



## EL IMPACTO DE LA LEY PARA LA IGUALDAD EN EL MARCO DE LA NORMATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL

SUSANA BARCELÓN COBEDO

*Profesora Titular Habilitada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad Carlos III de Madrid

M.<sup>a</sup> GEMA QUINTERO LIMA

*Profesora Titular Visitante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad Carlos III de Madrid

### EXTRACTO

El carácter transversal de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha implicado que las modificaciones previstas en la misma hayan afectado a múltiples ámbitos del ordenamiento jurídico español, entre otros, el concreto de Seguridad Social.

En este ámbito, tras la entrada en vigor de la Constitución y de la actividad depurativa realizada por el Tribunal Constitucional al amparo de su art. 14, en realidad, no cabe hablar de problemas propiamente de discriminación por razón de género.

En este sentido se podría defender que no es necesaria una norma como la Ley de Igualdad. Sin embargo, si es cierto que, de un modo reflejo, la Ley de referencia ha procedido a introducir modificaciones de distinto calado en la acción protectora del Sistema que han venido, no ha potenciar una igualdad efectiva, sino a mejorar los contenidos prestacionales como instrumento para la consecución de un objetivo último (ajeno claramente a la Seguridad Social) como es el de la conciliación de la vida familiar y laboral. Fenómeno que no resulta ser novedoso en este ámbito, porque tiene uno de sus precedentes en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, denominada, no por casualidad, de conciliación de la vida familiar y laboral.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA MEJORA DE PRESTACIONES EXISTENTES
  - 2.1. Prestación de maternidad
    - 2.1.1. Ampliación de los supuestos susceptibles de protección. Delimitación de la contingencia
    - 2.1.2. La exigencia del requisito de carencia: la flexibilidad del elemento contributivo
    - 2.1.3. El subsidio especial
    - 2.1.4. El fenómeno de las cotizaciones asimiladas
    - 2.1.5. Situaciones de tránsito prestacional
    - 2.1.6. Tiempo de descanso por maternidad
  - 2.2. Prestación de Riesgo durante el Embarazo
3. AMPLIACIÓN DE LA ACCIÓN PROTECTORA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
  - 3.1. Prestación de paternidad
  - 3.2. Prestación de Riesgo durante la Lactancia
    - 3.2.1. Algunos antecedentes
    - 3.2.2. Régimen jurídico de la prestación de riesgo durante la lactancia
4. VALORACIONES FINALES

## 1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo no es otro que abordar las incidencias que en materia de Seguridad Social ha tenido la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en lo sucesivo LOI) <sup>1</sup>. Reformas se concretan en dos tipos de medidas; de una parte, aquellas que van directamente dirigidas a una mejora de la cobertura que ofrecen prestaciones ya existentes (es lo que ha sucedido en las situaciones de necesidad protegidas desde la maternidad y el riesgo durante el embarazo). Y, de otra, aquellas tendentes a ampliar la acción protectora del Sistema en sí misma (surgen, entonces, prestaciones nuevas tales como las vinculadas al permiso de paternidad o a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia).

Ahora bien, un análisis en profundidad de esos cambios ha obligado necesariamente, si bien de un modo tangencial, a valorar igualmente las reformas ocasionadas en materia laboral y de prevención de riesgos laborales, entre otras. Esto explica que en determinados aspectos hayan sido traídas a colación algunas de las novedades experimentadas en lo referido a la conciliación de la vida familiar y laboral o la prevención de riesgos laborales (materias que son objeto de otros estudios particulares en esta obra colectiva).

En el estudio de las modificaciones en materia de Seguridad Social operada por la Ley de referencia se advierte que el *leitmotiv* de la igualdad resulta ser, en según qué casos, más ideal que efectivo; dicho de otro modo, aunque so pretexto de la igualdad se han modificado algunos preceptos de la Ley general de Seguridad Social, en realidad la finalidad de las reformas no siempre ha sido la consecución de la igualdad efectiva, entre otras razones, porque el hecho biológico introduce, en sí mismo, un elemento jurídico diferencial en el tratamiento de la mujer. Esto comporta que, en consecuencia, el embarazo, y la

<sup>1</sup> BOE de 23 de marzo, número 71, págs. 12611-12645.

lactancia natural referida a la madre trabajadora sean algunas de las pocas excepciones a la prohibición de trato diferente entre hombres y mujeres.

Así, cuando se trata de la maternidad en sentido biológico, resulta difícil hablar en términos de igualdad entre hombre y mujer; en esta materia, y a diferencia de lo que sucede en otras en las que es fácil advertir situaciones que pueden derivar en diferencias de trato sin justificación aparente (son los casos de ascensos, promociones en el empleo, etc.), en la de maternidad biológica las posibles diferencias entre ambos progenitores cabe entenderlas consustanciales a la lógica de la contingencia; que no es otra que ofrecer cobertura o tutela frente al hecho natural del parto. Esto explica que el derecho al tiempo de suspensión configurado desde legislación laboral (artículo 48. 4 ET) o de la función pública (artículo 30.3 de la Ley 30/1984) sea exclusivo de la madre y que sólo el padre pueda hacer uso del mismo siempre que aquélla así lo decida. Un tratamiento que contrasta con los supuestos de adopción y acogimiento, ya que la ausencia del parto elimina la necesidad de una atención especial al cuidado físico de la madre. Esto determina que la suspensión del contrato de trabajo sea un derecho de titularidad compartida; de esta forma, cómo se distribuya el tiempo de descanso, y en consecuencia, quién haya de recibir la protección, habrá de ser una decisión que competa a los dos progenitores y no sólo a uno de ellos, tal y como sí sucede en el caso de la maternidad biológica.

De la misma manera, en la vertiente preventiva (y, por irradiación, en la de Seguridad Social), el hecho biológico exclusivo de las mujeres embarazadas, o que acaban de dar a luz, justifica un tratamiento privilegiado desde esta rama social del Ordenamiento jurídico, sin que eso constituya discriminación alguna<sup>2</sup>, a pesar de que diseña regulaciones exclusivamente femeninas. Y por más que algún sector doctrinal haya entendido, en una lógica ultra-igualitarista, que se debería proteger al trabajador varón involucrado en la lactancia<sup>3</sup>. En suma, las previsiones en materia de protección de la salud de la trabajadora embarazada materializan un cambio de la perspectiva protectora, que supera las formas de tutela paternalistas y sexistas de la mujer, y —habría que añadir— reconoce el hecho biológico diferencia<sup>4</sup>.

Por último, no hay que olvidar que, a pesar de la vis expansiva, (y que en Seguridad Social todas las novedades hayan resultado de aplicación a los diferentes regímenes que integran la estructura del Sistema en idénticos que el previsto para el Régimen General según previene la más concretamente, la disposición adicional decimotava, apartado veintiuno LOI), sin embargo aun hay algún colectivo de mujeres que están excluidas; es el caso de las empleadas de hogar. Exclusión que se mantiene en la disposición adicional decimotava, apartado veinte LOI, por la que se modifica el apartado 4 de la disposición adicional octava, que queda redactado en los términos siguientes: *«Lo previsto en los artículos 134, 135, 135 bis, 135 ter y 166 será aplicable, en su caso, a los trabajadores por*

<sup>2</sup> MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, Madrid, CES, 2004, pág. 125.

