

DERECHOS DEL TRABAJADOR EN CASO DE ENFERMEDAD GRAVE DE UN HIJO

Alicia Fernández-Peinado Martínez

Doctora. Profesora Ayudante LOU. Universidad de Alicante

EXTRACTO

El ordenamiento jurídico español prevé numerosos instrumentos para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral. No obstante, en la mayoría de los supuestos, estos mecanismos responden a la necesidad de atención de determinados sujetos que, por sus especiales características, necesitan del cuidado directo del trabajador (menores, personas discapacitadas, etc.). Además, es habitual que el ejercicio de estos derechos se condicione a la concurrencia de concretas circunstancias en las que la intervención del trabajador se hace más precisa, como ocurre, sin ir más lejos, en el supuesto del cuidado de un hijo que sufra una enfermedad. En efecto, debido a la natural dependencia de un menor respecto a sus progenitores, la atención de los padres deviene indispensable durante la convalecencia de un hijo, ya que, al habitual cuidado que requiere un hijo, se suman, por un lado, los cuidados especiales que se derivan de la enfermedad y, por otro, una mayor dedicación temporal. Ante esta situación, se torna necesario que el ordenamiento jurídico arbitre medidas encaminadas a facilitar la atención de los hijos.

El presente trabajo tiene por finalidad estudiar las concretas medidas que nuestro ordenamiento jurídico arbitra para que los trabajadores por cuenta ajena puedan atender a un hijo enfermo. En concreto se van a analizar el permiso y la reducción de jornada por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto; la reducción de jornada para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; la interrupción de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad ante la hospitalización del hijo a continuación del parto; y, por último, la ampliación del periodo de suspensión del contrato por maternidad en caso de hospitalización del hijo a continuación del parto.

Palabras claves: permiso, enfermedad de un hijo, suspensión del contrato y conciliación de la vida familiar y laboral.

Fecha de entrada: 20-02-2013 / Fecha de aceptación: 20-03-2013

WORKER RIGHTS IN CASE OF SERIOUS ILLNESS OF A CHILD

Alicia Fernández-Peinado Martínez

ABSTRACT

The Spanish legal system provides many tools to facilitate the reconciliation of work and family life. However, in the majority of cases, these mechanisms respond to the need of taking care of certain individuals who, due to their special characteristics, need a direct care worker (children, disabled etc.). Furthermore, it is common that the exercise of these rights is conditional upon the occurrence of certain circumstances in which workers' intervention becomes more accurate as it happens, for instance, in the course of looking after a child suffering from a disease. Indeed, due to the natural dependence on the parents, their attention becomes necessary during the convalescence of a child because if they usually require child care, on special conditions as these, special care is derived from the disease and a greater temporary dedication. Before this situation, it becomes necessary that the arbitrator sets legal measures to ensure the care of the children.

This paper aims to study the specific measures that our legal arbitration offers for employees to take care of a sick child. Specifically analyzed permission and shorter working hours for premature childbirth or if for any other reason, should they remain hospitalized after childbirth, reduced hours to look after children affected by cancer or other serious diseases, the interruption of the suspension of the employment contract with the maternity hospital soon after childbirth, and, finally, the extension of the suspension period of maternity contract in case of hospitalization of the child after birth.

Keywords: permission, illness of a child, suspension period of maternity contract and reconciliation of work and family life.

Sumario

- I. Introducción
- II. Derechos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores
 - 1. Permiso y reducción de jornada por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto
 - 2. Reducción de jornada para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave
 - 3. Suspensión del contrato de trabajo por maternidad y enfermedad del hijo
 - 3.1. La interrupción de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad
 - 3.2. Ampliación del periodo de suspensión del contrato por maternidad en caso de hospitalización del hijo a continuación del parto
- III. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de proporcionar a los trabajadores los mecanismos necesarios para conciliar la vida familiar y laboral ha dado lugar a un complejo entramado protector que, como se sabe, abarca una variada gama de mecanismos, tanto en el plano de la relación laboral individual como en el de la Seguridad Social. En efecto, en la actualidad, en el plano contractual, existen numerosos mecanismos, tales como la suspensión del contrato de trabajo, la excedencia, la reducción de jornada y los permisos retribuidos que pretenden que los trabajadores puedan cohonestar su vida familiar y laboral. Por su parte, en el ámbito de la Seguridad Social, también se arbitran diferentes prestaciones o beneficios que, de forma complementaria a los mecanismos contractuales o de modo autónomo, también tratan de fomentar la conciliación de la vida laboral y familiar, como las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Los distintos instrumentos de conciliación que el ordenamiento jurídico prevé, en la mayoría de los supuestos, responden a la necesidad de atención de determinados sujetos que, por sus especiales características, necesitan del cuidado directo del trabajador (menores, personas discapacitadas). Y es frecuente, además, que estos derechos se supediten a la concurrencia de determinadas circunstancias en las que la intervención del trabajador se hace más precisa como, por ejemplo, ocurre con la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o paternidad. Pues bien, entre las diferentes situaciones en las que la necesidad de conciliar la vida laboral y familiar resulta más patente, destaca el cuidado de hijos en caso de enfermedad. En efecto, dada la especial dependencia de un menor respecto a sus progenitores, la atención de los padres deviene indispensable durante la convalecencia de un hijo, ya que, al habitual cuidado que requiere este, se suman los cuidados especiales que derivan de la enfermedad. Antes esta situación, se torna necesario que el ordenamiento jurídico arbitre medidas encaminadas a facilitar la atención de los hijos.

El análisis de las distintas medidas existentes en nuestro ordenamiento jurídico establecidas específicamente para que los trabajadores puedan atender a un hijo enfermo es el objeto del este trabajo.

II. DERECHOS ESTABLECIDOS EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

1. PERMISO Y REDUCCIÓN DE JORNADA POR NACIMIENTO DE HIJOS PREMATUROS O QUE POR CUALQUIER OTRA CAUSA DEBAN PERMANECER HOSPITALIZADOS A CONTINUACIÓN DEL PARTO

La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (en adelante, Ley 12/2001) vino a satisfacer

una reivindicación que la doctrina científica venía reclamando hacía tiempo: el establecimiento de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral que atendiesen la peculiar situación en la que se encontraban los padres de hijos prematuros o que por cualquier otra causa tuvieran que permanecer hospitalizados a continuación del parto¹. En efecto, en tales supuestos los progenitores se encontraban en la situación de proseguir con la prestación de servicios sin contar con tiempo, si ello fuera necesario, para atender al recién nacido durante su hospitalización.

Es por ello que, para garantizar «la atención materna y paterna del neonato» mientras permaneciera hospitalizado², se establecen dos derechos: el derecho a ausentarse del trabajo durante una hora y el derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas con la disminución proporcional de su salario. No obstante, la deficiente técnica legislativa con que se han regulado ambos derechos genera no pocos problemas aplicativos que es preciso analizar.

La primera cuestión a tratar se centra en la determinación de la situación protegida. A tenor del artículo 37.4 bis del ET, surgirá el derecho al permiso o a la reducción de jornada «en los casos de nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto», de modo que, parece obvio, dado la letra del precepto, que es presupuesto necesario la existencia de un parto y que, por ello, dichos derechos únicamente surgirán en caso de maternidad biológica y no en el supuesto de adopción o acogimiento³, lo que, a mi juicio, carece de justificación, puesto que, sea cual sea la filiación del menor, tanto los progenitores biológicos como adoptivos necesitarán contar con tiempo para poder atender las necesidades de su hijo⁴.

Como se sabe, este derecho nace tanto en caso de nacimiento de hijo prematuro como en aquellos supuestos en los que el hijo deba permanecer hospitalizado a continuación del parto. Si bien es cierto que el supuesto de hospitalización por nacimiento de hijo prematuro no presenta grandes problemas interpretativos, no cabe decir lo mismo respecto del segundo. Y es que, según la norma, el derecho al permiso o a la reducción de jornada también surgirá cuando «por cualquier otra causa» el hijo deba permanecer hospitalizado a continuación del parto sin precisar si dicha hospitalización ha de tener su origen en el estado de salud del recién nacido o, por el contrario, si también operará cuando el hijo deba continuar hospitalizado por causas ajenas a su salud. Al

¹ En este sentido, *vide* SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Los permisos retribuidos del trabajador», Elcano (Aranzadi), 1999, pág. 194 y DE VICENTE PACHÉS, F. e IBÁÑEZ GONZALBO, M.: «El permiso por maternidad en el caso de nacimiento de un hijo prematuro. Un supuesto lamentablemente olvidado», *Tribuna Social*, núm. 123, 2001, pág. 20 y ss.

² Exposición de motivos de la Ley 12/2001.

³ En contra, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Derechos laborales de los padres con neonatos hospitalizados», *Aranzadi Social*, núm. 17, 2002, pág. 55 y GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M.: *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 57.

⁴ *Vide* VIQUEIRA PÉREZ, C.: «Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: deficiencias y problemas aplicativos», *Aranzadi Social*, núm. 10, 2010, pág. 19. En el mismo sentido, pero en relación con el permiso por lactancia, *vide* CABEZA PEREIRO, J.; ELÓSEGUI ITXASOM, M. y PÉREZ DEL RÍO, T.: *Ley de Igualdad y contrato de trabajo*, Madrid: Francis Lefebvre, 2007, pág. 126.

margen de esta cuestión, tampoco la norma concreta cuál es el alcance de la expresión «a continuación del parto», lo que genera no pocos problemas aplicativos.

Como se acaba de señalar, la primera cuestión que suscita la letra del precepto es si el supuesto de hecho solo se refiere a la hospitalización que derive de la situación clínica del hijo o también se entienden incluidos los supuestos en los que el hijo tenga que permanecer en el centro sanitario por causas ajenas a su estado de salud, como, por ejemplo, podría acontecer en el supuesto de que fuera la madre la que necesitara la hospitalización tras el parto. En mi opinión, aunque la dicción legal es lo suficientemente amplia para cobijar ambos supuestos –tanto la hospitalización motivada por el estado de salud del recién nacido como la que tenga su origen en otras causas–, no creo que esta fuera la intención del legislador, como revela, además de la trayectoria de la previsión durante su tramitación parlamentaria, el hecho de que el precepto se refiera expresamente a la hospitalización derivada del nacimiento prematuro⁵.

En efecto, una rápida consulta del BOCG pone de manifiesto que esta previsión tuvo como objetivo inicial facilitar la atención materna y paterna de los hijos en los casos de parto prematuro en los que el delicado estado de salud del recién nacido obligaba a su hospitalización, extendiéndose el mismo tratamiento a otros supuestos en los que la situación clínica del hijo determinase también su ingreso⁶. Además, se ha de tener en cuenta que, si la intención del legislador hubiera sido que tales derechos surgieran en caso de hospitalización del hijo con independencia de su causa –esto es con independencia del estado de salud del recién nacido–, carece de sentido que la norma cite explícitamente el nacimiento prematuro.

Por su parte, la exigencia de que la hospitalización tenga lugar «a continuación del parto» también genera no pocas dudas en la determinación del supuesto de hecho. En efecto, la expresión «a continuación del parto» resulta en extremo imprecisa ya que puede interpretarse tanto en sentido estricto, de manera que entre el nacimiento y el ingreso del hijo no haya de mediar interrupción, como en un sentido más amplio, de modo que incluya aquellas hospitalizaciones que, sin ser inmediatamente posteriores al parto, se encuentren próximas al mismo. De este modo, si se optase por una interpretación literal, los trabajadores no tendrían acceso al permiso o a la reducción de jornada cuando entre el parto y la hospitalización mediara un lapso de tiempo, por ínfimo que este fuera; mientras que, si se opta por una interpretación más laxa, el derecho también surgiría en el caso de que mediara un periodo de tiempo entre el alumbramiento y el ingreso del hijo.

⁵ Vide SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Derechos laborales de...», ob. cit., pág. 52. En sentido contrario GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, Madrid: CES, 2004, pág. 146 y GARCÍA ARCE, M. C.: «Reducciones de jornada y permisos de trabajo por razones familiares», en AA. VV., *Mujer y trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2003, pág. 106.

⁶ Así se pone de manifiesto en la Proposición de Ley de modificación del régimen jurídico de los permisos de maternidad y paternidad en el supuesto de nacimientos de niños y niñas prematuros (122/000114). Diario de Sesiones Congreso de los Diputados, núm. 76 de 17 de abril de 2001, pág. 3.850.

A mi modo de ver, esta segunda interpretación es más adecuada por varias razones. En primer lugar, porque parece difícilmente justificable que cuando el ingreso tenga lugar a continuación del parto surja el derecho al permiso o el derecho a la reducción de jornada mientras que, si tiene lugar en un momento posterior, se excluya dicha posibilidad, porque, sea cual sea el momento en que tenga lugar la hospitalización del recién nacido, la necesidad de los progenitores de atender al recién nacido mientras permanezca hospitalizado es la misma⁷. Y, en segundo lugar, porque así se desprende de una interpretación sistemática de la norma en relación con otro importante derecho que también introdujo la Ley 12/2001 junto con el permiso y la reducción de jornada: la posibilidad de que el disfrute de la suspensión del contrato por maternidad se interrumpa durante la hospitalización del recién nacido.

En efecto, como se sabe, la trabajadora que dé a luz tiene derecho a un periodo descanso de 16 semanas que, con carácter general, han de disfrutarse ininterrumpidamente. Pues bien, antes de la modificación operada por la Ley 12/2001, el carácter ininterrumpido del descanso por maternidad no admitía excepción alguna, lo que ocasionaba que en caso de hospitalización del hijo la trabajadora o, en su caso, el otro progenitor debían de consumir todo el periodo de descanso por maternidad, aunque los cuidados que pudieran dispensar al recién nacido mientras tanto fueran muy limitados. Con el agravante de que, cuando fuera dado de alta el hijo, parte o, incluso, todo el periodo de suspensión habría sido disfrutado en vano. Por otra parte, tampoco existía ninguna previsión específica que permitiese a los progenitores, una vez se hubieran reincorporado a su puesto de trabajo, ausentarse o reducir su jornada de trabajo para poder hacerse cargo del recién nacido⁸. Es en este contexto en el que la Ley 12/2001 introdujo la posibilidad de interrumpir el descanso por maternidad en caso de hospitalización del recién nacido (ya fuera por nacimiento prematuro o cualquier otra causa), de modo que ambos progenitores pudieran retomar la actividad laboral hasta que el hijo fuera dado de alta, momento en el cual se reactiva la suspensión del contrato de trabajo por maternidad.⁹

De forma complementaria a este derecho, también se introdujo la posibilidad de disfrutar de un permiso o de una reducción de jornada, de modo que los progenitores que seguían prestando servicios –ora por reincorporarse al trabajo en caso de interrupción de la suspensión del contrato

⁷ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Derechos laborales de...», págs. 52 y 53, y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «Reducciones de jornada y ausencias por motivos familiares», en AA. VV., *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares. Estudio de los derechos y las medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002)*, Madrid: CES, 2004, págs. 114 y 115.

⁸ Si bien es cierto que el ET preveía la posibilidad de reducir la jornada por cuidado de hijo (art. 37.5), también lo es que exigía para poder ejercitar el derecho que la reducción de jornada fuera como mínimo de un tercio de la jornada ordinaria de trabajo con la correspondiente reducción del salario. Dicha reducción mínima podía resultar excesivamente gravosa para el trabajador si se tiene en cuenta que, en la mayoría de los casos, el tiempo que podía pasar con el recién nacido era muy limitado.

⁹ En este sentido, *vide* el apartado 3 de este mismo epígrafe.

de trabajo por maternidad, ora porque, tratándose del otro progenitor, no puede disfrutar del descanso por maternidad— pudieran hacerse cargo, en la medida de lo posible, del recién nacido¹⁰.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que ambos derechos —la interrupción del descanso por maternidad por hospitalización del hijo y el permiso o reducción de jornada en caso de hospitalización del hijo— se pueden ejercitar de manera coordinada. Pues bien, si el derecho a interrumpir el descanso por maternidad puede ejercitarse en los supuestos en los que la hospitalización del hijo no tenga lugar inmediatamente tras el parto¹¹, el derecho a ausentarse o a reducir la jornada en caso de hospitalización del hijo deberá de operar en las mismas circunstancias. De lo contrario, si el derecho a ausentarse del trabajo y el derecho a la reducción de jornada solo operaran en los supuestos en los que el hijo es ingresado inmediatamente tras el alumbramiento, podría darse la situación de que el trabajador que interrumpiese el disfrute del descanso por maternidad ante la hospitalización del hijo una vez transcurrido un lapso de tiempo, aunque este fuera mínimo, ya no pudiera acceder al permiso o a la reducción de jornada por esta misma causa¹².

Una vez admitida la posibilidad de que el derecho al permiso y a la reducción de jornada operen en los supuestos en los que la hospitalización del hijo no se produzca inmediatamente a continuación del parto, queda por determinar en qué plazo deberá tener lugar la hospitalización para que surjan ambos derechos, puesto que la previsión estatutaria no establece nada al respecto. A mi modo de ver, teniendo en cuenta el carácter complementario que tienen estos derechos y el derecho a la interrupción del descanso por maternidad, el permiso o a la reducción de jornada podrían ejercitarse en el plazo de 30 días naturales a contar desde el nacimiento que se considera aplicable para interrumpir el descanso por maternidad¹³.

También se plantea la duda de si en caso de parto múltiple puede entenderse que cada hijo que haya de ser hospitalizado genera derecho a un permiso o a una reducción de jornada de forma autónoma o, por el contrario, es indiferente el número de hijos que se encuentren en dicha tesitura. A mi modo de ver, aunque desde una interpretación teleológica tal posibilidad sería factible¹⁴, la letra del precepto no acompaña tal interpretación, ya que utiliza la expresión «en los casos de nacimiento de hijos...», lo que parece significar que nace un único permiso con independencia del número de hijos que hayan sido hospitalizados¹⁵.

¹⁰ GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «La maternidad y...», ob. cit., pág. 144

¹¹ *Vide* el apartado 3 de este mismo epígrafe.

¹² GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M.: «Los derechos de conciliación...», ob. cit., pág. 56.

¹³ En este sentido, *vide* el apartado 3 de este mismo epígrafe.

¹⁴ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Derechos laborales de...», ob. cit., pág. 55. Al respecto, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. propone la aplicación analógica de los pronunciamientos judiciales sobre la posible acumulación de la ausencia/reducción por lactancia, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «Reducciones de jornada...», ob. cit., pág. 117.

¹⁵ GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «La maternidad y...», ob. cit., pág. 147.

Una vez determinado el supuesto de hecho que da lugar al nacimiento de ambos derechos, se ha de analizar el concreto contenido de estos. Como se sabe, en caso de hospitalización del hijo a continuación del parto el ET prevé el nacimiento de dos derechos: el derecho «a ausentarse del trabajo durante una hora» y el derecho «a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario». Por tanto, ya en una primera aproximación, es claro que la norma prevé que el trabajador pueda optar por dos mecanismos diferentes, con, por tanto, efectos distintos tanto sobre el contrato de trabajo como en otros ámbitos, como pueda ser el de la Seguridad Social.

Si bien es cierto que el contenido del derecho a la reducción de jornada aparece enunciado con claridad (consistirá en la disminución de la jornada de trabajo «hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario»), también lo es que no puede afirmarse lo mismo del derecho a ausentarse del trabajo. En efecto, por lo que se refiere al derecho a ausentarse, lo primero que llama la atención es la falta de rigor técnico, puesto al reconocer meramente el «derecho a la ausencia» sin precisar cuáles son sus efectos sobre el contrato de trabajo, se plantean importantes dudas interpretativas en torno a su naturaleza y efectos. A mi modo de ver, cuando el ET hace referencia al derecho «a ausentarse del trabajo durante una hora» está reconociendo al trabajador el derecho a un permiso. Y es que la expresión «ausencia del trabajo» es también la utilizada en el artículo 37.3 del ET que regula los permisos así como en el artículo 37.4 del ET, dedicado al permiso por lactancia¹⁶. Tampoco concreta la norma si el permiso por hospitalización de un hijo de una hora tiene carácter retribuido. A mi juicio, este permiso tiene carácter retribuido, dado que la norma no dice lo contrario, a diferencia del derecho a la reducción de jornada en la que se establece claramente su carácter no remunerado¹⁷.

Por lo que hace a la duración del permiso y la reducción de jornada la norma es clara, ya que establece que el permiso tendrá una duración de una hora mientras que la reducción de jornada será de cómo máximo de dos horas. Al respecto, cabe plantearse si, para los trabajadores a tiempo parcial o con jornada reducida por cualquier otra causa, la duración del permiso y la reducción de jornada será la prevista con carácter general en el artículo 37.4 bis o habrá de reducirse en función de la jornada de trabajo realizada. A mi modo de ver, la duración del permiso y la reducción de jornada en ambos casos será la misma que para los trabajadores que presten servicios a tiempo completo, puesto que ni en el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial¹⁸ ni en el

¹⁶ GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «La maternidad y...», ob. cit., pág. 145

¹⁷ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «Reducciones de jornada...», ob. cit., pág. 116, y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Derechos laborales de...», ob. cit., pág. 56.

¹⁸ Por lo que hace a los trabajadores a tiempo parcial, porque el artículo 12.4 d) del ET, que establece las reglas que rigen la contratación a tiempo parcial, declara con carácter general que «los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo» especificando a continuación que «Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los Convenios Colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado», reconocimiento expreso que el artículo 37.4 bis no contiene. GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M.: «Los derechos de conciliación...», ob. cit., pág. 58.

del la reducción de jornada por hospitalización del hijo¹⁹ se prevé que el tiempo de permiso sea reconocido en función de la jornada realizada por el trabajador. Además, atendiendo a la finalidad de la norma, si en estos supuestos se estableciese la duración del permiso en relación con la de la jornada realizada, difícilmente el trabajador contaría con tiempo suficiente para poder hacerse cargo del recién nacido²⁰.

Tampoco la norma regula claramente el tiempo durante el cual el trabajador podrá ejercitar estos derechos, puesto que el artículo 37.4 bis del ET no hace referencia expresa a tal extremo. No obstante, mediante una lectura detenida del precepto, se puede perfilar su régimen. En cuanto al momento de inicio del periodo de disfrute, aunque resulta obvio que este tendrá lugar una vez haya cursado la hospitalización de hijo, no lo es tanto si deberá comenzar a disfrutarse de inmediato tras el ingreso hospitalario o, por el contrario, el trabajador podrá ejercitar el derecho con posterioridad. En mi opinión, dado que la norma no establece ningún plazo dentro del cual deba ejercitarse el derecho, no existe óbice para entender que el trabajador podrá disfrutar del derecho en cualquier momento durante la hospitalización del recién nacido. Por lo que hace al término final del periodo de disfrute, aunque el precepto también guarda silencio, será el que determine el trabajador o, en todo caso, cuando desaparezca el supuesto habilitante, esto es, la hospitalización del hijo, ya porque sea dado de alta o ya por su fallecimiento²¹. En resumen, la duración del permiso y la reducción de jornada será la que determine el trabajador, pudiendo empezar en cualquier momento tras la hospitalización del hijo²², y extendiéndose, como máximo, hasta el alta hospitalaria del hijo.

La dinámica del disfrute de la reducción de jornada y del permiso por hospitalización del hijo presenta no pocos puntos conflictivos: si ambos derechos se pueden disfrutar simultáneamente, si se pueden ejercer al mismo tiempo por ambos progenitores y el régimen aplicable para su concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute.

Empezando por el primero de los aspectos citados, la posibilidad de disfrutar al mismo tiempo el permiso de una hora y la reducción de jornada de dos horas, aunque podría admitirse tal posi-

¹⁹ En este sentido resuelve la STSJ de Castilla y León de 30 de mayo de 2012 (rec. núm. 287/2012) en relación con la duración del permiso por lactancia en caso de que el trabajador estuviera disfrutando previamente de una reducción de jornada por guarda legal.

²⁰ En efecto, si se aplicase dicha reducción, podría llegarse al absurdo de que el trabajador a tiempo parcial o con jornada reducida tuviera derecho a un permiso o a una reducción de jornada totalmente insuficiente, que no cumpliría, ni de lejos, con la finalidad pretendida como, por ejemplo, ocurriría en el supuesto de un trabajador a tiempo parcial cuya jornada fuera del 50% respecto de un trabajador a tiempo completo comparable, ya que la duración del permiso ascendería solo a 30 minutos.

²¹ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Derechos laborales de...», ob. cit., pág. 54, y GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «La maternidad y...», ob. cit., pág. 146.

²² Ahora bien, se ha de tener en cuenta que el trabajador deberá preavisar al empresario cuando proceda tal y como dispone el artículo 37.6 del ET.

bilidad, dado que el precepto no establece expresamente que el disfrute de uno excluya el otro²³, a mi modo de ver, su ejercicio no puede ser simultáneo. Dos razones me llevan a no admitir el disfrute simultáneo de ambos derechos. En primer lugar, porque esta es la dinámica seguida en la regulación del permiso por lactancia, que, como se sabe, es el modelo sobre el que a posteriori se diseñó el permiso por hospitalización del hijo a continuación del parto. Y, en segundo lugar, desde una perspectiva de conjunto de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, porque para el caso de que el trabajador necesite una mayor dedicación, el ordenamiento prevé otros derechos como, por ejemplo, la reducción de jornada para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Por otra parte, a la cuestión de si es posible el ejercicio simultáneo por ambos progenitores de los derechos reconocidos en el artículo 37.4 bis del ET se ha de responder negativamente, puesto que al respecto el ET es claro cuando dispone que pueden ejercer tales derechos «la madre o el padre»²⁴.

Por lo que respecta a la concreción horaria y a la determinación del disfrute de ambos derechos, el permiso y la reducción de jornada, la primera duda que se plantea es cuál es el régimen aplicable, ya que el artículo 37.4 bis del ET dispone que «para el disfrute de este *permiso* se estará a lo previsto en el apartado 6 de este artículo»²⁵. Esto es, únicamente se refiere al permiso obviando, pues, el derecho a la reducción de jornada. Por tanto, de entrada, es necesario determinar si el régimen de disfrute contenido en el apartado 6 del mismo precepto es el aplicable al derecho a la reducción de jornada de dos horas diarias o no.

A mi modo de ver, son más y de mayor peso los argumentos que sustentan la aplicación de dicho régimen al derecho a la reducción de jornada. Por un lado, el hecho de que dicha previsión actúe como cláusula de cierre del precepto lleva a pensar que la intención del legislador era hacerla extensible a todo su contenido. Y, por otro, resultaría incongruente que al resto de derechos relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral les fuera aplicable lo preceptuado en dicho apartado y no al derecho a la reducción de jornada por hospitalización del hijo a continuación del parto.

Pues bien, una vez concretado que tanto el disfrute del permiso como la reducción de jornada por hospitalización del hijo a continuación del parto se regirán por lo establecido en el artículo 37.6 del ET, se ha de analizar cuál es su régimen jurídico. Según dicho precepto tanto la concreción horaria como la determinación del periodo de disfrute del permiso y la reducción de

²³ De hecho, en tal sentido se puede argumentar que, tras enunciar el derecho a un permiso de una hora, utiliza, para introducir el derecho a la reducción de jornada, la expresión «asimismo», cuyo significado es «también». Si la intención del legislador hubiese sido permitir el ejercicio de un derecho u otro, lo lógico es que hubiera optado por una conjunción disyuntiva.

²⁴ En este sentido, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Derechos laborales de...», ob. cit., pág. 52, y GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «La maternidad y...», ob. cit., págs. 147 y 148.

²⁵ Precepto que regula el régimen de disfrute de los diferentes derechos que el artículo 37 prevé con motivo de la conciliación de la vida familiar y laboral.

jornada corresponde al trabajador «dentro de su jornada ordinaria de trabajo». Por tanto, es el trabajador el que decide ejercitar estos derechos, concretando cómo afectará su disfrute a su jornada de trabajo (determinación horaria), y durante cuánto tiempo (determinación del periodo de disfrute). La extensión temporal del periodo de disfrute del permiso y la reducción de jornada ya ha sido tratada cuando se ha analizado el contenido del derecho, por lo que las siguientes líneas únicamente se van a centrar en la determinación horaria de ambos derechos.

En cuanto a la determinación horaria del permiso y la reducción de jornada, la principal cuestión que se plantea es si su disfrute ha de ser diario (ausentarse del trabajo una hora al día o reducir la jornada diaria en dos horas) o bien podrá acumularse en jornadas completas. Por lo que respecta al permiso de una hora, dado que la norma no prevé expresamente su acumulación en jornadas completas²⁶, lo lógico es pensar que su disfrute será diario, aún en el caso de que resulte insuficiente a los fines perseguidos²⁷. Sin embargo, la respuesta no es tan sencilla para el supuesto de reducción de jornada, puesto que, además de su disfrute diario, cabe plantearse la posibilidad de su acumulación en jornadas completas. En efecto, teniendo en cuenta, por un lado, que la jornada de trabajo, como se sabe, puede expresarse tanto en computo diario como semanal, mensual o, incluso anual y, por otro, que el artículo 37.6 del ET establece que la concreción horaria del permiso o la reducción de jornada corresponde al trabajador «dentro de su jornada ordinaria de trabajo», podría admitirse tal posibilidad.

Sin embargo, a mi modo de ver, tal opción no encaja con la finalidad pretendida por la norma, puesto que este derecho justamente se estableció para que los padres contaran con el tiempo necesario para cuidar al recién nacido cuando, por su estado de salud, este permaneciera hospitalizado y su acceso al mismo estuviera limitado²⁸. A mayor abundamiento, se ha de tener en cuenta que el ordenamiento jurídico proporciona otros mecanismos a los que puede recurrir el trabajador en caso de que la reducción de jornada regulada en el artículo 37.4 bis del ET sea insuficiente: La reducción de jornada por cuidado de hijos (párrafo 1.º, art. 37.5 ET) y la reducción de jornada en caso de hospitalización de un hijo por enfermedad grave (párrafo 3.º, art. 37.5 ET).

Aunque, como se sabe, la decisión de disfrutar del derecho a la reducción de jornada y al permiso corresponde al trabajador, el ET regula el ejercicio de los mismos con la finalidad de con-

²⁶ A diferencia del permiso por lactancia regulado en el artículo 37.4, en el que se establece que quien ejerza este derecho podrá «acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella».

²⁷ En este sentido, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Derechos laborales de...», pág. 50, y GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «La maternidad y...», ob. cit., pág. 146.

²⁸ De hecho, como ya se ha apuntado, la reducción de jornada por hospitalización del hijo a continuación del parto (y el permiso por esta misma causa, obviamente) complementa, aunque no necesariamente, al derecho a interrumpir la suspensión del contrato de trabajo por maternidad en caso de hospitalización del hijo, que, como se sabe, tiene por finalidad garantizar que los padres no agoten el permiso infructuosamente y cuenten con el tiempo de descanso por maternidad para cuando el hijo sea dado de alta.

seguir armonizar los distintos intereses en juego: por un lado, la conciliación de la vida familiar y personal del trabajador y, por otro, la adecuada organización productiva de la empresa. Es por ello que, el artículo 37.6 del ET exige que el trabajador comunique anticipadamente al empresario las fechas en las que se iniciará y finalizará el ejercicio del derecho, de modo que este cuente con tiempo suficiente para organizar la actividad productiva. En efecto, a tenor del artículo 37.6 del ET, «el trabajador salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que determine el convenio colectivo aplicable precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada». Ahora bien, como se desprende del precepto, las obligaciones formales que ha de cumplir el trabajador en relación con la comunicación serán distintas en función de que concurra o no causa de fuerza mayor.

Así, a tenor de la regulación estatutaria, en caso de que concurra causa de fuerza mayor, el trabajador podrá disfrutar inmediatamente del permiso o la reducción de jornada. Sin embargo, aunque el disfrute del derecho pueda ser inmediato, sin mediar plazo de preaviso, el trabajador deberá justificar a posteriori al empresario la causa que motivo el repentino ejercicio del derecho, puesto que, de lo contrario, la ausencia podría considerarse injustificada. Por otra parte, no puede pasarse por alto que el ET no concreta qué ha de entenderse por «fuerza mayor», lo que en la práctica puede generar no pocos problemas aplicativos. No obstante, ante la falta de definición legal, debería tenerse en consideración el contenido del artículo 7.1 de la Directiva 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental y que regula las ausencias del trabajo por motivos de fuerza mayor cuando estos estén «vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador».

Por su parte, si no concurra causa de fuerza mayor, para poder acceder al permiso o a la reducción de jornada por hospitalización del hijo a continuación del parto, el ET establece que el trabajador «deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable». Es decir, la norma abre la puerta a la posible ordenación por el convenio colectivo del plazo en que el trabajador deberá comunicar al empresario el disfrute de los derechos regulados en el artículo 37.4 bis del ET.

En cuanto a la forma de la comunicación, concurra o no fuerza mayor, la regulación legal no establece nada, por lo que esta podrá ser verbal o escrita, aunque, obviamente, es aconsejable que se realice por algún medio que deje constancia de la misma. Por lo que se refiere al contenido de la comunicación, la ley únicamente exige que se precise «la fecha en que se iniciará y finalizará el permiso». La escueta previsión normativa deja en el aire importantes cuestiones sobre las que conviene reflexionar. Por un lado, se ha de tener presente que, aunque el precepto no lo exige expresamente, será necesario que en dicha comunicación conste también la concreción horaria del permiso o la reducción de jornada, puesto que, de lo contrario, difícilmente el empresario podría proceder a organizar adecuadamente sus recursos. Y, por otro, aunque la norma establece que en la comunicación se haga constar la fecha en que finalizará el permiso, dicha fecha no será, en mi opinión, vinculante, puesto que la duración del permiso se puede extenderse hasta el alta hospitalaria del hijo que, como depende de circunstancias biológicas, difícilmente se podrá precisar con seguridad.

2. REDUCCIÓN DE JORNADA PARA EL CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE

Una de las novedades más destacadas de los últimos años en materia de conciliación de la vida laboral y familiar ha sido la introducción de un nuevo supuesto de reducción de jornada a la que los trabajadores pueden acceder en caso de que un menor a su cargo sea hospitalizado a causa de una enfermedad grave (art. 37.5 ET, párrafo 3.º). Además, junto con la reducción de jornada también se ha introducido una nueva prestación de Seguridad Social de homónima denominación y que tiene por finalidad suplir la disminución del salario consustancial a la reducción de jornada (art. 135 quáter LGSS). El estudio se va a centrar la figura de la reducción de jornada para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, tratando únicamente el régimen jurídico de la correspondiente prestación en aquellos aspectos en los que sea conveniente.

La determinación de los supuestos en que nace el derecho a la reducción de jornada no es nada sencilla, puesto que la dicción del precepto que lo regula (art. 37.5 ET, párrafo 3.º) es muy confusa. En efecto, a tenor del mismo, «el progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo (...) para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique su ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente (...)». En una primera aproximación, parece, pues, que los requisitos que han de concurrir para que nazca el derecho a la reducción de jornada son tres: que el menor sufra una enfermedad; que la enfermedad sea grave; y, por último, que dicha enfermedad dé lugar a la hospitalización del menor de larga duración y en la que sea preciso el cuidado directo, continuo y permanente por el trabajador. Pasemos a analizarlos detenidamente.

La primera idea que se desprende de la lectura de la norma es que, para que nazca el derecho a la reducción de jornada por enfermedad de un hijo, es indiferente cuál sea la causa de la enfermedad. En efecto, cuando el precepto se refiere expresamente al «cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas)», ha de entenderse que esta enumeración tiene únicamente carácter ejemplificativo, puesto que a continuación hace extensivo el derecho a los supuestos en los que el menor esté afectado «por cualquier otra enfermedad...». Por otra parte, no se puede dejar de plantear si surge este derecho en los supuestos en los que la alteración de la salud del hijo derive de un accidente, porque, aunque la norma se refiera únicamente a la enfermedad, a mi juicio, el derecho a la reducción de jornada también ha de surgir en estos supuestos, ya que la situación de necesidad a la que los padres se enfrentan es la misma.

Para que nazca el derecho a la reducción de jornada, el menor ha de padecer una enfermedad que ha de ser grave y tiene que ocasionar la hospitalización del menor. Por lo que respecta a la gravedad de la patología, la norma no especifica cómo habrá de valorarse, por lo que, a mi modo de ver, se tendrá que tomar en consideración el informe emitido por el Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente al que hace

referencia el propio precepto. Al respecto, con carácter orientativo, se podría tener en cuenta el listado de enfermedades establecido reglamentariamente para percibir la prestación para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. En efecto, para percibir la prestación por tal contingencia se exige que la dolencia sufrida por el menor esté incluida en el listado de enfermedades graves relacionada en el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave²⁹. De cualquier modo, si la enfermedad padecida por el menor no estuviera incluida en el listado contenido en el Real Decreto 1148/2011 pero fuera calificada como grave por el Servicio Público de Salud, el trabajador tendría derecho a la reducción de jornada por enfermedad de un hijo, ya que la norma estatutaria reconoce el derecho cuando la enfermedad sea calificada como grave sin más limitaciones.

El segundo requisito que ha de concurrir para que nazca el derecho a la reducción de jornada es que dicha enfermedad grave dé lugar a una hospitalización de larga duración durante la cual el menor requiera el cuidado directo, continuo y permanente del trabajador. Aunque la norma es clara al exigir la concurrencia de la hospitalización para que surja el derecho a la reducción de jornada³⁰, lo cierto que se plantean ciertas dudas en relación, por un lado, con cuándo se entenderá producida dicha hospitalización y, por otro, con la determinación de los requisitos que han de caracterizarla (larga duración y atención directa, permanente y continua).

En efecto, cuando el precepto exige que concurra el requisito de la hospitalización, evidentemente está haciendo referencia a aquellos supuestos en los que el menor es ingresado en un hospital público, pero se plantea la duda de si tienen la misma consideración los ingresos llevados a cabo en un hospital privado o el supuesto de hospitalización domiciliaria³¹. Por lo que respecta a los internamientos clínicos realizados en centros privados, a mi modo de ver, no existe ningún inconveniente para que surja el derecho a la reducción de jornada, puesto que la norma únicamente exige la concurrencia de la hospitalización del hijo, sin especificar que esta deba tener lugar en un centro público o privado³². Por su parte, en los casos de hospitalización domiciliaria ya sea inicialmente o tras un periodo de hospitalización en un centro, la necesidad de que nazca el de-

²⁹ A tenor del artículo 3 del Real Decreto 1148/2011, «A efectos del reconocimiento de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, tendrán la consideración de enfermedades graves las incluidas en el listado que figura en el anexo de este Real Decreto».

³⁰ En dos ocasiones el precepto hace referencia a este requisito: «El progenitor (...) tendrá derecho a una reducción de jornada (...) durante la hospitalización y tratamiento continuado del menor afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario (...)».

³¹ Aunque la hospitalización a domicilio a nivel nacional se encuentra muy poco desarrollada, en diversas comunidades autónomas es una práctica habitual, como es el caso de la Comunidad Valenciana, donde cuenta con su propia normativa reguladora, la Orden de 26 de mayo de 1995 de la Conselleria de Sanitat i Consum por la que se crean las unidades de hospitalización a domicilio en los hospitales del Servicio Valenciano de Salud.

³² En este sentido se expresa el artículo 2.2 del Real Decreto 1148/2011.

recho a la reducción de jornada resulta, en mi opinión, más que justificada, puesto que en estos supuestos la atención del menor por parte de los progenitores es indispensable³³.

Sea como fuere, a mi modo de ver, condicionar el ejercicio del derecho únicamente a los casos en los que la enfermedad dé lugar a la hospitalización del hijo deja carente de protección aquellos supuestos en los que, aunque el menor padezca una enfermedad grave que exija a la atención constante de los padres, no se produzca su ingreso hospitalario. Lo que, a mi juicio, carece de justificación, ya que la necesidad de atención de los padres es la misma con independencia de que sea necesario o no el ingreso hospitalario del menor.

Por otra parte, para que el derecho surja, la norma establece que el ingreso ha de ser «de larga duración» y, además, que «requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente (por el trabajador), acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente». Por lo que hace al primero de los requisitos que ha de reunir la hospitalización, la ley no especifica cuándo esta tendrá la consideración de larga (un mes, dos meses...) lo que, sin duda, va a generar no pocos problemas aplicativos.

Además de que la hospitalización sea de larga duración, durante la misma es necesario el cuidado directo, continuo y permanente del menor por el trabajador. Al exigir la concurrencia de estos elementos (hasta en dos ocasiones aparecen relacionados en el precepto), es clara la voluntad del legislador de que el trabajador que ejercite el derecho a la reducción de jornada por esta causa deba de hacerse activamente cargo del menor. En efecto, la exigencia de cuidado directo parece implicar la necesidad de que sea el trabajador el que deba procurar personalmente cuidados al hijo durante su convalecencia; y que dicho cuidado sea continuo y permanente supone que su intervención no se limita a puntuales aspectos (como, por ejemplo, suministro de la medicación), sino que se hace precisa en todo momento³⁴. La exigencia de estos elementos es acumulativa, de modo que no nacerá el derecho a la reducción de jornada si no concurren todos y cada uno de ellos.

Por lo que se refiere a la titularidad del derecho, el propio artículo 37.5 del ET, párrafo 4.º, establece que el mismo constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, por lo que, consecuentemente, ambos progenitores podrán disfrutar de la reducción de jornada de forma independiente. En consecuencia, tanto la madre como el padre podrán solicitar la reducción de jornada en sus respectivos trabajos para hacerse cargo de hijo. La ley prevé una única excepción al respecto: cuando dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa (párrafo 4.º, art. 37.5).

³³ Al respecto, se ha de señalar que, para el nacimiento del derecho a la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, el artículo 2.1 del Real Decreto 1148/2011, establece que se considerará como ingreso hospitalario de larga duración «la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave».

³⁴ MELLA MÉNDEZ, L.: «El cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: análisis crítico de la regulación laboral y de seguridad social», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2013, págs. 18 y 19 (versión *on-line*).

Por otra parte, para que el trabajador tenga derecho a la reducción de jornada es necesario que sea el progenitor, adoptante o acogedor, preadoptivo o permanente, del niño y que esté a su cargo. Por lo que hace al vínculo que debe existir entre el trabajador y el menor, a mi modo de ver, la dicción legal resulta restrictiva, puesto que excluye del ejercicio del derecho a los trabajadores que ostenten la guarda legal de un menor en aquellos casos en los que no sea progenitor, adoptante o acogedor, de modo que, tal vez, hubiera sido más adecuado utilizar una fórmula legal más amplia³⁵. A pesar del carácter restrictivo del enunciado legal, si se atiende a la relación que liga al trabajador con el menor y a los derechos y obligaciones dimanantes de la misma, parece razonable que se consideren jurídicamente equiparables a la adopción y el acogimiento aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cualquiera que sea su denominación, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento³⁶. Y, con base en los mismos argumentos, también, en mi opinión, procede tal equiparación en los supuestos de tutela en los que el tutor sea un familiar que por exclusión legal no pueda adoptar al menor³⁷. En este sentido, conviene tener en cuenta que para la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave las dos situaciones arriba referidas se consideran equiparables a la adopción y el acogimiento (art. 2.3 RD 1148/2011).

Para que pueda operar la reducción de jornada también es necesario que el menor se encuentre a cargo del trabajador, lo que a sensu contrario quiere decir que, si el progenitor, por cualquier circunstancia, no tuviera el menor a su cuidado, no podrá solicitar la reducción de jornada, como, por ejemplo, puede ocurrir en el supuesto de separación o divorcio en el que la custodia de los hijos se otorga a uno solo de los progenitores.

Por lo que hace al contenido del derecho, según la norma estatutaria, la reducción de la jornada de trabajo deberá alcanzar como mínimo la mitad de la duración de aquella. Nada dice el precepto sobre el máximo, por lo que la reducción de jornada tendrá el alcance que determine el trabajador siempre y cuando, claro está, no suponga la cesación absoluta de prestación de servicios, puesto que en este caso ya no se estaría ante una reducción de jornada³⁸.

Por otra parte, cabe plantearse si la reducción de jornada de trabajo será en todo caso diaria o si es posible aplicarla sobre la jornada de trabajo en cómputo semanal, mensual o incluso anual, de modo que el trabajador pueda alternar periodos de trabajo con periodos de inactividad. En mi

³⁵ Como, por ejemplo, en el supuesto de reducción de jornada por cuidado de un menor de 8 años (art. 37.5 ET, párrafo 1.º) en el que se utiliza la expresión «guarda legal».

³⁶ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Sobre la conciliación de la vida familiar y laboral», *Aranzadi Social*, núm. 1, 2011, pág. 26, y MELLA MÉNDEZ, L.: «El cuidado de menores...», ob. cit., pág. 6 (versión *on-line*).

³⁷ Y es que hay que tener en cuenta que según el artículo 175.3 del CC, no es posible adoptar, por un lado, ni a descendientes ni, por otro, a parientes en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.

³⁸ Vide MELLA MÉNDEZ, L.: «El cuidado de menores...», ob. cit., pág. 8, y LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave», *Actualidad Laboral*, núm. 8, pág. 943.

opinión, el precepto estatutario está configurado pensando en una reducción de la jornada diaria, aunque no lo recoja expresamente (a diferencia de otros supuestos de reducción de jornada)³⁹, ya que encomienda a la negociación colectiva la determinación de los supuestos y condiciones en que la reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas. Por tanto, salvo que el convenio colectivo prevea otra cosa, la reducción de jornada por enfermedad grave de un hijo deberá aplicarse sobre la jornada de trabajo en cómputo diario⁴⁰.

Obviamente, la reducción de la jornada de trabajo acarreará, como la norma se encarga de señalar expresamente, la reducción proporcional del salario del trabajador. Ahora bien, llegados a este punto conviene señalar que para paliar los efectos negativos que la disminución del salario puede tener, la LGSS prevé la posibilidad de que el trabajador pueda acceder a la denominada prestación económica en caso de cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 135 quáter LGSS). Además, con la finalidad de garantizar el acceso a futuras prestaciones, las cotizaciones efectuadas durante el periodo de reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si no hubiera habido reducción de jornada a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal (art. 180.3 LGSS).

La duración de la reducción de jornada o, dicho de otro modo, el tiempo durante el cual el trabajador podrá disfrutar de este derecho, no se ciñe a un concreto plazo, sino que la norma únicamente establece al respecto que el trabajador «tendrá derecho a una reducción de jornada (...) durante la hospitalización (...) hasta que el menor cumpla los 18 años». Aunque los datos normativos son escasos, parece lógico pensar que el trabajador podrá disfrutar de la reducción de jornada una vez el menor sea hospitalizado, no siendo necesario que el ejercicio del derecho coincida con el inicio de la hospitalización, y que su duración se extenderá hasta el momento que el trabajador determine o, en todo caso, hasta que el menor cumpla los 18 años de edad. Además, conviene señalar, aunque resulte obvio, que el derecho también decae en caso de alta hospitalaria o fallecimiento del hijo, puesto que en ambos supuestos desaparece el presupuesto que da lugar al nacimiento del derecho (ingreso hospitalario del hijo).

La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute de la reducción de jornada corresponde al trabajador (art. 37.6 ET), de modo que será este quien determine qué franja de su horario de trabajo quedará afectada por la reducción de jornada y durante cuánto tiempo. No obstante, el margen de acción del trabajador no es absoluto, puesto que, tal y como señala el precepto, tendrá que atenerse a los «criterios» que los convenios colectivos hubieran podido

³⁹ En efecto, en el caso de reducción de jornada por cuidado directo de algún menor de ocho años o una persona con discapacidad, la norma expresamente dispone que el trabajador «tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria» (art. 37.5 ET, párrafo 1.º).

⁴⁰ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Sobre la conciliación...», ob., cit., pág. 26.

establecer en esta materia con la finalidad de cohesionar las necesidades de conciliación de vida personal, familiar y laboral del trabajador con las necesidades productivas y organizativas de la empresa. Por su parte, al margen de las pautas que los convenios colectivos establezcan en esta materia, el ET prevé que «el trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará (...) la reducción de jornada». Al tratarse del mismo régimen establecido para el permiso y la reducción de jornada por hospitalización del hijo a continuación del parto, resulta extrapolables todas las apreciaciones realizadas respecto a estos derechos con anterioridad⁴¹.

3. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MATERNIDAD Y ENFERMEDAD DEL HIJO

Como se sabe, en caso de maternidad biológica el ordenamiento jurídico reconoce a la trabajadora el derecho a suspender su contrato de trabajo durante un máximo de 16 semanas ininterrumpidas. Periodo de suspensión que, junto con la tradicional finalidad de garantizar la recuperación física de la mujer tras el parto, pretende asegurar la atención del recién nacido durante sus primeros meses de vida. Ahora bien, este último objetivo, el cuidado del hijo, puede verse afectado en caso de que el recién nacido sufra alguna enfermedad que conlleve su hospitalización, puesto que, durante el tiempo que el niño permanezca hospitalizado, los cuidados que le proporcionen sus padres pueden ser muy limitados. Además, una vez dado de alta, es posible que el tiempo de suspensión ordinario por maternidad sea insuficiente debido al delicado estado de salud del recién nacido. Para evitar en la medida de lo posible estas situaciones, el ordenamiento jurídico prevé en caso de hospitalización del hijo dos medidas: por un lado, la interrupción del periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad y, por otro, la ampliación del descanso.

Antes de proceder a análisis de uno y otro derecho conviene, de entrada, reflexionar en torno a la relación de ambos derechos, puesto que guardan una estrecha relación. En primer lugar, se ha de señalar que ambos derechos vienen referidos al mismo supuesto de hecho. Efectivamente, aunque la dicción estatutaria no sea exactamente igual⁴², el desarrollo reglamentario del derecho a la interrupción y a la ampliación del descanso disipa cualquier objeción al respecto, puesto que los regula conjuntamente. En efecto, el artículo 8.9 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad,

⁴¹ Vide epígrafe II.1 de este mismo trabajo.

⁴² El ET se refiere al supuesto de interrupción del descanso en los siguientes términos: «En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto (...)»; mientras que, para la ampliación del descanso, la dicción es la siguiente: «En los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto (...)».

paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (en adelante, RD 295/2009) en su párrafo primero dispone que «En los casos de partos prematuros y en aquellos otros supuestos en que el neonato precise hospitalización a continuación del parto, podrá interrumpirse el disfrute del permiso por maternidad y la percepción del correspondiente subsidio (...)» y continúa en el segundo del siguiente modo «Si, en los mismos supuestos antes indicados, la hospitalización tiene una duración superior a siete días, se ampliará la duración del permiso por maternidad en tantos días como (...)».

La cuestión que surge a renglón seguido es determinar si, además de desplegar sus efectos sobre el mismo supuesto de hecho, la finalidad buscada es la misma. A mi modo de ver, la finalidad de ambos derechos no es la misma, sino que se complementan, ya que la interrupción del descanso por maternidad, como ya se expuso, tiene por objeto permitir que los progenitores reserven el descanso por maternidad para cuando el hijo sea dado de alta y, por tanto, pueda ser atendido por estos; mientras que la ampliación persigue conceder a los padres un tiempo extra para poder atender a su hijo, puesto que, mientras este ha estado hospitalizado, la convivencia no ha sido posible y, además, seguramente su especial estado de salud requiera que los progenitores necesiten dedicar al hijo un tiempo extra.

Una vez concretados los anteriores aspectos, el siguiente extremo a tratar se centra en determinar cómo juegan ambos mecanismos, esto es, si son compatibles o si, por el contrario, la opción por uno de ellos descarta la posibilidad de ejercitar el otro. Aunque el ET no establece expresamente la compatibilidad de ambas medidas, tampoco la excluye, por lo que, a mi modo de ver, debe entenderse que son compatibles⁴³. En esta idea abunda el hecho de que la regulación de la prestación por maternidad admita sin ambages su compatibilidad cuando establece que «Esta ampliación tendrá lugar aun cuando el beneficiario haya decidido interrumpir el disfrute del mencionado permiso»⁴⁴.

3.1. La interrupción de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad

Aunque, como se sabe, la norma general es que el descanso por maternidad tenga carácter ininterrumpido, el ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad de que en los casos de parto prematuro y en aquellos otros supuestos en que el neonato precise hospitalización a continuación del parto, la suspensión del contrato de trabajo pueda interrumpirse (art. 48.4 ET)⁴⁵. Con ello se pretende que los progenitores puedan utilizar el tiempo de descanso por maternidad en el

⁴³ En este sentido, *vide*, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de mayo de 2011 (rec. núm. 2790/2010).

⁴⁴ Artículo 8.9 del RD 295/2009, párrafo 2.º.

⁴⁵ Esta medida fue introducida en el artículo 48.4 del ET por la disposición adicional octava de la Ley 12/2001. Posteriormente, también se plasmó en el Real Decreto 1251/2001, derogado por el actual Real Decreto 295/2009.

momento en que el hijo sea dado de alta y trasladado a su hogar, puesto que, mientras el recién nacido se encuentra hospitalizado, el tiempo de suspensión del que puedan disfrutar los padres no cumple con su finalidad.

La parquedad y deficiente técnica legislativa con la que el texto legal reconoce la posibilidad de suspender el disfrute del descanso por maternidad genera numerosas dudas acerca del ejercicio de este derecho. Es por ello que resulta necesario clarificar algunas cuestiones de su régimen jurídico como, por ejemplo, quién puede solicitar la interrupción de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, cuáles son los requisitos para poder ejercer dicha opción o cuándo acontece el reinicio de la suspensión.

Para empezar por el principio conviene plantearse si la norma nacional, cuando establece la posibilidad de interrumpir el descanso, entra en contradicción con la Directiva 92/85/CEE, puesto que esta última dispone taxativamente que el descanso por maternidad ha de ser ininterrumpido. La respuesta ha de ser negativa, ya que la Directiva 92/85/CEE es una norma mínima susceptible de ser mejorada, siendo la posibilidad de interrumpir el descanso por maternidad una medida más garantista en orden a la atención y el cuidado del hijo. Así lo reconoce la exposición de motivos de la Ley 12/2001 cuando dispone que dicha medida «no quiebra el principio general de tracto continuado de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sino que supone una garantía de apoyo a la atención y cuidado del niño no contemplada expresamente en la misma pero sí concorde con su espíritu del mejor bienestar del mismo».

Por otro lado y además, como ha señalado la doctrina⁴⁶, se ha de destacar que si esta medida vulnerase la normativa comunitaria también debería cuestionarse la legalidad del disfrute a tiempo parcial del descanso cuando la opción del trabajador no fuera descansar cada día, sino días alternos, una posibilidad que no ha sido puesta en duda. En efecto, el disfrute del descanso en régimen de tiempo parcial se contempla en diversos ordenamientos de países comunitarios, entre los que se encuentra el español⁴⁷, y que la Unión Europea no considera contrarios al derecho comunitario en el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia⁴⁸.

⁴⁶ BALLESTER PASTOR, M. A.: «Permisos y derechos relacionados con la hospitalización del hijo: innovaciones y carencias de la disposición adicional 8.ª de la Ley 12/2001» en AA. VV., *La reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2002*, Valladolid: Lex Nova, 2002, pág. 167 y ss. También, BALLESTER PASTOR, M. A.: «Licencia por maternidad: aspectos laborales y de seguridad social», en AA. VV., *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, págs. 73 y 74.

⁴⁷ En efecto, el artículo 48.4 del ET reconoce la posibilidad de ejercitar la suspensión del contrato de trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan. Desarrollo reglamentario que efectuó la disposición adicional primera del RD 295/2009.

⁴⁸ En este sentido, BALLESTER PASTOR, M. A.: «Permisos y derechos relacionados...», ob. cit., págs. 168 y 169. Y es que dicho informe, aunque no analiza en concreto el supuesto de disfrute parcial de la suspensión por maternidad en

Además, es conveniente tener en cuenta que el carácter ininterrumpido del descanso por maternidad tiene por finalidad asegurar que la trabajadora disfrute de un periodo de descanso tras el alumbramiento sin que eventuales requerimientos por parte del empresario para su reincorporación temporal a su puesto de trabajo dejen vacío de contenido dicho derecho. Siendo ello así, no parece contrario al espíritu de la norma que dicha interrupción sí pueda tener lugar cuando tenga por finalidad, como ya se ha señalado, flexibilizar el disfrute del descanso en pos del bienestar del recién nacido.

Una vez clarificada esta cuestión inicial, el siguiente aspecto a tratar se centra en determinar la titularidad de la opción interruptiva o, dicho de otro modo, quién puede solicitar la interrupción del descanso. El ejercicio de la opción interruptiva está sometido a una regulación restrictiva, por cuanto el artículo 48.4 del ET dispone que puede instar la interrupción la madre o, en su defecto, el otro progenitor. La letra del precepto estatutario es clara al atribuir la decisión interruptiva del descanso por maternidad a la trabajadora, mientras que el otro progenitor únicamente tendrá esta opción en los supuestos excepcionales en que sea titular de este derecho, esto es: en el caso de que fallezca la trabajadora o cuando esta no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestación de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad⁴⁹.

Como se observa, el ET circunscribe la posibilidad de que la interrupción la decida un actor distinto de la madre a aquellos casos en que, indefectiblemente, el disfrute del descanso corresponde a ese otro beneficiario bien porque la madre ha fallecido, bien porque no tiene derecho a la suspensión. Ello no obstante, no parece razonable ceñir solo a los dos supuestos citados la posibilidad de que el otro progenitor pueda interrumpir la suspensión del contrato. En efecto, no cabe olvidar que el otro progenitor puede encontrarse en el disfrute de ese derecho no solo en esos dos casos, sino también cuando la madre le haya cedido el derecho. Por tanto, de interpretar en sentido estricto lo establecido en el artículo 48.4 del ET, el otro progenitor que accediese a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad por decisión de la trabajadora no podría optar a suspender su descanso por maternidad en caso de hospitalización del hijo⁵⁰. En mi opinión, dado que la finalidad de la interrupción del descanso por maternidad es preservar el derecho a la suspensión del contrato de trabajo para aquel momento en que el menor es dado de alta, lo razonable es interpretar que el derecho a la interrupción del descanso por maternidad corresponde en principio a la madre, pudiendo hacer uso del mismo el otro progenitor cuando disfrute del descanso, cualquiera que sea la vía por la que acceda al mismo. Es por ello que sería conveniente corregir la dicción del ET, de modo que reconociese también explícitamente esta posibilidad al otro progenitor.

el ordenamiento jurídico español, considera conformes al derecho comunitario los ordenamientos internos de diferentes países que así lo prevén. El informe puede consultarse en el siguiente enlace:

http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&type_doc=COMfinal&andoc=1999&nu_doc=100&lg=es

⁴⁹ BALLESTER PASTOR, M. A.: «Permisos y derechos relacionados...», ob. cit., pág. 169.

⁵⁰ Así, BALLESTER PASTOR, M. A.: «Permisos y derechos relacionados...», ob. cit., pág. 169, opina que, dada la dicción del precepto, el otro progenitor no podrá optar por la suspensión del descanso en caso de cesión materna del derecho.

Otro aspecto a tratar es el relativo a los requisitos que han de darse para que pueda entrar en juego el derecho a interrumpir el descanso por maternidad, puesto que, a tenor de la regulación estatutaria, tal posibilidad se subordina a que concurren dos circunstancias: que la interrupción del descanso se efectúe transcurridas las seis semanas de descanso obligatorio para la madre y que la hospitalización del hijo se produzca «a continuación del parto».

En efecto, al primer condicionante se refiere el artículo 48.4 del ET al establecer que «el periodo de suspensión podrá computarse (...) a partir del alta hospitalaria» y que «se excluye de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre», de modo que, según el tenor literal de la norma, la interrupción del descanso solo es posible un vez transcurrido el periodo de descanso obligatorio para la trabajadora. La limitación encuentra su explicación en la idea de que durante ese tiempo, aparte de la debida atención que requiere el recién nacido, hay otro interés en juego: la salud de la trabajadora⁵¹, y para preservar este derecho se impide la interrupción durante las seis semanas iniciales. Transcurrido ese periodo, puede decirse que la norma parece partir de la base de que el interés que alienta la suspensión es el cuidado del hijo y que, si este se torna imposible, permite interrumpir el derecho.

Ahora bien, se ha de tener en cuenta que también el otro progenitor puede acceder a suspensión del contrato de trabajo por maternidad durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto en tres supuestos (en primer lugar, en caso de disfrute simultáneo del derecho por ambos progenitores, cuando la madre le haya cedido parte del derecho al descanso; en segundo lugar, en el supuesto de fallecimiento de la madre; y, por último, cuando la trabajadora no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestación de acuerdo con la normas que regulen dicha actividad) y habrá que plantearse si en estos casos, para que este pueda optar por la interrupción de la suspensión, también han de transcurrir las iniciales seis semanas de descanso. En mi opinión, desde una interpretación teleológica del precepto, el otro progenitor podrá solicitar la interrupción de la suspensión del contrato durante el transcurso de dicho periodo cualquiera que haya sido la vía por la accedió al descanso por maternidad. En efecto, desde un interpretación finalista de la norma, se ha de argumentar que, si el objetivo de la interrupción de la suspensión es preservar el descanso por maternidad para el momento en que efectivamente se pueda cuidar del hijo, no tiene sentido que el padre, que se encuentra en perfectas condiciones, consuma dicho tiempo en vano. Circunstancia que se produciría en cualquiera de los supuestos antes expuestos.

El segundo requisito que se exige para poder interrumpir el descanso por maternidad es que «el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto»⁵². De la letra de la norma

⁵¹ En este sentido, DE VICENTE PACHÉS, F. e IBÁÑEZ GONZALBO, M.: «El permiso por maternidad...», ob. cit., pág. 23 y GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGARTUA MIRÓ, M. T.: *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pág. 47.

⁵² En concreto el artículo 48.4 del ET establece que «en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto...».

se pueden extraer dos conclusiones; una, lo determinante es que el internamiento se produzca inmediatamente tras el parto; y, dos, que la hospitalización que se produzca tras el transcurso de dicho plazo no dará lugar a la posibilidad de interrumpir el descanso por maternidad. Pese a la aparente claridad de la previsión, uno y otro extremo plantean no pocos problemas interpretativos.

Con respecto a la exigencia de que el internamiento se produzca tras el parto, lo primero que ha de señalarse es que la dicción del precepto, («el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto») no es la más adecuada, dada su ambigüedad⁵³. En efecto, la expresión «a continuación del parto» podría interpretarse de manera literal, de modo que para poder ejercitar la interrupción del descanso sería necesario que la hospitalización del neonato fuera inmediatamente posterior al parto o bien podría dotársele de un significado más próximo a su finalidad y entender que se tendrían en cuenta las hospitalizaciones que tuvieran lugar en un momento próximo al parto, pero no necesariamente inmediatamente tras el mismo.

Así, si se optara por la interpretación literal, es decir, que entre el parto y la hospitalización del hijo no hubiera interrupción, parece que quedarían excluidos los supuestos en los que mediase un lapso de tiempo, por ínfimo que este fuera. Lo que no se compadece con la finalidad de la norma, dado que muchas de las dolencias que derivan en la hospitalización del hijo se manifiestan en un momento posterior al alumbramiento. En mi opinión, parece más adecuado optar por la segunda de las interpretaciones posibles, de modo que dieran lugar a la interrupción del descanso por maternidad las hospitalizaciones acaecidas tras el parto aunque no fueran inmediatamente posteriores al mismo. Partiendo de esta base, el asunto es determinar qué plazo será tenido en cuenta a efectos de que la hospitalización del hijo genere el derecho a la interrupción del descanso. En mi opinión, para ello se podría considerar aplicable el plazo de 30 días que la norma establece con respecto a la hospitalización del hijo de cara al nacimiento de otro derecho íntimamente ligado a este, el derecho a la ampliación del descanso por maternidad en caso de hospitalización del recién nacido. En efecto, como se sabe, la hospitalización del hijo hace nacer dos derechos, el derecho a interrumpir la suspensión del contrato de trabajo y el derecho a acrecentar la duración de la suspensión si el ingreso es superior a 7 días ampliándose la duración del descanso en tantos días como el niño permanezca ingresado hasta un máximo de 13 semanas, remitiendo al correspondiente reglamento el desarrollo de tal derecho. Desarrollo llevado a cabo en el artículo 8 del RD 295/2009, exigiendo, en concreto en su párrafo 11.º, para que surja el derecho a la ampliación, que la hospitalización del hijo hubiera tenido lugar en los 30 días naturales siguientes al parto.

A mi juicio el plazo de 30 días naturales para la ampliación del tiempo de suspensión es aplicable también a efectos de la interrupción del descanso, por un lado, porque la propia dinámica del precepto así lo sugiere, puesto que el artículo 8.9 del RD 295/2009 regula conjuntamente el derecho a la interrupción y la ampliación del descanso por hospitalización del neonato, y, por

⁵³ BALLESTER PASTOR, M. A.: «Permisos y derechos relacionados...», ob. cit., pág. 170.

otro lado, porque la terminología empleada tanto para describir el supuesto de hecho para cada uno de los mecanismos, interrupción y ampliación, como cuando dispone el plazo de los 30 días naturales es la misma⁵⁴. Todo ello, considerado en su conjunto, induce a pensar que el plazo de 30 días establecido en el artículo 8.11 del RD 295/2009 es aplicable a ambos casos.

Si los anteriores argumentos no son suficientes a efectos de entender directamente aplicable el plazo de 30 días previsto en el artículo 8.11 del RD 295/2009 para ejercer el derecho a la interrupción de la suspensión del contrato de trabajo, cabría abogar, por último, por la aplicación analógica del mismo. Y es que ambos mecanismos, ampliación e interrupción de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, comparten idéntica finalidad: garantizar el cuidado del hijo y el fortalecimiento de los lazos paterno-filiales en aquellos supuestos en los que debido al ingreso del menor los padres no han podido cuidar del mismo. De este modo, aplicando el plazo de 30 días naturales, se proporcionaría un tiempo razonable para que se manifestasen las alteraciones de salud que podrían derivar en un internamiento del recién nacido⁵⁵.

Sea como fuere, resulta cuestionable que se excluya del ejercicio de la opción interruptiva del descanso los supuestos en los que el ingreso del hijo se produzca en un momento posterior al señalado por la norma. Ciertamente, cualquiera que sea el momento en que se produzca la hospitalización, existe el mismo interés en juego: preservar el tiempo de suspensión para cuando el hijo pueda ser efectivamente cuidado por sus progenitores. En este sentido, cabe señalar, en mi opinión, que este condicionante carece de justificación⁵⁶, por lo que, atendiendo a la finalidad de la norma antes mencionado, la posibilidad de suspender el descanso por maternidad se tendría que poder ejercitar durante todo el periodo de suspensión (16 semanas).

En resumen, a mi modo de ver, el marco regulador actual permite entender que la interrupción del descanso podrá operar siempre que el internamiento se produzca dentro de los 30 días naturales siguientes al parto. Pero ¿qué ocurre si una vez acontezca el alta el menor necesita ser ingresado nuevamente? ¿Se puede volver a interrumpir el descanso por maternidad? A mi parecer, el descanso por maternidad podrá interrumpirse nuevamente siempre y cuando dicha hospitalización se produzca antes del transcurso de los 30 días naturales siguientes al parto. Las razones

⁵⁴ Así, el artículo 8.9 del RD 295/2009 dispone en su párrafo 1.º respecto a la interrupción del descanso que «En los casos de parto prematuro y en aquellos otros supuestos en que el neonato precise hospitalización a continuación del parto (...); mientras que para la ampliación se limita a establecer en su párrafo 2.º que «Si, en los mismos supuestos antes indicados, la hospitalización tiene una duración (...)». Por su parte, en el apartado 11 del mismo precepto se expresa en los siguientes términos: «A efectos de la ampliación del periodo de descanso por maternidad que corresponda, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 9 y 10 anteriores, en los casos en que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, serán tenidos en cuenta los internamientos hospitalarios iniciados durante los treinta días naturales siguientes al parto».

⁵⁵ BARCELÓN COBEDO, S.: «Igualdad y protección de la contingencia por maternidad», en AA. VV., *Comentarios laborales a la Ley de Igualdad entre Hombres y Mujeres*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pág. 487.

⁵⁶ BALLESTER PASTOR, M. A.: «Licencia por maternidad...», ob. cit., págs. 74 y 75.

que llevan a tal conclusión son de diversa índole. Por un lado, porque así se deriva de la propia norma. En efecto, el precepto únicamente establece un límite temporal para el ejercicio de la opción interruptiva, por lo que esta podrá ejercitarse una o varias veces siempre que el ingreso se produzca dentro del mismo. Por otro, porque la razón de ser de la interrupción del descanso por maternidad (reservar el tiempo de suspensión del contrato de trabajo para el momento en que efectivamente los progenitores puedan hacerse cargo de su hijo) sigue presente. Por el contrario, cuando la hospitalización de hijo tenga lugar en un momento posterior a dicho plazo no cabrá interrumpir el descanso por maternidad.

Otro aspecto a tratar en torno a la interrupción del descanso por maternidad se refiere a la reanudación de la suspensión del contrato de trabajo, es decir, cuándo y bajo qué condiciones se reiniciará este. Según la norma, «el periodo de suspensión podrá computarse «a partir de la fecha del alta hospitalaria» (del hijo). Pero, ¿es posible reiniciar la suspensión del contrato antes de dicho plazo? Piénsese que, al margen de los supuestos en los que el recién nacido permanece aislado en la unidad de cuidados intensivos, en numerosas ocasiones, aunque el hijo esté hospitalizado, puede ser aconsejable, incluso necesaria, la presencia de los padres. Siendo ello así, si se supedita la reanudación del descanso al alta hospitalaria, los progenitores no podrán hacer uso de los mismos para atender a su hijo mientras perdure el ingreso.

A favor de la posibilidad de reiniciar la suspensión antes del alta del hijo, puede argüirse que si la intención del legislador es facilitar el bienestar y cuidado del neonato, lo más coherente es permitir que los progenitores decidan al respecto⁵⁷. Ello no obstante, en mi opinión, el precepto no deja lugar a dudas: el plazo para restablecer el disfrute del descanso no tiene carácter dispositivo, puesto que así se desprende de la literalidad de la norma⁵⁸. Sin embargo, conviene tener en cuenta, para situar las cosas en su contexto, que el ordenamiento jurídico prevé mecanismos que permiten que los padres puedan mantener cierto contacto con el hijo durante este periodo, entre los que cabe destacar la reducción de jornada y el permiso retribuido diario de una hora en los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto (art. 37.4 bis ET) o la reducción de jornada para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 37.5 ET)⁵⁹.

En relación con la fecha de reanudación de la suspensión del contrato por maternidad también cabe plantearse qué ocurre en el supuesto de parto múltiple, cuando las altas hospitalarias de los recién nacidos no son coincidentes, dado que ni en el texto legal ni reglamentario se prevé nada al respecto. Una posibilidad sería que la reanudación de la suspensión se produjera cuando

⁵⁷ BALLESTER PASTOR, M. A.: «Permisos y derechos relacionados...», ob. cit., pág. 170.

⁵⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGARTUA MIRÓ, M. T.: «Las prestaciones por...», ob. cit., págs. 46 y 47.

⁵⁹ Epígrafes II.1 y II.2 de este mismo trabajo. En este sentido, *vide* BALLESTER PASTOR, M. A.: «Permisos y derechos relacionados...», ob. cit., pág. 170 y «Licencia por maternidad...», ob. cit., págs. 74 y 75.

se diera el alta de todos los hijos; mientras que la otra pasaría porque fueran los progenitores, una vez que uno de los recién nacidos fuera dado de alta, los que decidieran al respecto. Teniendo en cuenta que el descanso por maternidad tiene por objetivo garantizar la recuperación física de la trabajadora y potenciar las relaciones paterno-filiales durante los primeros meses de vida del hijo, lo más razonable es que se deje en manos del trabajador titular del descanso decidir que la reanudación del mismo se produzca a partir del alta hospitalaria que estime oportuna⁶⁰.

3.2. Ampliación del periodo de suspensión del contrato por maternidad en caso de hospitalización del hijo a continuación del parto

El ET prevé que en caso de parto prematuro y en aquellos otros supuestos en que el neonato precise hospitalización a continuación del parto, la duración del descanso por maternidad podrá ampliarse hasta un máximo de 13 semanas adicionales, esto es, hasta alcanzar un total de 29 semanas, en los términos que reglamentariamente se determinen. Regulación reglamentaria que llevó a cabo el RD 295/2009.

Para que se genere el derecho a la ampliación de la duración del descanso por maternidad es necesario que se cumplan tres requisitos: que la hospitalización tenga su origen en el estado de salud del recién nacido, que se produzca a continuación del parto y, por último, que el internamiento sea superior a 7 días (arts. 48.4 ET y 8.9 RD 295/2009). En primer lugar conviene señalar, aunque resulte obvio, que la hospitalización tiene que tener su origen en causas que deriven del estado de salud de neonato, de modo que la ampliación del descanso no operará en aquellos casos en los que el menor tenga que permanecer en el hospital tras el parto hasta que la madre sea dada de alta, porque esta necesite asistencia y no por motivos clínicos que afecten al recién nacido⁶¹.

Respecto al segundo de los condicionantes, ha de plantearse el alcance de la expresión «a continuación del parto». Según el artículo 8.11 del RD 295/2009 a tal efecto «serán tenidos en cuenta los internamientos hospitalarios iniciados durante los treinta días naturales siguientes al parto»⁶², de lo que se puede concluir que, cuando el internamiento tenga lugar en un momento

⁶⁰ Por el contrario la Dirección General del INSS en su Resolución de 29 de octubre de 2002 dispone que la reanudación de la suspensión del contrato y, en su caso, de la correspondiente prestación por maternidad tendrá lugar a partir de la primera o de la última de las altas. Por tanto, en los casos en los que se dé a luz a tres o más hijos, los progenitores deberían decidir reanudar la prestación bien con el alta del primer hijo o con la del último, no teniendo opción a la reanudación de la prestación y del subsidio cuando se produzca el alta de otro menor.

⁶¹ De hecho, el artículo 48.4 del ET describe el supuesto de hecho que da lugar a este derecho en los siguientes términos: «En los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días». Al establecer que el neonato deba permanecer ingresado por motivos clínicos se excluye el supuesto en que este continúe en el hospital cuando la que necesite asistencia sea la madre.

⁶² Regla que ya venía recogida por el Real Decreto 504/2007 en su disposición adicional 3.ª.

posterior al indicado, no se generará el derecho a la ampliación del descanso. Tal limitación, a mi juicio, carece de justificación, porque en caso de hospitalización, sea cual sea el momento en que se produzca, el estado de salud del menor, una vez curse el alta, puede hacer preciso un periodo extraordinario de atención. No entendiéndose, por tanto, por qué en unos supuestos sí se amplía la duración del descanso y en otros no⁶³.

En cuanto al tercero de los condicionantes, la norma exige que, para que se genere el derecho a la ampliación del descanso, será necesario que el internamiento sea superior a 7 días, pero no especifica si el transcurso de los 7 días de internamiento ha de ser ininterrumpido o, por el contrario, para el cómputo de los mismos serán tenidos en cuenta todos los ingresos acaecidos durante los 30 días siguientes al parto. Dado que ni el ET ni el RD 295/2009 exigen expresamente que el transcurso de los 7 días sea continuado, lo razonable es decantarse por la segunda opción, esto es, para el cómputo de los 7 días se sumarán todos los días de hospitalización del neonato durante los primeros 30 días de vida⁶⁴.

Por lo que respecta al periodo de ampliación, también es preciso realizar algunas observaciones. El incremento del descanso alcanzará como máximo 13 semanas. Es decir, cuando el hijo sea dado de alta el descanso se extenderá hasta 13 semanas, con independencia de que el hijo hubiera permanecido ingresado durante un periodo superior⁶⁵. Por lo que se refiere al cómputo, se incluyen los primeros 7 días de internamiento, puesto que la norma dispone que se ampliará la duración del permiso en tantos días como el neonato deba permanecer hospitalizado (arts. 48.4 ET y 8.9 RD 295/2009). Se ha de tener en cuenta que la interrupción y la ampliación del descanso por hospitalización del neonato son dos medidas compatibles tal y como expresamente señala el reglamento (art. 8.9 RD 295/2009). Es decir, el hecho de que el trabajador decida interrumpir el descanso por maternidad por hospitalización del hijo no será óbice para se computen los días de hospitalización del menor a efectos de la ampliación del descanso. Por tanto, en el eventual supuesto de que el trabajador ejercite ambas opciones, cuando se reinicie el descanso por maternidad, este contará con el tiempo ordinario de suspensión no consumido y con tantos días como el menor haya permanecido hospitalizado.

⁶³ En este aspecto, son extrapolables las observaciones realizadas en torno a la posibilidad de interrumpir la suspensión del contrato de trabajo por hospitalización del neonato, ya que, como se señaló, en este supuesto, para que se genere el derecho, el internamiento también debe producirse tras el alumbramiento.

⁶⁴ El mismo criterio adopta la Dirección General del INSS en sus instrucciones de 26 de abril y de 15 de junio de 2007, respecto a la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres.

⁶⁵ La razón de que se haya elegido como límite de la ampliación concretamente 13 semanas responde a un criterio médico, puesto que 13 semanas es justamente la diferencia existente entre el límite de viabilidad de los bebés prematuros, fijado en 24 semanas de gestación, y la consideración de bebé prematuro, aquel que nace antes de las 37 semanas de gestación. BOCG, Senado, Serie II, 21 de febrero de 2007, núm. 84. Enmiendas al Proyecto de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, enmienda núm. 115.

En caso de parto múltiple, no procederá acumular los periodos de hospitalización de cada uno de los hijos cuando dichos periodos hayan sido simultáneos (art. 8.3 RD 295/2009, párrafo 2.º). De lo que se puede colegir, a sensu contrario, que sí cabrá la acumulación de la ampliación cuando la hospitalización de los hijos no sea coincidente⁶⁶. El cómputo del periodo de ampliación finalizará cuando el menor sea dado de alta, siendo extrapolables las observaciones vertidas al respecto al tratar la finalización de la interrupción del descanso por maternidad.

III. CONCLUSIONES

Como es lógico, la enfermedad de un hijo puede dar lugar a muy diferentes necesidades de atención por parte del trabajador, puesto que los factores que inciden en este aspecto son muy variados (la edad del hijo, el tratamiento prescrito, la gravedad de la enfermedad, etc.). En ocasiones puede que sea necesario el cuidado directo y permanente del hijo, a pesar de que la enfermedad no sea grave y, en otros casos, pese a la seriedad de la dolencia padecida, puede que su dedicación no tenga que ser necesariamente continua.

Del análisis realizado se desprende que los mecanismos previstos para que el trabajador pueda atender a un hijo enfermo son escasos y, a su vez, limitados a situaciones muy concretas. En efecto, de las cuatro medidas estudiadas, tres (el permiso y la reducción de jornada por hospitalización del hijo a continuación del parto y la interrupción y la ampliación del tiempo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad) están previstas para garantizar únicamente la atención del recién nacido que tiene que ser hospitalizado a continuación del parto y solo la reducción de jornada para atender el cuidado de menores afectados por una enfermedad presenta un supuesto aplicativo más amplio. Sin embargo, los requisitos exigidos para que la reducción opere (que la enfermedad sea grave y que, además, implique un ingreso hospitalario de larga duración en el que sea preciso el cuidado directo, continuo y permanente del progenitor) restringen enormemente la operatividad de tal derecho. Y es que, como ya se ha señalado, el cuidado de un hijo durante su convalecencia puede resultar igual de necesario pese a que no concurra hospitalización e, incluso, cuando la enfermedad no sea grave. En consecuencia, en mi opinión, tal vez fuera conveniente que el reconocimiento de este último derecho dependiera de la necesidad real de atención que la dolencia ocasione, independientemente de que hubiera o no hospitalización.

⁶⁶ Por ejemplo, en caso de parto gemelar podría ocurrir que, estando internados en un principio los dos hijos, uno fuera dado de alta y el otro continuara por ser su situación más delicada. En este caso el tiempo de internamiento conjunto no se acumulará, mientras que el periodo que el segundo hijo continúe ingresado sí que se adicionará al anterior. ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. y PÉREZ YÁÑEZ, R. M.: «Sobre la regulación de las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia (a propósito del RD 295/2009, de 6 de marzo)», *Relaciones Laborales*, núm. 18, 2009, pág. 89.

No obstante, ante la falta de medidas que atiendan esta específica contingencia, el trabajador, para poder atender al menor, podrá ejercitar otros derechos previstos en el ordenamiento jurídico como, por ejemplo, el permiso de dos días por enfermedad de un familiar [art. 37.3 a) ET], la reducción de jornada por guarda legal o cuidado de un familiar (art. 37.5 ET) y la excedencia para el cuidado de hijos o cuidado de un familiar (art. 46.3 ET).