

DERECHO ESPAÑOL

EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS MADRES RECIENTES

POR JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA.
Magistrado del Tribunal Superior
de Justicia de Galicia.
Sala de lo Social.



1. EL CONTENIDO NORMATIVO DE LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS MADRES RECIENTES

Regulado en el artículo 47 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y conforme a la redacción dada a través del Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de Medidas de Reforma Económica, el Programa de Fomento del Empleo de 2003 contiene dos medidas de fomento del empleo de las madres recientes, a saber:

1^a

Una, introducida en el Programa de Fomento del Empleo de 2001 a través del Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad ¹, y mantenida hasta la actualidad con la única modificación relevante contenida en el Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad ², se refiere a las “mujeres desempleadas inscritas en la oficina de empleo que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto” –artículo 47.1.1.i) de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre–.

La medida de fomento se concreta en una bonificación en “los contratos indefinidos iniciales, incluidos los fijos discontinuos, a tiempo completo o parcial... (del) 100 por 100 (de la cuota empresarial por contingencias comunes) durante los doce siguientes meses al inicio de la vigencia del contrato” –artículo 47.3.1.i) de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre–.

2^a

Otra, introducida en el Programa de Fomento del Empleo de 2003 a través del citado Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, en cumplimiento del Apartado XII del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de la Seguridad Social, firmado el 9.4.2001, siendo partes el Gobierno de la Nación, la CEOE y la CEPYME –del lado em-



presarial–, y CCOO –del lado sindical– ³, se refiere a “la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo en los dos años siguientes a la fecha del parto”, reincorporación debida a que “los contratos de trabajo, de carácter indefinido o de duración determinada o temporales, de las mujeres trabajadoras... (fueron) suspendidos por maternidad y (sic, o, sino parece exigir ambas cosas) por excedencia por cuidado de hijo, así como (a) la transformación de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos” –artículo 47.1.4 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre–.

La medida de fomento del empleo se concreta en una bonificación, semejante a la anterior, “durante los doce

meses siguientes a la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo tras el periodo de suspensión del contrato por maternidad y por excedencia por cuidado de hijo”, con las especificaciones añadidas de

1

que “en el supuesto de contratos de duración determinada o temporales suscritos con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril... cuando se produzca la reincorporación... y, antes de haber transcurrido un año desde la misma, se transforme el contrato en indefinido, la duración de la bonificación a que se refiere el párrafo anterior será de dieciocho meses”,



1

Un análisis de los incentivos entonces vigentes, bastante similares a los actuales vigentes, lo realiza Luis Miguel Camps Ruiz, “Los incentivos a la contratación tras el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo”, dentro del libro de Ignacio Albiol Montesinos, Luis Miguel Camps Ruiz y José María Goerlich Peset *La reforma laboral en el Real Decreto-ley 5/2001*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, páginas 111 a 132. Respecto a los incentivos actualmente vigentes, es verdaderamente interesante el estudio de Guillermo Leandro Barrios Baudor y Carmen Sánchez Trigueros, *Notas sobre el fomento estatal del empleo en 2003*, Aranzadi Social, núm. 5, 2003, páginas 49 a 107, verdaderamente interesante porque, aparte de ser muy completo, se ha prestado una especial atención a las medidas de fomento del empleo de las madres recientes, al respecto véanse las páginas 91 a 95.

2

Hasta entonces se exigía a la desempleada una inscripción como demandante de empleo “durante un periodo de doce o más meses”, inciso eliminado, según la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, porque “se aumentan las posibilidades de acogerse a bonificaciones cuando se contrata a mujeres paradas que han dado a luz en los últimos veinticuatro meses”. Modificación a valorar positivamente, ya que, al exigirse una antigüedad en la inscripción como desempleada, la medida de fomento de empleo no era idónea a los efectos de reintegrar a la madre reciente al mercado de trabajo, “más bien... (beneficiaba a) la mujer parada de larga duración en la que coincidía el dato de la maternidad”, como dice Sebastián de Soto Rioja, “Medidas de fomento del empleo y de la ocupación en la Reforma de 2002”, *Relaciones Laborales*, número 4, 2003, página 203.

3

Apartado XII sobre “reducciones y bonificaciones en la cotización” donde, como dice Jesús Martínez Girón, “lo que ostensiblemente prevalece es... el interés empresarial”, “Orientaciones del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social de abril de 2001”, dentro del libro colectivo, coordinado por Javier Gárate Castro, *Estudios jurídicos sobre las reformas de la Seguridad Social*, Revista Xurídica Galega, Santiago de Compostela, 2002, p. 12. Tal Apartado XII establece, en lo que ahora interesa, que “en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, los empresarios, cuando se produzca la reincorporación al puesto de trabajo, tendrán derecho a una bonificación del 100% de la aportación empresarial de la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante el periodo máximo de un año”.

4

En idéntico sentido Guillermo Rodríguez Iniesta, “Plan de Fomento del Empleo para el año 2001”, en el libro colectivo, coordinado por Antonio Vicente Sempere Navarro, *Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, p. 206. También Carmen Sánchez Trigueros, “Otras medidas de fomento del empleo”, en el libro colectivo *Empleo, despido y desempleo tras las Reformas de 2002*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003, p. 326, nota 61. Opinión que reitera en “Notas...”, obra citada, pp. 91 y 92.

5

Guillermo Leandro Barrios Baudor y Carmen Sánchez Trigueros, “Notas...”, obra citada, p. 94.

2

que “la bonificación... no será acumulable a otras bonificaciones previstas por transformación de contratos”, y

3

que “no serán aplicables a las aportaciones empresariales relativas a trabajadores que presten sus servicios en las Administraciones Públicas o en los Organismos Públicos regulados en el Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado” –artículo 47.3.9 y 47.5.3 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre–.

Beneficiarios de las bonificaciones, tanto la una como la otra, son, además de las empresas, las cooperativas y las sociedades laborales cuando, en los términos expuestos, contraten con carácter indefinido a una desempleada o reincorporen a una trabajadora “siempre que la entidad haya optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena” –de acuerdo con el artículo 47.1.1.4 y 47.1.4 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre–.

2. COMENTARIOS CRÍTICOS SOBRE EL PRESUPUESTO DE HECHO DE LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS MADRES RECIENTES

Ambas medidas de fomento del empleo se construyen sobre un presupuesto de hecho sustancialmente idéntico: la contratación o la reincorporación deben acaecer “en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto”. Tal literalidad genera un comentario doble de antitética valoración. Uno positivo, en cuanto la bonificación se genera con el parto al margen de la viabilidad del nacido⁴. Para distinguir el aborto del parto de una niña/o muerto es criterio idóneo el de la ciencia médica: la frustración del embarazo durante los 180 primeros días de gestación es un aborto y, a partir de ese momento, estamos ante un parto prematuro, aunque la niña o el niño nazca muerto. Criterio médico acogido a efectos del subsidio de maternidad en el artículo 7.2 del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre.

Otro negativo, en cuanto la exclusiva referencia al parto expulsa de las medidas incentivadoras a la maternidad adoptiva. No se entiende la no inclusión. Tales medidas de fomento del empleo de las madres recientes intenta superar sus dificultades de empleo ocasionadas, no tanto en causas fisiológicas –las cuales, efectivamente, sólo se dan en la maternidad natural–, como en causas sociales de vinculación de las madres al cuidado de los hijos –las cuales tanto se dan en la maternidad natural como en la adoptiva–. Cuestión diferente y que sí encontraría una mejor justificación, es que, de asimilarse ambas maternidades, la adoptiva se incluyese sólo si la hija o hijo adoptivo no supera una determinada edad.

3. COMENTARIOS CRÍTICOS SOBRE LA CONSECUENCIA DE DERECHO DE LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS MADRES RECIENTES

La bonificación se extiende a “los doce siguientes meses” a la contratación de la desempleada o a la reincorporación de la trabajadora, lo que, si lo conectamos con el presupuesto de hecho de contratar a la desempleada o de reincorporar a la trabajadora “en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto”, determina una disfunción al aplicar la bonificación, ya que, si una madre es contratada o se reincorpora a los 24 meses, la empresa genera derecho a la bonificación durante 12 meses, pero si la contrata o se reincorpora sólo un día después, no genera derecho a bonificación alguna. Disfunción que, tratándose de la reincorporación desde una excedencia por cuidado de hijo, se convierte, si la reincorporación es posterior a los 24 meses siguientes a la fecha de parto, en una penalización, calificada de “llamativa”⁵, del ejercicio de un derecho de conciliación dentro de sus términos legales –el artículo 46.3 ET lo reconoce hasta los 3 años del hijo–. Solventaría en buena medida esta crítica que, en las contrataciones o en las reincorporaciones posteriores a los 24 meses siguientes a la fecha del parto, se generase la bonificación en el tiempo restante hasta los 36 meses siguientes a la fecha del parto –es el término máximo al cual la bonificación ha podido llegar–.



4. DIFICULTADES DE COORDINACIÓN DE LA MEDIDA DE FOMENTO DEL ACCESO AL EMPLEO DE LAS DESEMPLEADAS MADRES RECIENTES CON SU ENTORNO NORMATIVO

Los Programas de Fomento del Empleo establecen la exclusión de la bonificación de “(las) contrataciones realizadas con trabajadores que en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación hubiesen prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad mediante un contrato indefinido” –artículo 47.5.1.c) de la Ley 53/2002, de 30

de diciembre–. Pero esta garantía frente al fraude resulta insuficiente en relación con la medida de fomento del acceso al empleo de las desempleadas madres recientes, acaso porque sólo se contempla el fraude de subvenciones, pero no el de la legislación antidiscriminatoria. Si la empresa ha despedido a la trabajadora durante el embarazo y si la trabajadora no ha impugnado judicialmente la extinción del contrato –una actitud de pasividad que, en no pocas ocasiones, obedece a una promesa de nueva contratación después del parto–, la empresa, si la vuelve a contratar más allá de los 24 meses desde la extinción del contrato y antes de los 24 meses desde el parto, ostenta derecho a la bonificación. De este modo, la empresa ostenta derecho a la bonificación sin dilucidar si el consentimiento de la trabajadora despedida es libre y si el despido ha sido contrario a la prohibición legal de despido durante el embarazo⁶. El fraude se evitaría si, con relación a la medida de fomento de acceso al empleo de las desempleadas madres recientes, se excluyese la bonificación en los 34 meses desde la extinción del contrato –los 24 meses más otros 10 meses más, duración médica máxima de un embarazo–.

5. UNA NECESARIA APRECIACIÓN SOBRE LA INSUFICIENCIA, EN ATENCIÓN A SU FINALIDAD, DE LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS MADRES RECIENTES

Si la finalidad de las medidas de fomento del empleo de las madres recientes es la superación de sus dificultades reales de empleabilidad, debemos concluir que, fomentando el empleo por cuenta ajena, en la doble vertiente de acceso al empleo de las madres desempleadas y de mantenimiento del empleo de las madres trabajadoras, se producen lagunas con relación al empleo por cuenta propia, en la doble vertiente de acceso al empleo de las madres desempleadas y de mantenimiento del empleo de las ma-

dres trabajadoras. Las madres recientes no disfrutaban de ventajas especiales, en cuanto al fomento del empleo por cuenta propia, con relación a cualquier otra persona trabajadora, y, si las disfrutaban –o, mejor dicho, las disfrutaban, en este caso, quienes las contratan o quienes las reincorporan– en cuanto al fomento del empleo por cuenta ajena, no se acaba de entender porque sí las tienen sus empresas y porque no las tienen ellas mismas.

6. RECAPITULACIONES FINALES Y CONSIDERACIONES LEGE FERENDA SOBRE LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS MADRES RECIENTES

Lo artificioso de su presupuesto fáctico –se excluyen las madres adoptivas– y de su consecuencia jurídica –no se bonifican, a lo menos en lo restante hasta los 36 meses, las contrataciones o las reincorporaciones posteriores a los 24 meses desde el parto–, las deficientes garantías frente al fraude de la legislación antidiscriminatoria –en cuanto el despido durante el embarazo no impide el derecho de la empresa a la bonificación de contratación de madres recientes desempleadas–, y la insuficiencia de las medidas en relación con su finalidad –no se fomenta el empleo autónomo de las madres recientes, sino sólo el empleo por cuenta ajena–, no sólo son defectos técnicos de las medidas de fomento del empleo de las madres recientes, sino que, en cuanto generan situaciones de injusticia o de fraude, redundan en su legitimidad, de ahí la necesidad de su corrección, cuanto más si consideramos su financiación pública, lo cual obliga a la mayor eficacia, y, si está no se consigue, el dinero de la ciudadanía se estaría despilfarrando en un mero abaratamiento de los costes empresariales.

6

Sobre la prohibición legal de despido durante el embarazo, me permito remitir al lector/a a mi libro “El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora”, Instituto de la Mujer, Madrid, 2002, páginas 141 a 177.