<sup>3</sup> GARRIGUEZ GIMÉNEZ, A., *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social*, Madrid, CES, 2004, pág. 55.

<sup>4</sup> BENAVENTE TORRES, I., «La tutela de la salud de la mujer embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en periodo de lactancia». AA.VV. «La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales», Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pág. 135.

*cuenta ajena de los regímenes especiales. Lo previsto en los artículos 112 bis y 162.6 será igualmente de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales con excepción de los incluidos en los regímenes especiales agrario y de empleados de hogar...»*

## 2. LA MEJORA DE LAS PRESTACIONES EXISTENTES

Tal y como se ha señalado, la LOI contiene un bloque de medidas modificadoras de la legislación de Seguridad Social destinadas a mejorar el régimen jurídico de algunas de las prestaciones ya existentes como la de maternidad y riesgo durante el embarazo.

### 2.1. Prestación de maternidad

La incidencia de la LOI en relación con la prestación de maternidad se proyecta en dos direcciones. De una parte, la que supone proteger la contingencia de referencia en sentido estricto. De este modo, la LOI, en su disposición adicional decimoctava, ha previsto diferentes medidas. En primer lugar, la que supone mejorar el contenido de la contingencia protegida, ampliándola a todos los supuestos de acogimiento. Se supera así la limitación actual que restringía los supuestos de acogimiento a los meramente permanentes o preadoptivos, para incluir también la modalidad del acogimiento simple, aunque con la limitación temporal de un año. Asimismo, se han llevado a cabo modificaciones que pretenden facilitar el acceso a la condición de sujeto beneficiario flexibilizando, a tal fin, la exigencia profesional que representa la carencia. De este modo, no sólo se establece una diferenciación del esfuerzo contributivo exigible por tramos de edad, de manera semejante a lo que sucede en la prestación de incapacidad permanente (mayor rigidez para edades más avanzadas); sino que, además, y este quizá sea el rasgo más significativo por lo que supone de eliminación de uno de los elementos básicos o esenciales de la relación jurídica de seguridad social en el nivel contributivo, la ausencia del mismo respecto de determinados trabajadores, concretamente aquéllos más jóvenes (los menores de 21 años). Una laxitud que no concluye en esta eliminación, pues la LOI va más allá en el tratamiento de este requisito configurando un subsidio especial para el caso de que la trabajadora, pese a la rebaja, no logre alcanzar el tiempo de carencia mínimo legal. Finalmente, la LOIMH introduce una flexibilidad más al considerar como tiempo cotizado, a efectos de causar derecho a las futuras pensiones del Sistema, por un lado, el correspondiente a la maternidad (aplicable igualmente cuando se trata de la paternidad) que subsista tras la extinción del contrato de trabajo o que se inicie durante la percepción del subsidio de desempleo (se incorpora, a este efecto, un nuevo apartado 6 al artículo 124 de la LGSS); y, por otro, los tiempos de descanso por maternidad que no vayan acompañados de la obligación de cotizar (nueva disposición adicional cuarenta y cuarta de la LGSS).

Y, de otra, la LOI actúa en relación con la protección de la maternidad, en el sentido de fomentar la corresponsabilidad del otro progenitor en el cuidado de los hijos que se incorporan al núcleo familiar. Hay que hacer referencia a los cambios introducidos respecto del disfrute por parte del padre del derecho de la madre al tiempo de descanso previsto



legalmente (artículo 48.4 del ET y artículo 30.3 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto, de Reforma para la Función Pública, en lo sucesivo Ley 30/1984)<sup>5</sup>. A partir de estos cambios, se va a permitir que el padre pueda hacer uso de este tiempo de descanso, incluso para el caso de que la madre no lo haya generado, bien por razón de fallecimiento (algo que dicho sea de paso no resulta novedoso pues ya estaba recogido en la normativa reguladora de esta prestación), o bien porque no lo tenga previsto el régimen al que se encuentre adscrita la mujer trabajadora.

### 2.1.1. *Ampliación de los supuestos susceptibles de protección. Delimitación de la contingencia*

Las situaciones protegidas a efectos de la prestación de maternidad, de conformidad con la regulación recogida en el artículo 133 bis de la LGSS (antes de la reforma operada por la Ley de Igualdad) y en el artículo 2 del RD 1251/2001, son la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los artículos 48.4 del ET y 30.3 de la Ley 30/1984<sup>6</sup>. Así pues, se consideran situaciones asimiladas a la maternidad biológica aquéllas que igualmente determinan la inclusión de un nuevo miembro en el núcleo familiar con un carácter permanente o estable (no obstante hay que aclarar que los menores adoptados o acogidos han de ser menores de seis años o menores de dieciocho cuando se trate de personas con discapacidad o de quienes por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiar)<sup>7</sup>.

Esta configuración de la maternidad amplia, no restringida a la concepción estrictamente biológica de aquélla, se justifica si se tiene en cuenta que uno de los bienes jurídicos en juego al diseñar la protección que (tanto desde la perspectiva laboral como de seguridad social se conecta con esta situación de necesidad) consiste en facilitar el establecimiento de vínculos de afectividad entre los progenitores y el recién nacido. Vínculos que no necesariamente deben limitarse a los supuestos de maternidad biológica, sino que pueden extenderse a otros en los que igualmente se hace necesario entablar ese tipo de afectos derivados de la adaptación de un menor al núcleo familiar. Se trata de las situaciones de adopción y acogimiento que, como se acaba de señalar, han sido recogidas en la normativa de Seguridad Social dentro de las situaciones protegidas por la maternidad. Se supera así una configuración de la maternidad asentada tradicionalmente en una concepción estrictamente biológica para dar paso a un concepto más amplio integrador de un mayor número

<sup>5</sup> Artículo este último expresamente derogado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público que ha incorporado el contenido del mismo al art. 49 de esta Ley.

<sup>6</sup> Este artículo ha sido derogado por el Estatuto Básico del Empleado Público que recoge su contenido en el art. 49).

<sup>7</sup> Una regulación que, dicho sea de paso, no es exclusiva de esta contingencia sino que el acogimiento, referido a los casos de permanente y preadoptivo, también es predicable de la asignación económica por hijo a cargo y menor acogido, tras la reforma introducida al respecto por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

de bienes jurídicos susceptibles de ser protegidos y que ofrece, en definitiva, un nuevo modelo de maternidad que centra su atención en el cuidado del menor, así como en los aspectos afectivos y familiares, alejándose en consecuencia de la dimensión física. Concepción más amplia que encuentra mejor acomodo en una realidad social en la que, fenómenos como la adopción y el acogimiento (dejando al margen posibles valoraciones en relación con la incidencia de los mismos en las nuevas estructuras familiares), son cada vez más frecuentes y, por tanto, demandan su consideración legal <sup>8</sup>.

Pues bien, sobre este particular la LOI ha ampliado los supuestos de acogimiento al incorporar también la modalidad del acogimiento simple entre las situaciones susceptibles de quedar protegidas al amparo de esta contingencia; o, dicho de otro modo, con la reciente reforma operada, son situaciones protegidas por la maternidad los diferentes tipos de acogimiento previstos en el artículo 173 del Código Civil <sup>9</sup>.

En primer lugar, al acogimiento simple, en términos del Código Civil, artículo 173.1, lo que le singulariza es, sin duda, su carácter transitorio o provisional, en tanto que resulte previsible la reinserción del menor en su familia de origen (biológica), o en tanto sea adoptada una medida de protección que revista un carácter más estable. Dos son, por tanto, las finalidades que se persiguen con esta modalidad de acogimiento: la integración del menor, así como la adopción de cuantas medidas de apoyo se requieran para favorecer la desaparición de las causas que dieron origen a la situación de acogimiento familiar (ayudas que básicamente se concretan en tres, económicas, domiciliarias y socioeducativas). Sólo cuando, pese a las medidas adoptadas, las mismas no resultaran suficientes para conseguir la integración del menor en la familia de origen, se plantean soluciones alternativas con el fin de sustraer al menor de su entorno familiar <sup>10</sup>.

En segundo lugar, los supuestos de acogimiento preadoptivo, como su propia denominación indica (artículo 173.3 CC) responden a un objetivo último que no es otro que propiciar o favorecer la adopción del menor. En este caso, y mientras se tramita la adopción, el acogimiento actúa como banco de pruebas facilitando la convivencia del menor con la familia adoptante. Por su parte, se considera acogimiento permanente aquel que no entra en ninguno de los dos supuestos anteriores y va dirigido, básicamente, a aquellos menores que, por razón de edad (próxima a alcanzar la emancipación), o por tratarse de menores con algún tipo de problema relacionado con la salud, no cabe su adopción.

<sup>8</sup> Sobre este particular, la institución del acogimiento ha sido definida como el instrumento legal de protección del menor desamparado, o —en general— de aquél cuyos padres no pueden dispensarle los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo como persona, mediante el cual es insertado plenamente —de forma transitoria, permanente o con vistas a una posible adopción— dentro de un ambiente familiar sustitutivo o complementario del propio, que le asegure la asistencia moral y material adecuada a sus necesidades, teniendo presente en todo momento que —siempre que sea posible y así lo aconseje el interés superior del menor— deberá orientarse toda actuación a la reinserción dentro de la propia familia. Véase, CAPARRÓS CIVERA, N. y JIMÉNEZ-AYBAR, I., *El acogimiento familiar*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, 2001, pág. 73.

<sup>9</sup> Hay que recordar que el contenido de este precepto fue modificado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor (concretamente en sus disposiciones finales sexta y séptima) que a tal efecto introdujo una mayor flexibilidad en el concepto que habría de manejarse sobre acogimiento; de este modo, se establecen diversas formas de acogimiento que se concretan en simple o temporal, permanente y preadoptivo. La diferencia entre unas y otras radica, fundamentalmente, en la finalidad que cada uno cumple.

<sup>10</sup> HERAS HERNÁNDEZ, M.<sup>º</sup> M., *El acogimiento convencional de menores*, Madrid, Montecorvo S.A., 2002, págs. 228-229.



Pues bien, la reforma introducida por la LOI (disposición adicional decimoctava, apartado seis) respecto de las situaciones de acogimiento que son susceptibles de integrar la contingencia de maternidad pone fin a esa exclusión (se modifica el contenido del artículo 133 bis de la LGSS). Una exclusión que se justificaba tanto por la finalidad última de este tipo de acogimiento (reintegrar al menor en su familia de origen) como por su carácter provisional. Sin embargo, sin negar que ambas circunstancias merecen una mayor cautela a la hora de conceder una protección semejante a la que representa la maternidad, tampoco se puede pasar por alto que el acogimiento en general previsto legalmente en el artículo 173 del CC, con independencia de cual sea la causa (por tanto, no exclusivo del acogimiento por razones de próxima emancipación o por tratarse de una situación de carácter definitivo como es la adopción), reconoce al menor acogido los mismos derechos y obligaciones que al resto de los miembros del hogar familiar, al tiempo que su participación plena en la vida familiar. E impone a la familia de acogida las obligaciones legales que conlleva velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral <sup>11</sup>.

Así pues, en tanto que la modalidad de acogimiento no condiciona las obligaciones de quienes se convierten en la familia de acogida, una regulación como la introducida por la LOI parece más ajustada, al no establecer distinción alguna desde el punto de vista de la protección a dispensar (sea desde la normativa laboral sea desde la de seguridad social). Se trata, en definitiva, de garantizar a quien asume este tipo de situaciones, con independencia de cual sea la causa que origine un acogimiento u otro (simple, permanente o preadoptivo) la misma protección que para los supuestos de maternidad biológica (no en vano se trata de situaciones asimiladas a esta y, como tales, conllevan las obligaciones que le son propias). Es decir, compensar a quien/es durante el acogimiento han dispuesto de su tiempo para poder hacer frente a las obligaciones impuestas legalmente. Lo que no impide, como así ha sido, que, para salvar el escollo que sin duda representa la naturaleza provisional del acogimiento simple y evitar que el mismo se convierta en una forma indirecta de obtener protección fácil o rápida por parte del sistema de Seguridad Social, su reconocimiento se vea limitado a que el acogimiento no tenga una duración inferior al año; límite temporal que no obstante puede ser escaso si se compara con la duración del tiempo de descanso por maternidad (dieciséis semanas) y la consiguiente prestación de contenido económico.

### 2.1.2. *La exigencia del requisito de carencia: la flexibilidad del elemento contributivo*

La prestación de maternidad, en tanto que es de naturaleza contributiva, responde al esquema tradicional de protección; lo que significa que la condición de beneficiario requiere, además del cumplimiento de la exigencia de alta (en los términos del artículo 124 de la LGSS), que el sujeto haya cotizado ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de

<sup>11</sup> HERAS HERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> M., *El acogimiento convencional de menores*, Madrid, Montecorvo S.A., 2002, págs. 236-240.

acogimiento, o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. Exigencia esta última sobre la que la LOIMH ha introducido reformas que parecen responder a un objetivo común, flexibilizar el cumplimiento de la carencia.

La LOIMH ha previsto en su disposición adicional decimoctava, apartado seis, además de la modificación relativa a la ampliación de la contingencia ya descrita, la que significa un tratamiento más flexible del requisito de carencia (y que, por tanto, afecta a la condición de sujeto beneficiario). De este modo, la LOI ha organizado el cumplimiento del mismo por tramos de edad.

