciarse el período de descanso. No es posible que una vez iniciado el descanso la madre pueda decidir compartir el descanso con el padre.

Reincorporación suspensión	Tras el disfrute del descanso por maternidad hay derecho a reanudar el trabajo en el mismo puesto.
Remuneración	Subsidio por maternidad. 100% base reguladora.

3.2.3. Descanso en supuesto de adopción y acogimiento

Cuadro n°33

Ámbito normativo	Art. 45.1.d) y 48.4 ET
Supuesto	Adopción o acogimiento tanto preadoptivo como permanente. Debemos distinguir modalidades: a) Menores de 6 años b) Menores de 18 y mayores de 6 años discapacitados o minusválidos que acrediten tener un grado de minusvalía igual o superior al 33% y menores de 18 y mayores de 6 años que tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditados por los Servicios Sociales competentes.
Duración descanso	16 semanas interrumpidas, ampliables en supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. Estos periodos de suspensión se dan en torno a la fecha de resolución judicial por la que se constituye la adopción.
Titular del derecho	Este descanso puede ser solicitado tanto por el padre como la madre.
Ejercicio	En el caso de que ambos, padre y madre, sean asalariados, podrán optar a que se distribuya el periodo de suspensión de forma simultánea o sucesiva, siempre que sea ininterrumpida.
Supuesto específico de Adopción internacional	En el caso de ser necesario desplazamiento previo del padre o madre al país de origen del adoptado, el periodo de suspensión podrá adelantarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción.
Maternidad e incapacidad temporal No es posible simultanear una situación de descanso por maternidad e incapacidad temporal, únicamente será posible la incapacidad temporal una vez agotado el descanso por maternidad. Durante el descanso por maternidad no procede el reconocimiento de subsidio por incapacidad temporal, puesto que se está percibiendo el subsidio por maternidad. Sólo será posible si se disfruta el descanso por maternidad a tiempo parcial	

3.3. PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En el Capítulo X de la presente Guía, «Algunas prestaciones de la Seguridad Social», se exponen aquellas prestaciones de mayor interés. Nos remitimos por tanto al mencionado capítulo para una información global.

Asimismo, la CGT-Secretariado Permanente-Comité Confederal publicó un Boletín Informativo número 70 «Prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo» al que también remitimos.

En este epígrafe nos limitaremos a establecer esquemáticamente todas aquellas prestaciones que tienen su causa en las situaciones de maternidad o paternidad.

3.3.1. Asistencia sanitaria

La asistencia sanitaria durante el periodo de gestación, parto y puerperio, comprende la asistencia precoz y sanitaria del embarazo, preparación del parto y visitas durante el primer mes de posparto, tal y como se establece en la LGSS artículo 98 y en el ET artículo 37.3 y en el RD 1030/2006.

3.3.2. Subsidio por maternidad

Cuadro n°34

Ámbito normativo	Artículo 133 bis a 133 quinquies, LO 3/2007 disp. Tran 7º, art. 45.1 d) y 48.4 del ET
Supuesto	Durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por descanso por maternidad, adopción, acogimiento familiar preadoptivo, acogimiento familiar definitivo, o situaciones declaradas judicialmente equiparables a la adopción y acogimiento, se genera un derecho a prestación económica para compensar la pérdida de retribución durante la suspensión.
Beneficiarias/os	Trabajadores/as (madre o padre) que se encuentren en situación de alta o asimilada en cualquiera de los regímenes previstos legalmente. El Real Decreto 295/2009, en su artículo 4 considera situación asimilada al alta entre otros a los supuestos de: 1. Situación legal de desempleo total por la que se percibe prestación contributiva. 2. El mes siguiente al cese de cargo público o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal. 3. El traslado del trabajador/a por la empresa fuera del territorio nacional. 4. Las situaciones que reglamentariamente se prevean. Trabajadores/as que acrediten un periodo mínimo de 180 días de cotización dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto o las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o la decisión judicial de adopción. Si el padre y la madre deciden simultanear o disfrutar sucesivamente el descanso por maternidad deberán reunir ambos las condiciones de cotización mencionadas para tener la condición de beneficiarios.
Procedimiento para el reconocimiento del subsidio	El artículo 14 del RD 295/2009 y art. 13 del RD 286/2003 establece el procedimiento exigido para el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad. 1º Solicitud a instancia del interesado/a mediante modelo normalizado por la Dirección Provincial de la entidad gestora correspondiente. En el caso de pretender que el periodo de descanso por maternidad se disfrute en régimen de jornada a tiempo parcial de deberá aportar documento que acredite el previo acuerdo con el empresario. 2º La Dirección Provincial de la entidad gestora, ante la documentación presentada, dictará resolución expresa notificando en un plazo de 30 días el reconocimiento o no del derecho a la prestación económica por maternidad.
Cuantía	La cuantía de la prestación económica por descanso por maternidad es del 100% de la base reguladora, equivalente a la establecida para la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.
Cotización	Durante los periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, así como en la situación de riesgo durante el embarazo se mantiene la obligación de cotizar.

La Ley Orgánica 3/2007 ha introducido un supuesto especial solamente para trabajadoras en caso de parto que no cumplan la carencia mínima exigida, a la que también se les reconoce la prestación de maternidad, pero en cuantía diferente (La cuantía diaria será del 100 por 100 del IPREM vigente en cada momento). Dicha prestación se califica como no contributiva.

3.3.3 Prestación por paternidad

La regulación de la prestación por paternidad es muy similar a la prestación de maternidad. Su regulación se sustenta en un principio de equiparación al descanso y a las prestaciones sociales por maternidad pudiéndose afirmar que estamos ante un régimen laboral y prestaciones prácticamente idéntico.

La ampliación del permiso de paternidad de dos a cuatro semanas que tenía que entrar en vigor en enero de 2011, ha sido aplazado hasta enero de 2012.

Ámbito normativo	Artículo 133 LGSS octies a decies. RD 295/2009 art 22 a 30. Ley 9/2009, de 6 de octubre
Supuesto	El nacimiento, la adopción y el acogimiento.
Beneficiarias/os	Se distingue entre los supuestos de parto, en cuyo caso el permiso le corresponde en exclusiva al otro progenitor y los supuestos de adopción o acogimiento en cuyo caso el permiso le corresponde a uno de los progenitores, a elección de los interesados.
Compatibilidad con el disfrute de la licencia de maternidad	La suspensión por paternidad es independiente del disfrute compartido de la licencia por maternidad.
Cuantía	La cuantía de la prestación económica por descanso por maternidad es del 100% de la base reguladora, equivalente a la establecida para la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

3.3.4. Subsidio por riesgo durante el embarazo (Art. 48.5 ET, LGSS 106.4 y 135, RD 295/2009 Art. 22 al 30)

El artículo 26 de la LPRL establece la obligación específica del empresario de garantizar la protección de las trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos por sus propias características o estado biológico conocido.

Cuadro nº35

Ámbito normativo	Art. 48.5 ET, LGSS 106.4 y 134 y 135. Arts 31 a 39 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo
Situación protegida	En el caso de que el empresario tenga la obligación legal de cambiar de puesto de trabajo a la gestante por riesgos que puedan influir negativamente en la salud de la mujer o el feto y no pueda hacerlo por motivos técnicos debidamente acreditados, podrá SUSPENDER EL CONTRATO DE TRABAJO, con reserva de puesto. El artículo 26.3 de la LPRL dice expresamente: «podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo». Pese a que el mencionado artículo establezca la expresión «podrá» no se trata de una opción facultativa del empresario, sino de un derecho de la trabajadora.
Beneficiarias	Son beneficiarias aquellas trabajadoras por cuenta ajena que cumplan los siguientes requisitos: Estar afiliadas y en alta en la Seguridad Social, al momento en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo.
Procedimiento para el reconocimiento del subsidio	Para el reconocimiento de este derecho es necesario un procedimiento previo regulado en el RD 295/2009, sobre prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo en su artículo 39. Solicitud a instancia de la trabajadora ante la Dirección Provincial de la Entidad Gestora de la provincia en que tenga su domicilio la interesada. La solicitud deberá ir acompañada de: Informe médico del facultativo del Instituto de la Salud o Servicio público equivalente, así como certificación médica expedida por los Servicios Médicos de la Entidad Gestora o Mutua de accidentes de trabajo en la que se acredite que la situación de embarazo y las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud o la del feto. Declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora, acompañada de un informe del servicio de prevención propio de la empresa. Esta declaración deberá expresar también la fecha en que la trabajadora ha suspendido la relación laboral así como la cuantía de la base de cotización de la trabajadora. La dirección de la empresa deberá consultar a los representantes de los trabajadores/as sobre la relación de puestos de trabajo exentos de riesgos. Tras el análisis de la documentación presentada y comprobados todos los requisitos exigidos, el Director Provincial de la Entidad Gestora respectiva dictará resolución expresa de reconocimiento del derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo.

Cuantía	La prestación económica por riesgo durante el embarazo consiste en un subsidio equivalente al 75 por 100 de la base reguladora correspondiente, esto es, la base de cotización de mes inmediatamente anterior a la suspensión del contrato. La base reguladora es la misma que la de la incapacidad temporal por contingencias comunes, tomando como referencia la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo.
Nacimiento y extinción del derecho	El derecho al subsidio nace el mismo día en que se produce la suspensión del contrato de trabajo. Se extingue: <ul style="list-style-type: none"> • Porque la trabajadora pase a situación de descanso por maternidad. • Por reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo o a otro compatible. • Extinción del contrato de trabajo por causas no vinculadas con el ejercicio del derecho a suspensión del contrato de trabajo o a su condición de gestante. • Por fallecimiento de la trabajadora.

3.4. ACTUACIÓN Y DENUNCIA

La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de las medidas para promover en el trabajo la mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia (décima directiva particular con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), en su artículo 11 establece que *«Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos internos las disposiciones necesarias para que toda trabajadora que se considere perjudicada por el incumplimiento de las obligaciones que se derivan de la presente directiva pueda hacer valer sus derechos por la vía judicial, sin perjuicio, en su caso, del recurso a otras instancias competentes»*.

En el caso de ver restringidos los derechos y permisos descritos en este capítulo, las medidas posibles son:

Cuadro nº36

Denuncia ante la Inspección de Trabajo	Es posible acudir a la denuncia ante Inspección de Trabajo por vulneración de los derechos establecidos estatutariamente. Sin embargo, es conveniente recordar que un informe negativo de la Inspección dificultaría en gran medida un proceso judicial posterior. En cuanto a la forma de la denuncia, proceso y demás cuestiones remitimos al capítulo de la presente guía relativo a la Inspección de Trabajo.
Proceso Especial en los casos de concreción horaria y determinación del periodo de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares.	Art. 138 bis LPL. En estos casos la persona afectada por la decisión empresarial contraria a los estos derechos deberá: <ul style="list-style-type: none"> • Presentar demanda ante el Juzgado de lo Social en un plazo de 20 días desde que el empresario le comunique su disconformidad con la concreción horaria y el período de disfrute propuesto por aquél. • Tras la admisión de la demanda se señalará el acto de la vista en los 5 días siguientes.
Proceso de Tutela de Derechos Fundamentales.	Art. 181 LPL En el resto de vulneraciones se puede acudir a un PROCESO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. (Art. 181 LPL), siempre y cuando se acredite que ha existido discriminación. En cualquier caso, ante una situación de vulneración de los permisos y derechos descritos, la CGT podría actuar en representación de sus afiliadas/os en defensa de los derechos individuales de éstas/os, siempre que se acredite la condición de afiliado/a y medie una autorización de él/ella al sindicato.

3.5. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Los Convenios Colectivos pueden y deben cumplir la función de mejorar las condiciones de los diversos derechos analizados en el presente capítulo, así como de Seguridad y Salud fijadas en el ordenamiento, al atribuirse con carácter general, en virtud del artículo 82.2 ET, la finalidad de disciplinar las condiciones de trabajo.

Las posibilidades de los convenios colectivos son ilimitadas para mejorar las condiciones y prestaciones de maternidad, ampliando los periodos de descanso remunerados, incentivando la participación del hombre en las tareas de cuidados otorgando permisos o reconocimiento de las prestaciones para ambos progenitores.

Incluir cláusulas de garantía de no discriminación basadas en el embarazo o maternidad.
Eliminar las titularidad de derechos causados por la maternidad o paternidad en exclusiva a las mujeres, estableciendo que cualquier derecho en torno a la maternidad/paternidad será ejercido tanto por el padre como la madre.
Garantizar el derecho al cambio del puesto de trabajo o actividad que pueda afectar negativamente al desarrollo o lactancia, sin merma de retribución ni categoría y del derecho a la reincorporación posterior.
En el caso de no ser posible un cambio de puesto de trabajo de la embarazada o lactante, asegurar que el subsidio por riesgo durante el embarazo la prestación económica sea de un 100% de la base reguladora, frente al 75% establecido por ley.
Regular convencionalmente que el permiso de maternidad interrumpirá el cómputo de vacaciones y será acumulable a éstas.
Garantizar durante el periodo de disfrute de los diversos permisos, excedencias o descansos el acceso a los cursos de formación de las trabajadoras/es afectados.
Establecer una mejora en el permiso de lactancia, en el caso de que ambos progenitores sean asalariados y establecer una reducción de una hora de la jornada, a la entrada o salida del trabajo, sin merma en la retribución durante el primer año de edad del menor.
Ampliar el permiso retribuido al padre en el momento del parto: el ET establece únicamente 4 días, pudiendo ser ampliados a un mínimo de 15 días por el Convenio.
Establecer un permiso retribuido de dos días al año para la asistencia a reuniones escolares de hijos menores de 16 años.
En el caso de que ambos progenitores trabajen en la misma empresa, garantizar convencionalmente, las medidas necesarias para adaptar el horario y turnos al cuidado de los hijos/as.
Ampliar el permiso retribuido del artículo 37.3 (Dos días por accidente o enfermedad grave u hospitalización de parientes hasta segundo grado) a los casos de enfermedad infecto-contagiosa de hijos menores de edad.
Establecer un permiso retribuido de dos días para los trámites administrativos necesarios para la adopción internacional o nacional.
Hacer extensivos los derechos sobre licencias, permisos, excedencias, etc a las Parejas de Hecho.
En relación con la reducción de jornada por guarda de menores, minusválidos y familiares dependientes, facilitar fórmulas de disfrute flexibles y ampliar la edad de los hijos en relación con el cuidado por menor hasta los 8 años.
Establecer claramente en una cláusula convencional que el derecho al permiso por lactancia es un derecho que corresponde igual al padre como a la madre trabajadores/as, toda vez que el estatuto establece este derecho tanto para la lactancia natural como artificial.
Establecer en la medida de lo posible permisos retribuidos a padres trabajadores/as para el cuidado de hijos menores a cargo de la empresa.
Establecer medidas que faciliten asumir la tarea de cuidados tanto por el padre como la madre.
Establecer medidas que faciliten la flexibilidad en el disfrute del permiso por lactancia.

Asimismo de acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y

la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres

Así el título IV de la LO 3/2007 establece que las empresas deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación, medidas que deberán negociar con los representantes de los trabajadores/as.

En los casos de empresas de más de 250 trabajadores/as deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, que deberá ser, asimismo, objeto de negociación colectiva.

Para las demás empresas la implantación de estos planes de igualdad será voluntario salvo que lo establezca como obligatorio el convenio colectivo o cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan.

Estos planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y eliminar la discriminación por razón de género.

Los planes de igualdad fijarán concretos objetivos de igualdad así como las estrategias y prácticas a adoptar. También deben contener el establecimiento de sistemas eficaces de seguridad y evaluación de los objetivos fijados

4. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DE LA MUJER EMBARAZADA Y LACTANTE

La administración debe asegurar, como principio rector de la política social y económica, la protección integral de los/as hijos / as y de las madres. (Art. 39.1 CE). Por ello la LPRL establece la obligación específica del empresario de garantizar la protección de las personas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos, por sus propias características personales o estado biológico conocido.

- La LPRL en su artículo 26 protege el hecho biológico del embarazo, imponiendo al empresario la obligación de velar por la salud de las trabajadoras en su situación de gestantes o parto reciente frente a los riesgos derivados de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que tengan influencia negativa para su salud o la del feto o hijo/a lactante.
- Por otra parte, la LPRL, establece que si detectase algún riesgo para la salud de la embarazada o lactante, la empresa deberá adoptar las medidas necesarias para evitar ese riesgo a través de la adaptación de las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora afectada (supresión de trabajo nocturno o a turnos).

Es necesario decir en este momento que se pretende una protección integral de la salud, no sólo de carácter físico sino también psíquica y social, en cuanto que el artículo no diferencia entre riesgos que puedan generar daños físicos o riesgos que puedan generar daños psíquicos.

4.1. MEDIDAS DE EVALUACIÓN Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

4.1.1. Evaluación de riesgos

La primera medida que debe adoptarse es la evaluación de riesgos, siendo competencia del empresario (artículo 16 LPRL).

Cuadro n°37

Concepto evaluación de riesgos	La evaluación de riesgos implica un proceso dirigido a detectar si las condiciones de trabajo de la empresa afectan generando riesgos para la salud física, psíquica o social de la mujer embarazada.
Factores a tener en cuenta	Esta evaluación se realizará por el empresario con el asesoramiento de los Servicios de Prevención previstos en el artículo 31 LPRL, debiendo tenerse en cuenta: <ul style="list-style-type: none"> • La incidencia sobre la función de procreación de los trabajadores/as. • La naturaleza, el grado y duración de la exposición de las trabajadoras embarazadas o lactantes a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o la del feto (Artículo 26 LPRL). En este proceso se debe tener en cuenta la existencia de diversas directrices elaboradas por la Comisión de la Comunidad Europea al amparo del artículo 31 de la Directiva 92/85/CEE, y que señalan la lista de peligros de carácter general.
Consecuencias	La LPRL establece que <i>«si los riesgos de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad o la salud o una posible repercusión para el embarazo o la lactancia... el empresario adoptará las medidas oportunas...»</i> adoptando las medidas necesarias para evitar la exposición de la embarazada a los riesgos, sin necesidad, en principio, de cambio de puesto de trabajo. Así, por ejemplo, pueden darse: <ul style="list-style-type: none"> • Adaptación de las condiciones en que se ejecuta el trabajo • Reducción del tiempo de permanencia en el puesto de trabajo sin reducción de salario. La no realización de trabajo nocturno o a turnos.

4.1.2. Cambio de puesto de trabajo

En el caso de que la adaptación de las condiciones de trabajo antes mencionadas no fuese posible o esta adaptación fuera insuficiente, se procederá al traslado de puesto de trabajo, siendo esta modalidad de movilidad obligatoria para el empresario.

Cuadro n°38

Requisitos	<ul style="list-style-type: none"> • El empresario deberá justificar la imposibilidad de adoptar medidas necesarias de adaptación de las condiciones de trabajo. • Los Servicios Médicos de la Seguridad Social que asistan a la trabajadora deberán certificar la influencia negativa para la salud de la madre o del feto.
Características del cambio de puesto:	El empresario deberá asignar un puesto libre de riesgos, conforme al listado elaborado por el empresario previa consulta de los representantes de los trabajadores/as. El puesto deberá ser del grupo profesional o categoría equivalente. Si esto no es posible, la trabajadora puede ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría, conservando en todo caso el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Esta movilidad es en todo caso provisional, durando el tiempo indispensable, hasta que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al puesto de origen.

4.2. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DE LA MUJER EMBARAZADA Y LACTANTE Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Los Convenios Colectivos pueden y deben cumplir la función de mejorar las condiciones de seguridad y salud fijadas en el ordenamiento, al atribuirse con carácter general, en virtud del artículo 82.2 ET, la finalidad de disciplinar las condiciones de trabajo, entre ellas la seguridad y salud de los trabajadores/as.

En este sentido, los Convenios Colectivos deberían incluir cláusulas de carácter general que regulen la evaluación de riesgos para la mujer embarazada y lactante, diseño de planes de prevención, mapas de riesgos y evaluaciones ambientales necesarias. Igualmente se podrán establecer, como funciones de los representantes legales de los trabajadores/as, el participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes de prevención.

En este sentido los Convenios Colectivos deberán:

Incorporar anexos de la Directiva 92/85 sobre la relación de agentes químicos, biológicos y físicos y las condiciones de trabajo que pueden producir riesgos para la salud de la mujer y de su hijo/a durante el embarazo o periodo de lactancia.
Establecer de manera explícita en los Convenios la prohibición de realizar trabajos penosos, tóxicos o peligrosos durante el periodo de embarazo o lactancia.
Concretar con carácter previo a la situación de embarazo y lactancia los específicos puestos de trabajo en los que se ha detectado riesgo en la evaluación previa, facilitándose de este modo el proceso de cambio puesto de trabajo.
Incluir la incidencia del estrés y fatiga acumulada como riesgo.
Definir los puestos de riesgo para la maternidad y puestos alternativos.
Garantizar el derecho al cambio de puesto de trabajo o actividad que puedan afectar negativamente al desarrollo del embarazo o lactancia sin merma de la retribución ni categoría.
Incorporar el periodo de lactancia en caso de cambio de puesto de trabajo.
Complementar a cargo de la empresa la prestación de la Seguridad Social, en el supuesto de suspensión por riesgo durante el embarazo, hasta complementar el 100% de la base reguladora de la trabajadora afectada por la suspensión.

5. DESPIDO. DECISIONES EXTINTIVAS

La prohibición de despedir por motivos discriminatorios por razón de género supone que se considerarán nulos, tanto las decisiones extintivas por causas objetivas como el despido disciplinario, en los supuestos siguientes:

- Trabajadores/as durante el periodo de suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento.
- Trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo de suspensión por maternidad.
- Trabajadoras que hayan solicitado permiso por lactancia o reducción de jornada por cuidado de un menor.
- Trabajadores/as que hayan solicitado excedencia para el cuidado de hijos/as o cuidado de un familiar.

En estos casos el despido será nulo salvo que se considere procedente por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio de los derechos descritos en el presente capítulo (TSJ Cantabria 29/12/01) o bien se acredite la improcedencia del despido por motivos no directamente relacionados con el embarazo.

Serán nulos solamente aquellos despidos en los que se acrediten que traen causa única y exclusivamente con la situación de embarazo

Por otro lado existe abundante jurisprudencia que considera discriminatoria la decisión empresarial de no prorrogar un contrato temporal a un persona embarazada y sí en cambio prorrogar los contratos del resto. (STCo 173/1994, STSJ Cataluña de 16 de octubre de 1997).

En este mismo sentido es discriminatoria hacer coincidir el fin del contrato temporal con el comienzo de la baja por maternidad.