

La hospitalización del neonato en la disposición adicional octava de la Ley 12/2001

POR MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR.

Profesora Titular de Universidad.
Departamento de Derecho del Trabajo
de la Universidad de Valencia.

La DA octava de la Ley 12/2001, de 9 de Julio supone, sin duda, una ampliación importante en el ámbito de la raquítica cobertura que el ordenamiento español prevé para el cuidado de los hijos e hijas (porque es en esta vertiente más que en la de maternidad/paternidad donde presenta su funcionalidad) pero ni era ésta la temática más necesitada de ampliación y ajuste tras la ley 39/1999, ni el modo en que la reforma se ha producido resulta el más adecuado desde el punto de vista del reparto de responsabilidades familiares. El aspecto más evidente es, sin duda, su carácter enormemente puntual.



A. EL DERECHO A LA INTERRUPCIÓN DE LA SUSPENSIÓN POR MATERNIDAD

El supuesto queda regulado formalmente como un mecanismo para posponer el inicio del cómputo de la suspensión por maternidad cuando se dé la circunstancia de necesaria hospitalización del hijo/a, pero en realidad contempla más propiamente un supuesto de interrupción voluntaria de la suspensión por maternidad por la concurrencia de aquella hospitalización. Establece literalmente el párrafo tercero del art. 48.4 ET, según redacción dada por la Ley 12/2001: “En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre”. Se trata, pues, de una figura esencialmente interruptiva de la suspensión por maternidad: tras el nacimiento del hijo o de la hija se produce un periodo de disfrute obligatorio para la madre de seis semanas que queda inalterado, y expresamente referido en tal sentido como de disfrute obligatorio e inaplazable para la madre en la propia DA octava de la Ley 12/2001; transcurrido ese periodo de tiempo, y siempre que se mantuviera la hospitalización del hijo/a, resulta posible a instancia materna, o en su defecto paterna, posponer el resto de la suspensión por maternidad al tiempo posterior al alta hospitalaria del neonato/a.

La institución, con todo, presenta varias carencias importantes: de un lado, ni el periodo laboral entre el fin de las seis semanas obligatorias post parto y el alta hospitalaria que desencadena la continuación del periodo suspensivo, ni el tiempo que dura la situación de reducción de jornada por hospitalización del hijo o hija tiene aparejada la sanción de nulidad del despido que, con carácter general, estableció para estos casos la ley

39/1999; de otro lado, mantiene en esencia, la responsabilidad principalmente materna en el cuidado de los hijos e hijas. Adviértase, en tal sentido, que el derecho a la interrupción de la suspensión por maternidad corresponde a la madre “o, en su defecto”, al padre. Obviamente pasa por alto la posibilidad, no por menos utilizada menos factible, de que sea el padre el que disfrute de la suspensión por el tiempo que sobrepase el tiempo obligatorio post parto de las seis semanas. En tal caso, con el texto de la DA octava en la mano, no resultará posible que éste opte por la suspensión demorada hasta la fecha del alta del hijo o hija.

El supuesto objetivo que posibilita esta interrupción de la suspensión por maternidad está condicionada por dos elementos: de un lado, la hospitalización del hijo/a; de otro lado, su carácter inmediatamente posterior al momento del parto. En este contexto, se establecen mecanismos rígidos para los plazos de inicio y final lo que constituye, justamente, uno de los principales elementos para la crítica. Efectivamente, con referencia al momento para la continuación ordinaria del periodo suspensivo, no se entiende demasiado bien porqué debe ser forzosamente el momento del alta hospitalaria y no uno anterior. Y ello porque, si bien la permanencia en las unidades de cuidados intensivos no permite la permanencia continuada de los padres y madres, sí que ésta resulta posible y aconsejable cuando pasan a las unidades de neonatos o incluso a planta. En estas circunstancias, los padres/madres pueden encontrarse ante el obstáculo de no poder acogerse a la suspensión por maternidad por no haberse producido el alta hospitalaria. El momento inicial que origina el derecho a la interrupción de la suspensión por maternidad no resulta más comprensible. Tras la reforma, el art. 48.4 ET establece como condición objetiva para el ejercicio de aquella que el neonato/a deba permanecer hospitalizado/a “a continuación del parto”. La insuficiencia de esta redacción resulta evidente. No contempla las situaciones de hospitalización que se generan con posterioridad al parto pero durante el periodo de suspensión por maternidad.

En definitiva, no resulta criticable la necesidad de la reforma sino sencillamente su carácter excesivamente puntual, casi a medida, lejano del carácter general que debe tener por naturaleza cualquier norma jurídica y mayormente la relacionada con la temática de la protección de la maternidad que, pese a las sucesivas reformas, sigue necesitada de una reforma global. La importancia del tema resulta evidente cuando se pone en conexión con la inexistencia de mecanismos aplicables genéricamente a las situaciones de fuerza mayor familiar, específicamente por enfermedad de hijos, hijas o familiares que no justifiquen o requieran la excedencia de larga duración prevista en el ordenamiento laboral.

B. EL PERMISO Y LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR HOSPITALIZACIÓN DEL HIJO O HIJA

El segundo contenido objetivo de la reforma operada por la DA octava de la Ley 12/2001 afecta al art. 37.4, al que se añade un apartado bis con la siguiente redacción: “En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo por una hora. Asimismo tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario. Para el disfrute de este permiso se estará a lo previsto en el apartado 6 de este artículo”. Las principales cuestiones que este precepto plantea guardan relación con la compatibilidad con permisos, suspensiones y otros mecanismos establecidos para el cuidado de las hijas y de los hijos recién nacidos.

1 Permiso por hospitalización y suspensión por maternidad: Ningún obstáculo se aprecia en la redacción del permiso por hospitalización contemplado en el art. 37.4 bis a esta compatibilidad por lo que resulta indudable que, encontrándose la madre o el padre en suspensión por maternidad podrá el otro progenitor acceder al permiso o reducción por hospitalización. Así pues, encontrándose la madre



en suspensión por maternidad obligatoria de las seis semanas obligatorias post parto, el padre podrá beneficiarse de este permiso para la asistencia al hospital, lo que resulta perfectamente consecuente con las mayores dificultades para el desplazamiento que puede presentar la madre en el momento inmediatamente posterior al parto. Una vez transcurrido el periodo de seis semanas, el ordenamiento posibilita la concurrencia de suspensión materna y permiso paterno o viceversa por cuanto la presencia de ambos en los momentos puntuales habilitados para la visita del recién nacido resultan en estas circunstancias difícilmente criticables, sobre todo cuando se trata de involucrar la figura del padre en el cuidado y atención del hijo o de la hija. En tal sentido, este permiso por hospitalización podría actuar en la práctica como permiso paterno, acumulable al materno, dirigido a la potenciación del reparto de responsabilidades, si no fuera porque su ámbito aplicativo se limita exclusivamente al supuesto excepcional de hijo o hija hospitalizada.

2

Permiso por hospitalización y permiso por lactancia: de entenderse compatibles el permiso por hospitalización (art. 37.4. bis ET) y el de lactancia (art. 37.4 ET), la unidad familiar constituida por el padre y la madre del recién nacido/a hospitalizado/a podrían acumular ambos. Las combinaciones en tal caso podrían ser varias: uno de los progenitores podría acceder a lactancia y el otro a permiso de hospitalización o tan solo uno de ellos podría acumular ambos. El tenor literal del art. 37.4 bis ET permite esta conclusión. Ciertamente podría abonar la interpretación opuesta la utilización de criterios finalistas: si el permiso de lactancia está previsto para la alimentación del recién nacido/a no siempre esta finalidad podrá ser cumplida en el caso de hospitalización. Pese a todo, esta argumentación tiene su contrapartida: resulta generalmente admitido que el permiso de lactancia no tiene como contenido exclusivo la alimentación del o de la menor. Incluso otras razones finalistas podrían ser favorables a la acumulación del permiso de lactancia y de hospitalización: la necesidad de desplazamiento al centro hospitalario puede requerir un tiempo superior a la hora pre-

vista por separado en el permiso de lactancia y el de hospitalización por lo que su adición resultará generalmente necesaria para dar cumplimiento a la finalidad del precepto. Así, nadie duda que el permiso de lactancia es insuficiente por sí mismo para dar cumplimiento a las necesidades alimenticias de la persona recién nacida por lo que parece razonable pensar que, por las mismas razones, el permiso de hospitalización resulta, en solitario, igualmente deficiente. Si se considera que la presencia de los padres en el caso de hospitalización es particularmente importante porque no existe la posibilidad de contacto al término de la jornada laboral como ocurre en el supuesto de niña o niño no necesitado de hospitalización, podría, sin excesivos problemas llegarse a la conclusión de que el permiso de hospitalización no es una especificación del permiso de lactancia para un supuesto concreto sino, más propiamente, un permiso diferenciado al de lactancia y acumulable a éste, si concurren las circunstancias.

La descripción de las situaciones de complementariedad producidas como consecuencia del disfrute de la suspensión por maternidad, permiso de lactancia y de hospitalización, puede clarificar la escasa peligrosidad del disfrute acumulado de estos dos últimos, así como su incidental funcionalidad en algunos aspectos relacionados con la promoción del reparto de responsabilidades:

- A** Disfrute materno de la suspensión por maternidad de las seis semanas obligatorias post parto; y disfrute paterno del permiso de hospitalización (imposible acumulación al padre del permiso de lactancia porque no se cumple el requisito del art. 37.4. de que, en tal caso, ambos trabajen);
- B** Disfrute materno del resto de la suspensión por maternidad; y disfrute paterno del permiso de hospitalización (sin compatibilidad con lactancia por las razones antedichas);
- C** Disfrute paterno de la suspensión por maternidad (tras las seis semanas obligatorias post parto); disfrute materno del permiso de lactancia y del permiso de hospitalización acumulados. Sin duda, esta posibilidad

implica un disfrute horario de mayor intensidad que las posibilidades “tradicionales” anteriores, por lo que, desde el punto de vista de la potenciación del reparto de responsabilidades, e independientemente de que no parecía ser éste el objetivo pretendido por la legislación, el derecho a la acumulación materna del permiso de lactancia y hospitalización merece una valoración positiva;

- D** situación interruptiva de la suspensión por maternidad (art. 48.4. párrafo tercero), por lo que ambos progenitores se encuentran trabajando: el permiso de lactancia resulta acumulable al de hospitalización, bien en la misma persona bien en diferente.

3

La reducción de jornada por hospitalización: el art. 37.4. bis contempla, además del permiso de hospitalización, el derecho a la reducción de jornada no retribuida por un tiempo máximo de dos horas diarias. Ambos se configuran con carácter expresamente acumulativo, como indica el término “asimismo” que precede a la descripción del derecho a la reducción de jornada contemplado en el último inciso del art. 37.4. bis. Su existencia parece quedar justificada, como prueba su carácter no retribuido, por la concurrencia de factores excepcionales como la particular lejanía del centro hospitalario o como consecuencia de razones de organización hospitalaria que obligaran a permanencias más prolongadas en el mismo (por ejemplo, cuando el parte médico no se comunica al padre y a la madre en el mismo momento de la visita sino en uno posterior).

Sin duda esta acumulación de permisos y reducciones plantea indudables problemas de organización empresarial: así, la ausencia por dos horas, en lugar de una, puede generar problemas organizativos, pero más aun puede hacerlo la acumulación de dos horas más no retribuidas en concepto de reducción de jornada. Los problemas pueden ser particularmente graves cuando, el contrato inicial del trabajador/a fuera a tiempo parcial. De cualquier modo, los instrumentos de control judicial son susceptibles

de sancionar eventuales situaciones fraudulentas, bien por medio del control de la causalidad del permiso de hospitalización; bien por medio de la resolución de los conflictos suscitados entre empresa y trabajadora acerca de la determinación del momento para el disfrute de los mismos en relación con la organización empresarial (art. 37.6 ET)

4

Régimen jurídico aplicable al permiso de hospitalización y a la reducción de jornada: pese a sus similitudes, no resulta posible la aplicación intercambiada del régimen jurídico de la lactancia a la hospitalización ni el de la reducción de jornada por guarda legal a la motivada por hospitalización que tan solo es admitida expresamente por el ordenamiento en supuestos concretos, como el regulado en el art. 37.6 ET para la determinación del momento de su disfrute, que resulta de aplicación tanto al permiso por hospitalización como a la reducción de jornada por la misma causa (art. 37.4 ET bis). Queda claro, no obstante, que el derecho a la elección del momento para el disfrute del permiso o la reducción constituye un derecho reconocido al trabajador/a aunque no con carácter incondicionado. De hecho, la referencia al procedimiento judicial especial realizada por el mismo art. 37.6 indica que pueden haber intereses empresariales de organización empresarial que pudieran, en caso de resultar efectivamente justificados, alterar la opción correspondiente al trabajador/a. Tendrá que determinarse en cada caso y en cada conflicto, por vía judicial, el mecanismo de coordinación de intereses más adecuado.

5

El permiso por hospitalización: Consiste en el derecho a la “ausencia” por una hora, en los supuestos de hospitalización del hijo o de la hija a continuación del parto, de lo que se derivan las siguientes consecuencias:

A

Desde el punto de vista objetivo, la causa que da origen a este permiso especial es la hospitalización a continuación del nacimiento. Las mismas críticas que más arriba se hicieron a este carácter tan puntual resultan de aplicación también en este caso;


B

Desde el punto de vista temporal, el permiso consiste en una ausencia por lo que, en puridad de términos, admite todos los mecanismos que expresamente se recogen para el permiso de lactancia, con la excepción de que, incluso si se coloca al principio o al final de la jornada su duración será de una hora. Así pues, el concepto de ausencia admite sin problemas el fraccionamiento, de igual modo que admite, sin reducción, su disfrute al principio o al final de la jornada.

C

Más arriba ya nos referimos al carácter causal del permiso (consecuencia de su formulación específica, de su carácter retribuido y de la posibilidad de acumulación a la lactancia), lo que obliga a que el mismo se produzca en beneficio e interés del niño de la niña hospitalizada.

6

La reducción de jornada por hospitalización: la primera de las cuestiones que suscita el derecho a reducción de jornada no retribuida por causa de hospitalización inmediatamente posterior al nacimiento es que, a diferencia de la naturaleza de disfrute individual que se introdujo por medio de la ley 39/1999 en relación a la reducción de jornada y a la excedencia por cuidado de hijos e hijas, el derecho a la reducción por hospitalización queda vinculada tan solo al padre o, alternativamente, a la madre. De hecho, cuando se formula, se hace de la siguiente manera: “asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo...”, a continuación del primer inciso del art. 37.4 bis en el que se contempla el permiso de hospitalización. Se produce, por tanto

una remisión a los sujetos beneficiarios de este permiso, que son “el padre o la madre”, por lo que tan solo uno de ellos, y no ambos serán susceptibles de su disfrute. Esta formulación difiere considerablemente de la de la reducción de jornada por guarda legal del art. 37.5 ET que permite su disfrute acumulado en padre y madre. De otro lado, la referencia que se hace al padre o a la madre tan solo significa que no podrá acumularse la reducción en padre y madre, pero no que, disfrutando uno de ellos del permiso de hospitalización no pueda simultáneamente el otro acceder a la reducción de jornada por hospitalización.

La reducción de jornada por hospitalización comprende “hasta un máximo de dos horas”. Se trata, por tanto, de un derecho a la reducción de jornada complementario al genérico por guarda legal, hasta el punto de que si el establecido como novedad en la DA octava de la Ley 12/2001 no fuera suficiente para cubrir las necesidades ocasionadas como consecuencia de la hospitalización, siempre sería posible solicitar la reducción ordinaria por guarda legal, cuyo periodo mínimo, en caso de jornada completa, será ligeramente superior a las dos horas establecidas como máximo en el art. 37.4.bis segundo inciso. Cuestionable resulta, con todo, que se haya desaprovechado la ocasión para definitivamente eliminar los obstáculos de duración mínima en la reducción de jornada por guarda legal, que hubiera permitido ampliar las reducciones de corta duración a mayor número de supuestos relacionados con el cuidado de los hijos e hijas, y que hubiera hecho innecesaria esta referencia tan excesivamente puntual a la reducción específica para los supuestos de hospitalización inmediatamente posterior al nacimiento.