Un primer tramo, dirigido a los trabajadores más jóvenes (aquellos que en el momento del parto o de la resolución judicial o administrativa por la que se constituya la adopción o el acogimiento sean menores de 21 años); en este caso, se flexibiliza la exigencia de carencia hasta el extremo de no ser necesaria. Una regulación sin duda novedosa tratándose, como se ha dicho, de una prestación de naturaleza contributiva; exclusión hasta ahora sólo predicable en nuestro ordenamiento jurídico en los supuestos de contingencias profesionales y de accidente no laboral. Lo que en la práctica significa que el reconocimiento del derecho a esta prestación está condicionado, siempre que el trabajador no supere la edad de referencia, únicamente a que éste se encuentre en situación de alta o asimilada en el momento del parto (es decir, sería suficiente con haber prestado servicios un día antes del hecho causante).

El segundo tramo de edad está previsto para los trabajadores que tengan cumplidos entre 21 y 26 años de edad en las mismas fechas ya indicadas; en este caso, sí se mantiene la exigencia de carencia, aunque en términos más reducidos, y ofreciendo además una alternativa posible para su cumplimiento. En efecto, frente a la regulación hasta ahora existente (180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso), el periodo de carencia mínimo se establece en 90 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. De forma que se reduce el tiempo de cotización a la vez que se amplía la franja en la que aquel deba quedar comprendido. Pero, con la singularidad que representa que, en todo caso, este requisito se entienda alternativamente cumplido si el trabajador acredita 180 días a lo largo de la vida laboral (es decir, ya no limitado a los cinco años como sucedía anteriormente).

El tercer y último tramo, está pensado para los trabajadores que sean mayores de 26 años para los que la LOIMH tiene previsto una mayor exigencia de carencia, si bien aplicándoles igualmente un tratamiento más flexible que el existente hasta el momento. De manera que se sigue manteniendo la exigencia de 180 días, aunque se vuelve a reproducir la misma regla de antes; así, se amplía el periodo en el que tal exigencia deba entenderse cumplida a siete años, y en todo caso, juega de nuevo la alternativa que a estos efectos representa que se entienda cumplido el requisito siempre que acredite 360 días a lo largo de la vida laboral (que, por cierto, es la carencia prevista para poder acceder a la nueva contingencia de paternidad que opera como la única posible sin que entren en juego el resto de tramos previstos para la maternidad, nuevo artículo 133 nonies de la LGSS)<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> En los supuestos de adopción y acogimiento internacional, la edad señalada anteriormente será la que tengan cumplida los interesados en el momento del inicio del descanso, tomándose como referente el momento de la resolución a efectos de verificar la acreditación del periodo mínimo de cotización que en cada caso corres-



La reforma operada por la LOI muestra un claro intento por evitar que puedan resultar excluidas de la protección de maternidad aquellas situaciones que, conforme a la regulación anterior, quedaban al margen de la protección dispensada por el Sistema al no reunir el trabajador la carencia mínima establecida legalmente. Resulta difícil no obstante pensar que dichas situaciones pudieran ser muy numerosas, ya que el periodo de cotización tampoco resultaba ser especialmente gravoso. En todo caso, conviene recordar que el problema de la falta de carencia sólo afectaba al derecho a la prestación de contenido económico, ya que desde el punto de vista de la relación laboral la misma quedaba suspendida, manteniéndose la obligación de cotizar. Ahora bien, una vez puesta en marcha la maquinaria de la flexibilidad, hubiese sido más acertado (aunque también más arriesgado desde la lógica del Sistema en la que siempre está presente el equilibrio financiero) haber hecho desaparecer el requisito de carencia para todos los supuestos. El hecho de que no se haya aprovechado la Ley de Igualdad para adoptar una medida tan radical no puede deberse sino a los condicionantes financieros.

### 2.1.3. *El subsidio especial*

En la disposición adicional decimoctava de la LOI igualmente se incluye la novedad que representa la configuración de un subsidio especial dirigido a aquellas trabajadoras por cuenta ajena, que reúnan todos los requisitos establecidos para adquirir la condición de beneficiarias de la prestación de maternidad, excepto el de cotización (nuevo artículo 133 sexies). Se trata de una prestación de corte profesional, diseñada para quien es trabajadora por cuenta ajena, y se encuentra en situación de alta o asimilada, aunque haya cotizado tan sólo un día antes del momento del parto; en estos casos, y a diferencia de lo que venía sucediendo, las trabajadoras que no alcancen a reunir el periodo de carencia exigible siempre recibirán una protección por parte del Sistema a través de la concesión de este subsidio. Una previsión que no obstante se espera sea marginal o residual si se tiene en cuenta la mayor flexibilidad con la que esta exigencia es interpretada por la LOI (y sobre la que se acaba de hacer referencia).

La protección prevista en estos casos se traduce en el reconocimiento de una prestación de contenido económico cuya cuantía será igual al 100 por 100 del indicador público de rentas de efectos múltiples vigente en cada momento, en lo sucesivo IPREM (para el año 2007 asciende a 499,20 euros), siempre que la cuantía de la prestación económica cal-

---

ponda. Un tratamiento que lógicamente se corresponde con el que está previsto con carácter general para los supuestos en los que esta adopción internacional precise de un desplazamiento previo de los padres al país de origen. En estas situaciones, el RD 1251/2001, artículo 4.1, contempla la posibilidad de que el periodo de descanso pueda iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial o administrativa por la que se constituye la adopción. Una previsión que, si bien ha solucionado los problemas que provocaba la ausencia de una regulación al respecto y que estaba originando en la práctica que los progenitores hubiesen de hacer uso del tiempo de vacaciones para realizar el desplazamiento, no deja de plantear dudas aplicativas, ya que introduce un factor de incertidumbre al resultar demasiado complejo establecer con exactitud, antes de la salida de España, cuál será la fecha de la resolución. Sobre este extremo, véanse las reflexiones de PANIZO ROBLES, J.A., «Las prestaciones económicas de la seguridad social por maternidad», *RTSS (CEF)*, 2002, pág. 33.

culada conforme al estándar habitual (esto es, el 100 por 100 de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes, tal y como señala el artículo 133 quáter) no resulte de cuantía inferior a la fórmula anterior, ya que de lo contrario se estará a esta segunda. Y con una duración, en ambos casos, de 42 días naturales.

Se busca con este subsidio garantizar que el tiempo de descanso obligatorio por razón de maternidad, esto es, las seis semanas inmediatamente posteriores al parto (que equivalen a los 42 días naturales establecidos por la LOI), vaya acompañado de una protección económica para aquellos supuestos en los que la trabajadora por cuenta ajena no reúna la carencia. Es precisamente el hecho de que esta limitación temporal se circunscriba al tiempo de descanso obligatorio lo que explica que únicamente pueda ser sujeto beneficiario del mismo la mujer trabajadora, ya que es a ella a quien corresponde, en exclusiva, el disfrute de dicho periodo de descanso (que actúa como medida de protección de la salud, y que es de cumplimiento insoslayable tanto para el trabajador cuanto para el empresario).

En cuanto a la cuantía hay que decir que, si bien se utiliza una fórmula semejante a la prevista para el desempleo asistencial en el artículo 217 de la LGSS, la redacción resulta confusa, pues parece querer decir lo contrario de lo que finalmente establece; siendo así que el resultado es que el IPREM opera en estos casos como tope máximo de la cuantía del subsidio, actuando como tope mínimo de la misma la propia prestación económica de maternidad calculada conforme a su regla habitual. Cabe entonces preguntarse a qué situaciones se refiere el legislador cuando arbitra una fórmula tan compleja para cuantificar el importe de este tipo de subsidio, ya que resulta difícil pensar en una prestación de contenido económico que, por aplicación de la fórmula prevista en la LGSS ( $BR=BC$  del mes último que es la fórmula de cálculo de la prestación de incapacidad temporal) sea inferior a la cuantía del 100 por 100 del IPREM (esto es, 499,20 euros/mes).

Todo hace pensar que en realidad, tras esta fórmula tan alambicada lo que se pretende es simplemente garantizar a quienes accedan al mismo una prestación económica equivalente al 100 por 100 del IPREM; reproduciendo la fórmula prevista para el desempleo asistencial (aunque entonces la cuantía sea el 80 por 100). Una prestación que, en los términos en los que se expresa la LOIMH, tendrá la consideración de no contributiva a los efectos del artículo 86 de la LGSS; esto es, desde el punto de vista de su financiación. Lo que significa, dado el principio de separación de fuentes de financiación que preside nuestro sistema de Seguridad Social, que este tipo de subsidio habrá de financiarse vía impuestos (artículo 86.2 de la LGSS). No obstante, se podría pensar hasta que punto una financiación como la descrita justifica un tipo de solidaridad ciudadana, general respecto de estas situaciones (de manera semejante a lo que sucede con las prestaciones de nivel no contributivo financiadas a través de impuestos). No sólo pervive el elemento profesional (tiene que ser mujer trabajadora por cuenta ajena) sino que en ningún momento se está exigiendo la carencia de recursos que caracteriza a este tipo de prestaciones, y que explican la función de compensación de ingresos que las mismas cumplen. Todo hace pensar que tras la inclusión de este subsidio, simplemente se ha buscado ofrecer cobertura a la mujer trabajadora que, por no reunir el periodo de carencia, queda expulsada de la protección del Sistema; de ahí que sólo se limite al tiempo de descanso obligatorio (ya que el disfrute del tiempo restante es potestativo de la trabajadora). Sin valorar las consecuencias colaterales de una regulación como la descrita en la que la naturaleza contributiva de esta prestación econó-



mica especial se ve desdibujada por una financiación inadecuada, teniendo en cuenta ese principio de separación de fuentes de financiación. Tal vez, la falta de una mayor precisión por parte del legislador se deba a que, en la práctica, la concesión de un subsidio como el descrito va a tener un carácter marginal (dada la mayor flexibilidad de la exigencia de carencia) y, en consecuencia, que su financiación vía impuestos tampoco habrá de representar para el Estado un importante incremento del gasto social. Y en este sentido no es descabellado pensar que la finalidad indirecta de este subsidio sea el de evitar las habituales situaciones de connivencia trabajadora/empresario, constitutiva de infracción administrativa en el orden social.

#### 2.1.4. *El fenómeno de las cotizaciones asimiladas*

El fenómeno de las cotizaciones asimiladas constituye uno de los mecanismos de flexibilización del requisito de carencia y consiste en entender producidas cotizaciones que, en realidad, nunca han tenido lugar. Este fenómeno no afecta a la exigencia de carencia en cuanto condicionante del acceso a la prestación de maternidad (que es lo que sucedía en los supuestos antes analizados), sino que hace referencia al tratamiento que haya de recibir el tiempo de suspensión del contrato, a efectos de causar derecho a futuras prestaciones del Sistema. Sobre este particular, la LOIMH distingue dos situaciones. De una parte, se ha incluido un nuevo apartado 6 al artículo 124 de la LGSS según el cual el periodo por maternidad (o paternidad) que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad<sup>13</sup>.

Y de otra, se introduce una nueva disposición adicional cuadragésimo cuarta que bajo la rúbrica «*periodos de cotización asimilados por parto*» establece que, a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por

<sup>13</sup> Como se sabe, la maternidad es una de las causas de suspensión del contrato de trabajo previstas en el artículo 48.4 del ET (y 30.3 de la Ley 30/1984) en la que persiste la obligación legal de cotizar. Esto significa, al igual que sucede en las prestaciones de incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo, que durante este tiempo de suspensión del contrato, el trabajador no experimenta merma alguna en su carrera de seguro para causar derecho a futuras prestaciones del Sistema. Sin embargo, la extinción del contrato lleva consigo el final de esa obligación, de forma que la situación de maternidad que subsista habrá de mantenerse en los mismos términos, produciéndose no obstante un vacío de cotización por el tiempo que aquella persista sin contrato de trabajo. Asimismo, cuando la circunstancia no es la extinción posterior del contrato, iniciada la maternidad, sino que esta tiene lugar siendo la trabajadora perceptora de una prestación de desempleo el efecto es el mismo; ya que, si bien durante esta situación protegida existe obligación de cotizar por parte de la Entidad Gestora, no obstante, una vez causado el derecho a la prestación de maternidad, la protección que dispensa el desempleo se entenderá suspendida (tanto en lo que respecta al subsidio cuanto a la obligación de cotizar, previsión que ha sido incorporada igualmente por la LOIMH). Ambas situaciones, a partir de la reforma operada, pasan a ser consideradas tiempo cotizado respecto de determinadas prestaciones del Sistema (pensiones en general, y los propios subsidios de maternidad y paternidad).

cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda.

La lectura de ambos preceptos, aún tratándose de supuestos distintos, responden a una finalidad común, considerar tiempo cotizado el tiempo correspondiente a la maternidad, cuando por las razones que sea, no persista o no haya existido, la obligación legal de cotizar. Un tratamiento más favorable del tiempo de suspensión del contrato de trabajo por razón de maternidad que coincide con el que igualmente ha previsto la LOIMH respecto de la excedencia por cuidado de hijo o menor acogido de acuerdo con el artículo 46.3 del ET; en estos casos, los dos primeros años de excedencia (no limitándose al primero como sucedía antes de la reforma) tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (según la nueva redacción dada por la citada Ley al artículo 180.1 de la LGSS).

No obstante lo anterior, la aplicación de este mecanismo, resulta ser más frecuente cuando se trata de prestaciones que exigen una larga vida de afiliación y cotización (es el caso de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente); pero que, como sucede con el resto de estos correctivos, no cabe decir lo mismo cuando las prestaciones requieren periodos de carencia cortos para generar el derecho a las mismas (es el caso de la maternidad o el desempleo). Pues bien, resulta sorprendente que este mecanismo se prevea cuando el acceso que se pretende sea a las prestaciones de maternidad o paternidad (esto es, respecto de subsidios y no sólo de pensiones). De nuevo, se trata de una previsión de difícil aplicación, si se tiene en cuenta que se parte de la situación de quien ha iniciado ya cualquiera de las situaciones anteriores —maternidad o paternidad— (y que, por tanto, se ha visto obligado a tener que cotizar el tiempo suficiente para el reconocimiento del derecho); todo ello, sin olvidar que la mayor amplitud del periodo en el que la exigencia de carencia deba entenderse cumplida facilita el acceso a quienes se encuentren en cualesquiera de los supuestos previstos en la LOI, sin necesidad de acudir a esta fórmula de la cotización asimilada (siete años o, alternativamente, toda la vida laboral del sujeto). De todas formas, este tratamiento del tiempo de suspensión del contrato de trabajo, sin obligación de cotizar, aplicado a las prestaciones de maternidad (y paternidad) es una manifestación más de la mayor laxitud que está recibiendo el requisito de carencia en ambas (junto a las anteriormente descritas de la ausencia de carencia, según la edad del trabajador, o el acceso a un subsidio especial por carecer de la cotización necesaria).

Junto al supuesto anterior, la citada Ley ha previsto otro en el que la situación de partida es diferente ya que, en este caso, lo que determina esa cotización ficticia es cual sea la situación de la mujer en el momento del parto. Una vez más la redacción dada por la norma es confusa pues no resulta del todo clara la finalidad de la misma; parece que lo que se está permitiendo es que aquella mujer que en su momento no haya podido acceder a la protección de maternidad, tanto desde la perspectiva laboral como de Seguridad Social, cuando solicite posteriormente su pensión de jubilación o de incapacidad permanente, le sea computado el tiempo de suspensión del contrato por razón de maternidad como si realmente hubiese existido (de ahí que se computen 112 días completos de cotización que no es sino el equivalente en días a 16 semanas). Sólo desde esta interpretación cabe explicar



la excepción a la regla contenida en la norma, y que se recoge en su último párrafo, respecto de quien por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda (supuestos para los que no cabe esta cotización ficticia ya que ha existido cotización real). O la propia denominación que recibe este tipo de situaciones calificadas en términos de «periodos de cotización asimilados por parto», ya que es este hecho el que precisamente da origen a la asimilación posterior. De entenderlo en los términos expuestos, con esta medida se está concediendo un beneficio de cotización a las mujeres, simplemente por haber tenido hijos, con independencia de su condición de trabajadora en el momento del parto; si esto supone o no la vía de entrada a una futura protección de maternidad sin condicionantes profesionales es algo difícil de asegurar en este momento. De lo que no cabe duda es que con esta reforma se está reforzando (o favoreciendo) los supuestos de incorporación tardía de la mujer en el mercado de trabajo por razón de maternidad; de ahí que a mayor número de hijos las cotizaciones asimiladas también sean mayores, concretamente, 14 días más por cada hijo a partir del segundo (tratamiento que puede derivar en una importante bolsa de cotizaciones ficticias a efectos de alcanzar futuras pensiones).

En definitiva, se está ante un ejemplo de importación desde el Derecho comparado de técnicas jurídicas de protección, no sólo de la mujer trabajadora que sufre retraso en la incorporación al mercado laboral, o intermitencias de la actividad profesional, sino también de protección de la familia <sup>14</sup>.

#### 2.1.5. *Situaciones de tránsito prestacional*

Las conexiones entre ambas situaciones de necesidad están reguladas en el artículo 222 LGSS. De conformidad con el contenido de este precepto, cuando la trabajadora vea extinguido su contrato de trabajo estando en situación de descanso por maternidad, seguirá percibiendo la misma prestación hasta que concluya dicha situación pasando entonces, si cumple con los requisitos, a la protección por desempleo; siendo indiferente, a estos efectos, que la trabajadora haya optado por disfrutar el periodo de descanso voluntario de maternidad, parcial o totalmente, antes o después del parto, ya que lo decisivo en la conexión o tránsito al desempleo es que la situación de maternidad haya concluido. Asimismo se establece que este tiempo no se descontará del periodo de percepción de la prestación por desempleo.

Una regulación que contrasta con la que recibe la situación de incapacidad temporal tras la reforma introducida por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado que dio nueva redacción a dicho artículo 222 <sup>15</sup>, y que se justifica, en gran

<sup>14</sup> Se trata de un tímido experimento que hace el legislador español, si se toman en consideración las regulación que el sistema francés ofrece en el ámbito del seguro de vejez, por poner un ejemplo, la *majoration pour enfant*, de las pensiones de vejez, invalidez y viudedad (art. 351-12 del Código de la Seguridad Social), o la tipología plural de prestaciones familiares enumeradas por el artículo L. 511-1 del Código de la Seguridad Social.

<sup>15</sup> BARCELÓN COBEDO, S., *El Tránsito entre Prestaciones del Sistema de Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2002, pág. 251.

medida, por la función social que cumple esta prestación. Para el caso contrario, esto es, cuando la beneficiaria de la situación de desempleo pase a serlo de maternidad, pasará a percibir la prestación por esta última contingencia en la cuantía que corresponda; un tratamiento, sin duda, más favorable para la trabajadora ya que habrá de aplicarse a su base reguladora (que es la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior a actualizarse la contingencia, que lógicamente habrá de ser la de desempleo), el porcentaje del 100 por 100, frente al del 70 por 100 o del 60 por 100, según el momento en el que se halle de percepción, que habría de corresponderle por desempleo. En ningún caso, se entienda ampliado el periodo de percepción de la prestación por desempleo por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de maternidad.

La reforma introducida por la LOI, a la que ya se ha hecho referencia indirectamente al abordar los supuestos de cotización asimilada, prevé un tratamiento del tiempo de maternidad, a efectos del consumo de la percepción del desempleo, como si de un paréntesis se tratara. Se completa así el supuesto descrito anteriormente. En efecto, se añade un nuevo párrafo quinto al apartado 3 del artículo 222 LGSS, según el cual el tránsito o paso de un trabajador a la situación de maternidad (y paternidad) supondrá la suspensión de la prestación por desempleo y la obligación de cotizar a la Seguridad Social que corresponde a la Entidad Gestora; de este modo, el trabajador pasará a percibir la prestación de por maternidad que será gestionada directamente por su Entidad Gestora (el INSS).

Hasta aquí, la regulación es exactamente la misma a la expuesta; ahora bien, la modificación introducida por la LOI está relacionada con el momento posterior, o dicho de otro modo, qué tratamiento habrá de recibir la mujer trabajadora una vez extinguida la prestación de maternidad. Pues bien, para este caso, se ha previsto que se reanude la prestación por desempleo en los términos recogidos en el artículo 212.3 b) LGSS, por la duración que reste por percibir y por la cuantía correspondiente al momento de la suspensión. De este modo, la maternidad actúa como un paréntesis que impide que el tiempo de suspensión del contrato pueda tener repercusiones respecto de la situación previa de desempleo. Una regulación que sigue en la línea de la reforma operada en el año 2001 y que claramente ofrece un tratamiento más ventajoso a la maternidad (a efectos de sus posibles conexiones con el desempleo) que cuando se trata de la prestación de incapacidad temporal. De este modo, la pérdida de empleo unida a la incapacidad para el trabajo determina que el sujeto pase o continúe —según sea la prestación de partida— a ser perceptor de la prestación de incapacidad temporal pero en cuantía de desempleo; y asimismo que este tiempo en el que ambas situaciones coincidan sea cotizado por la Entidad Gestora correspondiente y, en consecuencia, descontado de la duración de la prestación de desempleo.

#### 2.1.6. *Tiempo de descanso por maternidad*

Una de las principales dificultades que entraña el contenido de la contingencia de maternidad radica fundamentalmente en los diferentes intereses que están presentes; sin duda, clave a este respecto es el que supone la protección de la integridad física de la mujer, consecuencia directa del parto, procurándole el descanso necesario. Esto ha derivado en un derecho de la madre a un tiempo de descanso que, desde la perspectiva laboral, ha supuesto la suspensión del contrato de trabajo. A través de la suspensión se facilita a la mujer

trabajadora un periodo determinado de tiempo en el que ésta es exonerada de la prestación de servicios; pero que exige, en contrapartida, que se complemente con un mecanismo de protección que permita sustituir las rentas dejadas de percibir. Así pues, la protección que el Sistema ofrece no abarca a la maternidad en toda su extensión, sino que habrá de limitarse a las situaciones previstas en la legislación laboral o de función pública, y únicamente por los periodos de descanso, por suspensión del contrato de trabajo o de la relación funcional. Se trata de una prestación vinculada en su origen a ofrecer a la mujer trabajadora una estabilidad en el empleo al tiempo que asegurarle la protección física de la misma <sup>16</sup>.

Pero junto a este objetivo, no hay que olvidar el que sin duda representa ofrecer cuidados al hijo en los primeros momentos de su vida; un objetivo que en los últimos años se ha traducido en una mayor presencia de ambos progenitores al respecto, con el fin de procurar una mayor igualdad de trato entre hombres y mujeres, y facilitar que la mujer pueda compaginar sus obligaciones familiares y laborales <sup>17</sup>. Algo que conecta muy directamente con el objetivo, general, independientemente del género, de la conciliación de la vida laboral y familiar <sup>18</sup>. Así, las mejoras introducidas sobre este particular por la Ley de Igualdad se concretan, por un lado, en una ampliación del derecho derivado del de la madre que le es reconocido al padre; y, por otro, en una mayor permisividad en la interpretación del carácter ininterrumpido del tiempo de descanso.

El artículo 48.4 ET configura la suspensión del contrato de trabajo por maternidad con una duración inicial de dieciséis semanas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. Una duración que se ha visto mejorada en el supuesto de discapacidad del hijo o menor acogido por la LOI que, para estos casos establece, con carácter general, dieciocho semanas. Tratamiento más favorable que se justifica por la mayor dificultad que el cuidado de estos hijos conlleva; y que claramente está en la línea de la regulación que ofrecen las prestaciones familiares para las que, entre otros aspectos, la condición de hijo discapacitado neutraliza la exigencia relativa al requisito de la edad (que no habrá de quedar limitada a los dieciocho años). Asimismo, la protección dispensada en estos supuestos responde al principio de universalidad plena al no exigir a los sujetos beneficiarios para su disfrute ningún elemento de asistencialización (desaparece la exigencia de carencia de recursos que, por el contrario, sí está presente para el resto de prestaciones familiares por hijo a cargo o menor acogido); o que, para determinar el cómputo del número de hijos tenidos en cuenta para ser sujeto beneficiario, los hijos

<sup>16</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La protección por maternidad*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997, págs. 113-114.

<sup>17</sup> Dentro siempre del marco de las iniciativas internacionales y comunitarias, entre otras, las Directivas del Consejo, concretamente, 92/85/CEE de 19 de octubre que contempla la maternidad desde la perspectiva de la salud y seguridad de la mujer trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia; y la Directiva 96/64/CEE, de 3 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre permiso parental celebrado entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel comunitario.

<sup>18</sup> El fenómeno de la conciliación entre los aspectos familiares y laborales estuvo presente en la reforma operada en el año 1999 por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (en lo sucesivo Ley 39/1999), que introdujo una mayor flexibilidad en lo relativo a los beneficiarios de las prestaciones económicas de maternidad; y vuelve a estarlo en la LOIMH, que introduce modificaciones al contenido de los artículos 48.4 del ET y 30.3 de la Ley 30/1984.

afectados por una minusvalía igual o superior al 33 por 100 computen doble (artículo 20.3 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, Prestaciones Familiares).

Este tiempo de suspensión del contrato de trabajo podrá ser distribuido a elección de la interesada, si bien con dos limitaciones: la que supone que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto, y que el disfrute de las mismas corresponda exclusivamente a la madre. Se habla entonces de descanso obligatorio. Es únicamente respecto del tiempo restante de suspensión (que como regla general será de diez semanas), donde se abren las posibilidades, tanto en su configuración como respecto de quienes puedan ser los sujetos beneficiarios. Lo que explica que todas las modificaciones se hayan centrado en este periodo que, por contraste con el anterior, se califica de voluntario<sup>19</sup>. Sobre este segundo aspecto, la LOI modifica el contenido del artículo 48.4 ET permitiendo que el otro progenitor pueda seguir haciendo uso del periodo de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque (y aquí radica precisamente la novedad) en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo, ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal. Se soluciona así una situación que contravenía el espíritu de esta cesión a favor del padre, pues, si de lo que se trata es de hacer que éste se corresponsabilice en el cuidado del hijo, esta mayor presencia aún se justifica más si cabe cuando la madre ni siquiera puede ocuparse del menor por precisar asistencia sanitaria (razones de índole presupuestaria parecían ser la causa de esta limitación, ya que, una situación como la descrita obliga necesariamente a tener que abonar dos subsidios, uno por incapacidad temporal a la madre y otro por maternidad al padre).

La otra novedad que introduce la LOIMH al artículo 48.4 ET es aquella que va a permitir que, para el caso de que la madre no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el derecho a suspender el contrato de trabajo pase al otro progenitor por el periodo que hubiera correspondido a la madre (que habrá de ser de dieciséis semanas como regla general); sin que ello sea incompatible, claro está, con el permiso por paternidad previsto en la citada Ley<sup>20</sup>. Por tanto, un derecho, como es el del padre, que deriva del de la madre adquiere autonomía cuando por los motivos expresados aquélla no lo genere, asumiéndolo éste por el periodo que le hubiera correspondido a la madre. Esto es, el derecho del padre comprende la totalidad del tiempo de suspensión, incluidas las seis semanas de descanso obligatorio. Una medida que, si bien provoca de inmediato el efecto deseado, favorecer la corresponsabilidad del otro progenitor, de forma que ante una situación en la que no sea posible la actuación de la madre el menor no se vea desprotegido, no deja de sorprender

<sup>19</sup> Como ya se ha señalado, la Ley 39/1999 introdujo medidas que flexibilizaron el uso de este periodo de descanso voluntario. De este modo, la citada Ley no sólo amplió el tiempo que del mismo podía disfrutar el padre (limitado hasta ese momento a las cuatro últimas semanas) y que a partir de entonces se configuró sin otro condicionante que el respeto a las seis semanas de descanso obligatorio (es decir, las diez semanas restantes); además, el disfrute podía ser sucesivo (como venía siendo) o simultáneo con el de la madre.

<sup>20</sup> Con anterioridad a la LOI, el disfrute del tiempo de suspensión del contrato de trabajo y de la consiguiente prestación económica por los dos progenitores queda condicionado, entre otros factores, a que ambos trabajen. De forma que, si la madre no realiza una actividad lucrativa o, realizándola, no genera el derecho, el padre no podrá acceder a la prestación. Así lo mantenía la Administración de la Seguridad Social, en su Criterio Jurídico 2000/60, en el que señalaba que no es posible efectuar tal opción al no ser la madre titular del derecho que da lugar a la situación protegida por el Sistema

por ese carácter de derecho que, en principio, deviene de una opción previa de la madre (circunstancia que en este caso no resulta posible).

Por último, y en esta misma línea de argumentación, la LOI ha mejorado la previsión contenida en el artículo 4 del Real Decreto 1251/2001 (tras la reforma introducida por la disposición final cuarta del RD 1335/2005) para los supuestos de fallecimiento de la madre, durante o con posterioridad al parto. El citado precepto reconocía el derecho al disfrute del periodo de suspensión del contrato de trabajo al otro progenitor, aún cuando la madre no hubiera estado incluida en el ámbito de aplicación del sistema de Seguridad Social; un disfrute que puede abarcar la totalidad del periodo, o la parte que quede por disfrutar. La reforma operada por la LOI está directamente relacionada con este último aspecto; de este modo, el tiempo que, en estos casos, podrá ser disfrutado por el padre habrá de computarse desde la fecha del parto, sin que se descuente del mismo la parte que la madre ya hubiera podido disfrutar con anterioridad a ese momento. De manera que el padre podrá hacer uso (cuando se dé la circunstancia de fallecimiento) del tiempo máximo de suspensión.

Junto al rasgo de la obligatoriedad en el descanso por maternidad, que alcanza, como se ha visto, a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, hay que señalar también el que representa que el disfrute del descanso haya de ser ininterrumpido. En efecto, el artículo 133 bis LGSS remite expresamente a lo establecido en la normativa laboral, concretamente al artículo 48.4 ET que, al definir el descanso por maternidad como uno de los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, no sólo se limita a fijar la duración del mismo, sino que dispone también su carácter ininterrumpido. No obstante esta regla general, se prevé una excepción para los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto. Para esta situación, el artículo 48 en su párrafo tercero (introducido por 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 la calidad) establece que 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; quedan excluidas de dicho cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto<sup>21</sup>. Por su parte, el RD 1251/2001 en su artículo 7.4, completa la excepción prevista en la normativa laboral estableciendo cómo habrá de ser disfrutado el periodo restante, una vez interrumpido el mismo por las razones expuestas. De este modo, si el descanso se había iniciado a partir de la fecha del parto, la interrupción en el percibo del subsidio por maternidad puede comprender el periodo de las diez semanas posteriores al descanso obligatorio o de las que correspondan por parto múltiple. Para el caso de que tal descanso se haya iniciado antes del parto, la interrupción afecta al periodo que, en su caso, reste por disfrutar tras el periodo de seis semanas de descanso obligatorio.

Sin modificar los términos actuales de la regulación, la LOI mejora el contenido de la misma añadiendo un nuevo párrafo al citado artículo 48.4 ET estableciendo al efecto que, para los casos en los que está prevista la interrupción de la suspensión, y siempre que la

<sup>21</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Medidas para la conciliación de la vida familiar y laboral», AAVV «Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio. La Reforma Laboral y Familiar de 2001», Pamplona, Aranzadi, 2001, págs. 256-257.

hospitalización del neonato sea superior a siete días, el periodo de suspensión se verá ampliado tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un límite de trece semanas. En definitiva, el periodo de suspensión, en estas situaciones, podrá comprender hasta un total de 29 semanas (es decir, más de siete meses). En realidad, esta previsión busca compensar a los padres del tiempo de hospitalización, que claramente imposibilita, o cuando menos obstaculiza, que éstos puedan tener una convivencia plena con el menor; esto explica que la ampliación abarque todo el periodo en el que el neonato precise de dicha hospitalización. Bien es verdad que la posibilidad de interrumpir el tiempo de suspensión prevista ya en la regulación anterior garantizaba igualmente a los padres poder establecer esos vínculos con el menor, pero sólo limitado al periodo de descanso voluntario, ya que el obligatorio, con hospitalización o no, había de ser disfrutado.

## 2.2. Prestación de Riesgo durante el Embarazo

Se ha de remarcar que (e independientemente de las consideraciones que se harán más adelante acerca de la nueva prestación de Seguridad Social de riesgo durante la lactancia), en el ordenamiento jurídico interno español, el riesgo durante el embarazo el objetivo principal de todas reformas anteriores a la LOI, para la implementación de la normativa comunitaria.

Dentro de nuestro ordenamiento, el Art. 26.1.º y 2.º de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, (en lo sucesivo LPRL) en su redacción original, establecía en las situaciones de riesgo durante el embarazo (a lo que se asimilaba la lactancia en el art. 26.3.º), y consecuencia de las evaluaciones de riesgos para el embarazo, la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Esta primera previsión se refería, especialmente a la no realización de trabajo nocturno o a turnos. En segundo lugar, en los casos de imposibilidad de adaptación, o de ineficacia de la adaptación para evitar el riesgo, siempre que se certificase médicamente (siempre que no pueda derivar esta conclusión e la evaluación inicial de los riesgos y se haya previsto así) que las condiciones del puesto de trabajo podrían influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto. En ese caso, se preveía que la trabajadora debería desempeñar un puesto de trabajo o una función diferente y compatible con su estado. En este sentido, se arbitran reglas específicas de movilidad funcional. Ante esta regulación, la doctrina, inmediatamente detectó una transposición parcial de la Directiva 92/85/CE de 19 de octubre, relativa a la protección de la maternidad. En efecto, se había obviado el último peldaño/nivel/ escalón<sup>22</sup> de dicha protección de la maternidad, en el que se materializaba la situación de riesgo durante el embarazo como una eventual causa de suspensión de la relación laboral, durante la cual se habría de mantener la remuneración o se habría de recibir una renta sustitutoria<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> GARCÍA PERROTE, I., «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos». AA.VV. «Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo Derecho de prevención de riesgos profesionales», (CASAS BAHAMONDE, M.E, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., VALDