

Pasado y presente de la protección de la maternidad en los convenios de la OIT y en España

Past and present of maternity protection in ILO Conventions and in Spain

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR*



PALABRAS CLAVE

Maternidad; OIT; Legislación histórica; Protección de la mujer; Prestación por maternidad.

RESUMEN El artículo analiza desde una perspectiva crítica las repercusiones que han tenido los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre protección de la maternidad en el ordenamiento español. Las fechas de aprobación de cada uno de los Convenios de la OIT son el tema de cada una de las tres partes del artículo, lo que da como resultado un estudio de la evolución jurídica y social de la maternidad en la OIT y en España.

KEYWORDS

Maternity; ILO; Landmark legislation; Women protection; Maternity allowance.

ABSTRACT This article explores, from a critical perspective, the ILO Conventions and Recommendations impact on maternity protection in the Spanish law. The dates of approval of each of the Conventions are going to articulate the structure of this paper, having as result a study of legal and social evolution of maternity protection in the ILO and Spain.

* **María Amparo Ballester Pastor** es catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universitat de València y representante de España en la Red de Expertos de la UE en Igualdad de Género (amparo.ballester@uv.es).

MOTS CLÉS

Maternité; OIT; Législation historique; Protection de la femme; Prestation de maternité.

RÉSUMÉ Cet article analyse dans une perspective critique les répercussions qui ont eu les Conventions et Recommandations de l'OIT sur la protection de la maternité dans le système espagnol. Les dates d'adoption de chaque Conventions de l'OIT sont le thème des trois parties de l'article, ayant comme résultat une étude de l'évolution juridique et sociale de la maternité dans l'OIT et en Espagne.

Los convenios de la OIT que han tratado la cuestión de la protección de la maternidad son los siguientes: Convenio 3 de 1919 relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto¹; Convenio 13 de 1952 sobre la protección de la maternidad (revisando el Convenio 3)²; y Convenio 183 de 2000 sobre protección de la maternidad (revisando el Convenio 13)³. Cada uno de ellos tuvo, por diferentes razones, una notable relevancia en el ordenamiento español. De las repercusiones históricas y actuales de cada uno de ellos en España se trata a continuación.

Primera fase: del Convenio 3 de 1919 al Convenio 103 de 1952

Alcance del Convenio 3

El Convenio 3 de 1919 tenía las siguientes características: a) su ámbito de protección estaba reducido al sector industrial y comercial, siempre y cuando no tuviera carácter de empresa familiar; b) la trabajadora no estaba autorizada a trabajar durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto. Durante este tiempo de ausencia debía garantizarse a la trabajadora una prestación *suficiente para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene*. La trabajadora también tenía derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona; c) la trabajadora gestante tenía derecho a abandonar el trabajo seis semanas antes de la fecha probable del parto previa presentación de certificado médico que estableciera dicha cercanía temporal. La trabajadora debía tener durante este tiempo la misma prestación "suficiente" que se establecía para el permiso posparto, así como el mismo derecho a la asistencia médica. Este periodo preparto no resultaba obligatorio para la trabajadora,

- 1 Fecha de entrada en vigor: 13 de junio de 1921.
- 2 Fecha de entrada en vigor: 7 de septiembre de 1955.
- 3 Fecha de entrada en vigor: 7 de febrero de 2002.

a diferencia del posparto, pero sí constituía un derecho de la trabajadora al que el empresario no podía negarse. La suma del permiso preparto y posparto daba lugar, pues, a un permiso retribuido por embarazo y maternidad de doce semanas. En el caso de que hubiera existido error en la fecha prevista de parto porque esta se hubiera demorado, la trabajadora debía tener derecho a que se prolongara su prestación preparto hasta el momento del parto; d) la trabajadora que amamantaba a su hijo (sin límite temporal) tenía derecho a dos descansos de media hora durante la jornada para permitir la lactancia. No se establecía que dicho descanso fuera retribuido; e) se establecía la ilegalidad del despido de la mujer en permiso preparto o posparto. La misma consecuencia se establecía para las ausencias que se prolongaran más allá del permiso posparto que fueran consecuencia de una enfermedad motivada por el parto, si se acreditaba por certificado médico esta conexión y hasta cierto tiempo máximo que podía ser determinado por la Autoridad competente de cada país.

Repercusiones del Convenio 3 en el ordenamiento español

La ratificación española del Convenio 3 se produjo en 1923, cuatro años después de su aprobación y apenas dos años después de su entrada en vigor en 1921. El principal cambio que tuvo que acometerse por el ordenamiento español fue el de asegurar la retribución suficiente para la propia manutención y la del hijo que requería el Convenio 3. Por medio de la ley de 13 de julio de 1922 se autorizó a crear una Caja de Seguro Obligatorio de Maternidad que aseguraba su financiación. Un año después, por el Real Decreto (RD) de 21 de agosto de 1923, se estableció un subsidio provisional a las madres trabajadoras de 50 pesetas por parto. La regulación del seguro obligatorio de maternidad se produjo definitivamente por medio del RD de 22 de marzo de 1929, que lo creó, y del RD de 29 de enero de 1930, que le dio desarrollo reglamentario. El texto reglamentario de 1930 establecía, como el Convenio 3 OIT, un descanso obligatorio de seis semanas posparto y un descanso voluntario de seis semanas preparto. Aseguraba también una prestación a todas las mujeres trabajadoras que hubieran alumbrado un hijo, excepto a aquellas que desarrollaran su actividad en el servicio doméstico (art. 3 del Reglamento)⁴. Cotizaban a este seguro de maternidad tan solo las mujeres entre 16 y 50 años (art. 2 del Reglamento) aunque las menores y mayores de dichas edades eran, pese a no cotizar, eventuales beneficiarias en su caso (art. 43 del Reglamento). También el patrono cotizaba en similar cuantía. La prestación a la que se tenía derecho era una cuantía fija por parto, cuyo monto exacto dependía del tiempo en que se hubiera cotizado: se percibían 15 pesetas por trimestre cotizado, con el límite de 180 pesetas. Para acceder a este beneficio se requería que la trabajadora hubiera estado inscrita en el seguro de maternidad al menos 18 meses. Asimismo, si

⁴ Años antes se había producido la extensión del derecho a la suspensión por maternidad a las maestras (el art. 10 del Estatuto General del Magisterio establecía un permiso preparto y otro igual posparto) y a las funcionarias (la Real Orden de 5 de enero de 1924 extendió el derecho de las maestras a las funcionarias). Durante estos periodos se aseguraba la percepción de su retribución.

estuviera dando lactancia natural a su hijo, tenía derecho a un subsidio de 5 pesetas por semana e hijo⁵, que tenía una duración máxima de 10 semanas, y que se acumulaba a lo percibido en concepto de parto.

Aparentemente, pues, la normativa española sobre el seguro de maternidad se adecuó en su momento al Convenio 3 de la OIT, pero en algunos aspectos la acomodación era meramente formal. Así sucedía en relación al permiso de maternidad anterior al parto al que el Convenio 3 de la OIT atribuía una duración de seis semanas anteriores a la fecha prevista. El seguro obligatorio de maternidad en España quedaba configurado como una cuantía fija (una indemnización) que dependía de los trimestres cotizados por lo que la trabajadora percibía la misma cuantía si suspendía su contrato durante las seis semanas posparto obligatorias o si lo hacía también durante algunas de las seis semanas preparto a las que tenía derecho voluntariamente, lo que no siempre garantizaba la percepción de ingresos “suficientes”.

Algunas correcciones se operaron con posterioridad, una vez terminada la Guerra Civil, con la normativa franquista de los años 40, aunque durante este tiempo no existía vinculación a la OIT por parte de España, que había sido expulsada de la organización. a) En el ámbito laboral, los artículos 166, 167 y 168 de la ley de Contrato de Trabajo de 1944 (en adelante LCT) regularon la suspensión por maternidad y lactancia. Se configuraba el derecho a la suspensión preparto de seis semanas y el descanso obligatorio de seis semanas posparto, durante los cuales la trabajadora tenía derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Asimismo, se establecía el derecho al permiso de lactancia de una hora diaria divisible. b) En el ámbito de la seguridad social, la maternidad se incorporó a la cobertura por enfermedad, por medio de la regulación del seguro obligatorio de enfermedad establecido por medio del Decreto de 11 de julio de 1941. En su art. 2 se garantizaba la asistencia sanitaria y la cobertura económica por la pérdida de retribución derivada de la maternidad, lo que aseguraba la cobertura económica tanto durante el descanso posparto como durante el preparto. Para ello debía haberse producido el aseguramiento con una antelación de seis meses. La indemnización consistía en el 50% de la retribución por la que se cotizó hasta la fecha. Esta vinculación de la prestación de maternidad a la prestación de incapacidad temporal se mantuvo en España desde 1941 hasta la ley 42/1994, de 30 de diciembre (Albacete, 2013: 32)⁶.

5 Art. 30 del Reglamento General de 1930. Describe su alcance Tomás Espuny: “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”, *Iuslabor*, 2, 2006, p. 3

6 Fernández Peinado Martínez, *La prestación por maternidad*, Albacete, 2013, p. 32.

Segunda fase: del Convenio 103 de 1952 al Convenio 183 de 2000

Alcance del Convenio 103

El Convenio 103 de la OIT de 1952⁷ es el Convenio de la OIT sobre maternidad que se mantiene vigente para la mayoría de los países integrantes de la Organización, puesto que el Convenio posterior (el 183 de 2000) tiene un número de ratificaciones muy inferior. De hecho el Convenio 103 es el Convenio que actualmente vincula a España, que no ha ratificado el Convenio 183. En 1952 se aprobó también por la OIT la Recomendación 95, sobre la protección de la maternidad.

El contenido del Convenio 103 podría sintetizarse del siguiente modo: a) el ámbito de la protección dispensada por el Convenio 103 queda ampliado a cualquier tipo de actividades incluidas las agrícolas y las llevadas a cabo en empresas familiares. Sin embargo, se prevé la posibilidad de que las legislaciones nacionales exceptúen los trabajos familiares; b) la configuración del descanso por maternidad se altera sustancialmente: ya no consta de un periodo preparto y de otro posparto, sino que consta de un periodo total de doce semanas que puede ser libremente distribuido conforme a lo establecido por el Estado, aunque debe garantizarse que seis semanas se disfrutaran en el periodo inmediatamente posterior al parto; c) se establece la necesidad de que los Estados ofrezcan descanso suplementario para los supuestos de enfermedad como consecuencia del embarazo o del parto; d) si el parto sobreviene después de la fecha prevista se debe mantener el derecho al descanso preparto; e) se establece la obligación de que exista una cobertura para los supuestos de suspensión descritos en el art. 3 que no sean inferiores a dos tercios de las ganancias anteriores. Si las beneficiarias no cumplieran los requisitos mínimos exigidos para el acceso a la prestación deben recibir prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de asistencia pública; f) la cotización correspondiente por estas contingencias debe ser abonada por los empleadores o por los empleadores y los trabajadores, sin distinción de sexo; g) se establece un derecho a pausas retribuidas por lactancia, durante uno o varios periodos, aunque sin especificar, como sí hacía el Convenio 3, la duración total de dicha interrupción; h) se establece la ilegalidad del despido producido durante las ausencias preparto, posparto, y enfermedad pre o posparto, pero no se establece la ilegalidad del despido motivado por el embarazo, como expresamente establecía el Convenio 3.

Por su parte, la Recomendación 95 de la OIT sobre la protección de la maternidad establece lo siguiente: a) la duración de la cobertura de maternidad debería prolongarse hasta las catorce semanas “cuando sea necesario para la salud de la mujer, y siempre que sea posible”. También debería prolongarse la protección cuando fuera necesario en interés de la madre o del hijo; b) “siempre que sea posible” debería

7 Fecha de entrada en vigor: 7 de septiembre de 1955.

aumentarse la cuantía de la cobertura hasta el 100% de los ingresos previos; c) debería promoverse la salud integral de la mujer protegida y añadir otras prestaciones en dinero o en especie; c) “siempre que sea posible” la pausa de lactancia debiera tener una duración total diaria de hora y media y deberían facilitarse instalaciones para la lactancia de los hijos, debidamente subvencionadas por la colectividad; d) la protección frente al despido de la mujer durante la suspensión por maternidad debería prolongarse al menos un mes después del fin del permiso; e) se señalan, a modo de ejemplo, como causas que podrían justificar el despido de la mujer en permiso de maternidad la comisión de una falta grave por esta, la cesación de actividades o la terminación del contrato de trabajo; f) debería garantizarse la antigüedad de la trabajadora y el derecho a ocupar el mismo o similar trabajo tras la reincorporación; g) el trabajo nocturno y las horas extraordinarias deberían estar prohibidos a las mujeres embarazadas o lactantes. Sus horas de trabajo deberían estar distribuidas de modo que se garantice un descanso adecuado; h) debería estar prohibida la realización por parte de mujeres embarazadas o lactantes de trabajos peligrosos para su salud o la de su hijo.

Repercusiones del Convenio 103 en el ordenamiento español

España ratificó el Convenio 103 en 1965⁸, una vez reincorporado el país a la OIT en 1956. La duración del permiso establecida en la década de los 40 (6 semanas preparto y 6 semanas posparto) resultaba acomodada al Convenio 103. Un año después de la ratificación, por medio del Decreto 3158/1966, la cuantía de la prestación de maternidad aumentó hasta el 75% de la base reguladora, con lo cual se cumplió estrictamente con el porcentaje requerido en el Convenio 103. Asimismo, el descanso suplementario en caso de enfermedad provocada por el embarazo o el parto quedaba garantizado por el seguro obligatorio de enfermedad que posteriormente dio lugar a la prestación de incapacidad temporal transitoria. Por lo demás, la propia prestación de maternidad siguió siendo una ramificación de la incapacidad temporal, con la que compartía régimen jurídico. Consecuentemente con esta equiparación a la situación de enfermedad, la cotización por la prestación de maternidad se realizaba por los empresarios y por todos los trabajadores. Asimismo, el permiso de lactancia del art. 168 de la LCT cumplía el Convenio 103 porque aseguraba un tiempo de pausa para la lactancia de una hora al día. Pero existía una discordancia con el Convenio 103: la norma internacional requería que, en caso de error en la fecha prevista de parto, se alargara la cobertura hasta la fecha efectiva del mismo. La situación se abordó por medio de Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 27 de enero de 1968, que estableció el derecho a la prórroga de la prestación de maternidad hasta la fecha efectiva del parto, sin que quedara afectada la duración de la prestación obligatoria posparto.

Pero aunque la normativa española cumplía el Convenio 103 no seguía todo lo establecido en la Recomendación 95. De hecho, algunos de sus contenidos siguen a

⁸ España ratificó el Convenio 103 el 17 de agosto de 1965.

fecha de hoy sin haber sido incorporados a la normativa española. Un resumen de las concordancias y discordancias entre la normativa española y la Recomendación 95 OIT podría ser el siguiente:

- a) Las 12 semanas distribuidas en 6 semanas preparto voluntarias y 6 posparto obligatorias configuradas en la LCT de 1944 no admitían en su momento libre distribución por medio de acrecimiento con posterioridad al parto. La posibilidad de acrecimiento se estableció en la Ley de Relaciones Laborales, Ley 16/1976, de 8 de abril, que mantuvo la diferencia entre descanso preparto (de 6 semanas) y posparto (8 semanas), aunque con posibilidad de que aquel acreciera el periodo posparto. En la primera redacción del Estatuto de los Trabajadores, en 1980, se estableció una duración total del permiso de maternidad de catorce semanas de libre disposición, con la única precisión de que seis semanas fueran obligatoriamente posparto. La ampliación a dieciséis semanas que actualmente rige en el ordenamiento español se produjo por medio de la ley 3/1989, de 3 de marzo. La ampliación, en su momento, de la duración del permiso de maternidad a catorce semanas en España supuso la acomodación a la Recomendación 95, que aconsejaba esta duración mínima (la misma duración establecía la Directiva 92/85 de la UE, de 19 de octubre de 1992, de protección de la maternidad). También las eventuales enfermedades provocadas por el embarazo o el parto encontraban cobertura en la prestación de incapacidad temporal. Pero seguía sin resolverse el problema del alargamiento de la prestación de maternidad preparto cuando había existido error en la fecha prevista de parto que expresamente requería el Convenio 103. La Resolución de 1968 no tenía rango normativo y era preconstitucional. Ciertamente, la mujer que se encontrara incapacitada para el trabajo como consecuencia de su gestación podía acceder a la prestación de incapacidad temporal o a la prestación de riesgo durante el embarazo. Pero el Convenio 103 no condicionaba a una enfermedad o a una incompatibilidad con el trabajo el derecho a la prórroga por error en la fecha prevista de parto sino que, con carácter general, lo establecía como un derecho de la trabajadora. Los Tribunales españoles que se han enfrentado a esta situación la han tenido que resolver por medio de la aplicación directa del Convenio 103 de la OIT⁹.
- b) La Recomendación 95 de la OIT establecía como objetivo la percepción, durante la suspensión por maternidad, del 100% de las ganancias anteriores. En España ello no se consiguió hasta que, a partir de la Ley 42/1994, la prestación de maternidad se desgajó definitivamente de la prestación de incapacidad temporal. En esta misma norma se estableció, para la maternidad, la cobertura del 100% de la base reguladora. El problema surgía, sin embargo, cuando la mujer trabajadora que no cumplía los requisitos de acceso a la prestación de maternidad (particularmente con relación a la carencia mínima) se quedaba al margen de

⁹ STSJ Andalucía, Granada, de 12 de julio de 1993, rec. 1773/1991; STSJ Andalucía, Sevilla, de 26 de julio de 1999, rec. 389/1998; y STSJ Galicia, de 3 de octubre de 2003, rec. 1626/2001.

la cobertura y obligada, sin embargo, al descanso obligatorio posparto. En el art. 4.5 del Convenio 103 se establecía que, en tales, casos debían configurarse prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de la asistencia pública, lo que expresamente no tuvo reflejo alguno en el ordenamiento español hasta que, en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se creó la prestación de maternidad no contributiva. Las otras prestaciones adicionales, en dinero o en especie, a las que se refiere el art. 2.6 de la Recomendación 95, complementarias a la prestación de maternidad, no se han producido en España.

- c) El derecho a la reserva del puesto de trabajo de la trabajadora en suspensión por maternidad que se contiene en el actual art. 48.4 ET. Pero la protección de mayor intensidad se produjo por primera vez en España cuando el art. 55.6 ET (en su redacción de 1980) estableció la nulidad del despido realizado sobre trabajador/a cuyo contrato de trabajo estuviera suspendido por cualquier causa¹⁰. Esta previsión, que se mantuvo en el ordenamiento español hasta la reforma operada en el ET por medio de la ley 11/1994, de 19 de mayo, permitió aplicar las consecuencias de la nulidad a los despidos de los que fueran objeto trabajadoras en suspensión por maternidad, aunque en realidad los beneficiarios de esta norma fueran todos los trabajadores/as en situación de suspensión de contrato, cualquiera que fuera la causa de esta. La ley 39/1999 declaró nulos los despidos en una serie de supuestos vinculados al embarazo, la maternidad y el cuidado de los hijos (permiso de lactancia, reducción de jornada, excedencia...), entre los que se encontraba expresamente la suspensión por maternidad (art. 55.5 ET). No preveía, sin embargo, la misma protección para los casos de incapacidad temporal motivada por el parto que se produjera más allá del permiso de maternidad. En España, el eventual despido que se produjera en este espacio temporal tenía (y tiene actualmente) la tutela común ordinaria establecida para cualquier despido sin causa, particularmente porque el despido por razón de enfermedad no ha sido considerado por nuestra jurisprudencia en sí mismo como despido nulo por causa discriminatoria¹¹.

Debe destacarse el hecho de que la protección dispensada frente al despido por el Convenio 103 se refiere exclusivamente al periodo de suspensión por maternidad que contiene. No comprende pues, a diferencia del Convenio 3 OIT de 1919, la protección frente al despido durante todo el embarazo. Esta protección, sin embargo, sí que se establece en el art. 10 de la Directiva 92/85 y a ella se acomoda España. En nuestro ordenamiento, a partir del inicio del

¹⁰ El art. 55.6 ET (de 1980) establecía lo siguiente: "El despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia".

¹¹ Por todas, STS de 12 de julio de 2012, rec. 2789/2011. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, la doctrina sentada por el TJUE en el asunto *HK Danmark*, STJUE de 4 de abril de 2013, C-335/11 y C-337/11, que sí reconoció que un despido por razón de enfermedad podía constituir un despido discriminatorio por razón de discapacidad, prohibido por la Directiva 2000/78.

embarazo, conozca o no conozca esta situación el empresario¹², se aplica la calificación de despido nulo al que careciera de causa (art. 55.5 ET a partir de la ley 39/1999). La Recomendación 95 sugiere el alargamiento de la protección hasta, al menos, un mes después de finalizada la suspensión por maternidad (art. 4.1). La ley 39/1999 en España incorporó como causa de nulidad del despido sin causa que tuviera lugar entre el inicio del embarazo y el fin del permiso de maternidad, de lactancia, la reducción de jornada o la excedencia. El RD ley 5/2002 incrementó el ámbito de la protección hasta el cumplimiento de nueve meses de edad del hijo.

- d) Aunque no existe referencia alguna a la protección frente a trabajos peligrosos en el Convenio 103, esta sí que se refiere en la Recomendación 95 en la que se aconseja la prohibición de los trabajos considerados peligrosos durante el embarazo y hasta tres meses después del parto, así como durante el tiempo que durara la lactancia. Se recomienda también la configuración de un derecho de transferencia de puesto. En España la protección de las mujeres frente a los trabajos peligrosos se configuró durante el franquismo con el Reglamento, también aplicable a los menores, aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957. En el texto del Reglamento se hacía referencia a la prohibición de ciertos trabajos en atención a las circunstancias personales¹³ pero se trataba de menciones demasiado generales que no comprendían expresamente todas las prohibiciones contenidas en el art. 5.3 de la Recomendación 95 para las situaciones vinculadas a la maternidad (trabajos que implicaran levantamiento de pesos, esfuerzo físico excesivo, permanencia de pie durante largo tiempo, trabajos que requirieran equilibrio especial o utilización de máquinas que produzcan trepidación). La norma internacional que generó en España el cambio normativo determinante en el ámbito de la prevención del riesgo laboral de las mujeres embarazadas, en situación de parto reciente o lactancia fue la Directiva 92/85 de protección de la maternidad, que expresamente estableció la obligación de identificación del riesgo para obligar posteriormente a la adaptación del puesto, a la transferencia de puesto o, finalmente, a la exención de trabajar, si el puesto de trabajo resultaba peligroso para la salud de la madre, del feto o del niño lactante. Esta previsión se incorporó al art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales¹⁴, actualmente vigente, que traspone la Directiva 92/85 al establecer que, tras la correspondiente evaluación e identificación del riesgo, debe adecuarse el puesto de trabajo o, en su caso, transferirse a la trabajadora a puesto adecuado. La

¹² STC 92/2008, de 21 de julio de 2008; y STS, de 16 de enero de 2009, rec. 1758/08, salvo en el caso de despido durante el periodo de prueba, que no podría ser calificado de nulo cuando no concurre conocimiento del embarazo por parte del empresario (STS de 18 de abril de 2011, rec. 2893/2010, y STC 173/2013, de 10 de octubre de 2013).

¹³ El art. 1.e del Reglamento de trabajos peligrosos para mujeres y menores (Decreto de 26 de julio de 1957) establecía la prohibición de "todos aquellos trabajos que resulten inadecuados para la salud de estos trabajadores por implicar exceso esfuerzo físico o ser perjudiciales a sus circunstancias personales".

¹⁴ Ley 31/1995, de 8 de noviembre.

prestación específica que permitiría la exoneración de la obligación de trabajar en caso de que no fuera posible ni la adaptación ni la transferencia de puesto durante el embarazo se produjo por medio de la ley 39/1999, que configuró la prestación de riesgo durante el embarazo. Posteriormente, la ley 3/2007, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, configuró la prestación de riesgo durante la lactancia.

El trabajo nocturno de la mujer embarazada plantea una situación particular. No hay referencia al respecto en el Convenio 103 de la OIT, pero sí en el art. 5.1 de la Recomendación 95, en el que se establece que el trabajo nocturno y las horas extraordinarias deberían estar prohibidos a las mujeres embarazadas o lactantes. La misma rotundidad con la que se configura la prohibición del trabajo nocturno a las trabajadoras embarazadas en la Recomendación 95, aun sin contar con el correspondiente certificado médico de incompatibilidad, se advierte en el Convenio 171, de 1990, de la OIT¹⁵, sobre trabajo nocturno que en su art. 7.1.a establece que *se deberán tomar medidas para asegurar que existe una alternativa al trabajo nocturno para las trabajadoras que, a falta de tal alternativa, tendrían que realizar ese trabajo: a) antes y después del parto, durante un periodo de al menos dieciséis semanas, de las cuales al menos ocho deberán tomarse antes de la fecha presunta del parto. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos*. Destaca en esta redacción del art. 7 del Convenio 171 OIT que el periodo de ocho semanas preparto configura una situación de prohibición radical de trabajo nocturno (*deberán tomarse*). En el art. 26 de la Ley española de Prevención de Riesgos laborales no se reproduce esta rotundidad sino que sencillamente se establece que las medidas de ajuste *incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos*. Dado que España no ha ratificado el Convenio 171 OIT y dado que la Recomendación 95 no tiene carácter obligatorio no puede decirse que exista ninguna vulneración de norma internacional por parte de nuestro país. De cualquier modo, una eventual ratificación del Convenio 171 requeriría una modificación del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

- e) La Recomendación 95 sugiere una duración diaria del permiso de lactancia de hora y media, en tanto que el Convenio 103 hace referencia a dos descansos de media hora para permitir la lactancia. El ordenamiento español no cumple con la Recomendación 95 porque establece, en el art. 37.4 ET, un permiso de lactancia de una hora, divisible en dos medias horas, por lo que claramente establece una duración inferior. Tampoco cumple la recomendación 95 en lo referente a las instalaciones para la lactancia subvencionadas con cargo a la colectividad. Pero probablemente tampoco cumpla siquiera el Convenio 103 porque el art. 3.d. del Convenio 103 establece el derecho al permiso mientras dure la lactancia, sin configurar límites máximos, en tanto que el art. 37.4 ET establece la limitación temporal de los nueve meses de edad del hijo.

¹⁵ Fecha de entrada en vigor: 4 de enero de 1995.

Tercera fase: el Convenio 183 de la OIT de 2000

En 2000 se aprobó el Convenio 189 de la OIT¹⁶ sobre la protección de la maternidad, a efectos de revisar el Convenio 103. Hasta la fecha ha sido ratificado por 28 Estados, entre los que no se encuentra España. El mismo año 2000 se aprobó también la Recomendación 191 sobre protección de la maternidad. Seguidamente se exponen los principales contenidos de la nueva regulación internacional poniéndolos en relación con la normativa española:

- a) El Convenio 183 es el primero de los Convenios sobre protección de la maternidad que hace referencia a la conexión entre esta materia y la lucha contra la discriminación por razón de sexo.
- b) En los arts. 1 y 2 del Convenio se establece la aplicación del Convenio a todas las trabajadoras, incluidas las que desarrollan actividad en sectores atípicos.
- c) El art. 3 del Convenio 183 establece una referencia expresa a la necesidad de garantizar que las mujeres embarazadas o lactantes no deben realizar trabajos que resulten perjudiciales para ellas o sus hijos.
- d) En el Convenio 183 se establece una duración mínima de catorce semanas para el permiso de maternidad, de las cuales seis deben ser obligatorias posparto. Cumple, pues, el ordenamiento español con lo establecido en este Convenio. La Recomendación 191 establece, sin embargo, que debiera garantizarse una duración de, al menos, 18 semanas. Este contenido de la recomendación ha influido en las propuestas de reforma de la Directiva 92/85 en la Unión Europea que, de prosperar, obligarían a una revisión de la actual regulación española de la prestación de maternidad, que está establecida actualmente, con carácter general, en 16 semanas. Sí que cumple España la Recomendación en relación con la previsión de alargamiento del permiso en el caso de partos múltiples (2 semanas más por cada hijo a partir del segundo), y en la conveniencia de que la mujer tenga libertad para determinar libremente el momento del disfrute. También en lo relacionado con la garantía del mantenimiento de los ingresos, que aconseja la Recomendación en su art. 2 y que sigue la regulación española al garantizar el 100% de la base reguladora. Se mantiene en el Convenio 183 (art. 4.5.) la referencia, también contenida en el Convenio 103, a que en caso de error en la fecha prevista del parto, debe garantizarse el derecho a la percepción de la prestación de maternidad hasta el momento del parto. Como se expuso más arriba, este aspecto no está expresamente previsto en el ordenamiento español. Por lo demás, también se refiere en el Convenio 183 la necesidad de garantizar una licencia adicional para el supuesto de enfermedad motivada por el embarazo o el parto (art. 5) así como la necesidad de garantizar prestaciones adecuadas a las mujeres que no reunieran las condiciones exigidas para acceder a la prestación pecuniaria (art. 6.6.), lo que está contemplado en el ordenamiento español por medio de la prestación de incapacidad temporal, la prestación de

¹⁶ Fecha de entrada en vigor: 7 de febrero de 2002.

riesgo para el embarazo y la prestación por riesgo durante la lactancia (primer caso) así como por la prestación de maternidad no contributiva (segundo caso).

- e) En el art. 8 se hace referencia a la garantía frente al despido durante el embarazo, el permiso de maternidad y el periodo posterior a la reincorporación establecido por los ordenamientos internos. Resulta interesante que la protección frente al despido no se limite al permiso de maternidad, sino que abarque también el embarazo (como en el Convenio 3 de 1919) y un tiempo posterior a la reincorporación tras el permiso de maternidad que debe ser determinado por cada Estado. Asimismo, se consigna por primera vez en un Convenio sobre maternidad que la prueba de que la causa del despido es ajena al embarazo, nacimiento del hijo o lactancia corresponde al empresario. Todos estos aspectos del art. 8 del Convenio 189 son cumplidos por el ordenamiento español.
- f) El art. 9 del Convenio 189 es particularmente novedoso por sus dos contenidos: 1) en su primer apartado se establece que todo miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituye causa de discriminación en el empleo. De este modo se refiere expresamente la conexión entre maternidad y discriminación que aparece en el Preámbulo por referencia a diversas normas internacionales; 2) en su segundo apartado se establece la prohibición de que se exija a una mujer demandante de empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada, o a que presente un certificado médico negativo al respecto, salvo en los casos en que esté previsto expresamente en la legislación como medida preventiva de riesgos laborales. Nada se establece en la norma española acerca de los reconocimientos previos a la contratación, que pudieran condicionarla, pero hay dos derechos fundamentales que impedirían estas averiguaciones en el proceso selectivo: a) en general, el derecho a la intimidad personal establecido en el art. 18.1 de la Constitución impide la indagación, por medio de reconocimientos médicos, acerca de aquellos factores que resulten irrelevantes desde el punto de vista de la prevención¹⁷; b) con carácter particular, tanto el ordenamiento español (art. 8 de la ley 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres) como la normativa de la Unión Europea (art. 2.2.c Directiva 2006/54) establecen expresamente que la discriminación por razón de embarazo constituye discriminación por razón de sexo, lo que implica que no existe causa para rescindir el contrato cuando la trabajadora no informa acerca de su estado incompatible con el trabajo en el proceso selectivo, incluso cuando la duración del contrato fuera temporal y coincidiera con el tiempo de incompatibilidad por gestación¹⁸. De todo ello cabe deducir que resulta aplicable en el ordenamiento español la prohibición de cualquier indagación acerca del

¹⁷ Sobre el alcance de esta doctrina existe un gran número de pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Por todas, STC 196/2004, de 15 de noviembre. Un análisis crítico acerca del alcance de esta doctrina, entre otros, por Lousada Arochena, "Los límites de la vigilancia de la salud de los trabajadores", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 13, 2005.

¹⁸ STJCE de 4 de octubre de 2001, C-109/00, asunto *Tele Danmark*.

estado de la trabajadora, aunque este resultara incompatible temporalmente con el trabajo para el que se la contrata.

- g) La diferencia más relevante entre la regulación del Convenio 103 y la del 189 en torno al permiso de lactancia es su duración diaria, dado que ninguna referencia al respecto se hace en el Convenio 189, pese a que el Convenio 103 establecía una hora. Tampoco hay ninguna referencia temporal en la Recomendación 191. Cabe considerar, sin embargo, que el ordenamiento español no se averdría al Convenio 189 (como no se aviene actualmente al Convenio 103) puesto que prevé una duración máxima del permiso de lactancia que coincide con la edad de nueve meses del hijo, mientras que ambos Convenios no establecen limitación. Tampoco sigue la sugerencia de la Recomendación 191 acerca de la existencia de instalaciones que faciliten la lactancia.
- h) En el art. 10 de la Recomendación 191 aparece una interesante referencia a la transferencia de la prestación de maternidad al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre. La transferencia al padre en el caso de fallecimiento de la madre está actualmente garantizada por el art. 48.4 ET. Algo más problemática resulta la transferencia en caso de enfermedad sobrevenida de la madre con posterioridad al parto: actualmente resulta posible que, al inicio de la prestación de maternidad, la madre transfiera al padre el permiso de maternidad en aquel tiempo que excediera de las seis semanas obligatorias posparto. El problema es que este artículo 48.4 ET establece la necesidad de que la transferencia se produzca al padre al inicio del permiso de maternidad de la madre, lo que impide la transferencia por voluntad de la madre al padre cuando la baja médica surge con posterioridad, estando la madre disfrutando del permiso de maternidad. Tampoco se admite en el ordenamiento español la transferencia al padre del permiso de maternidad durante las primeras seis semanas posparto, aunque la madre se encuentre incapacitada por enfermedad¹⁹. En estos aspectos, pues, no sigue la norma española actual lo establecido en el art. 10 de la Recomendación 191 OIT.

¹⁹ Analicé el alcance de esta regulación en Ballester Pastor, *La prestación de maternidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 166 y 167.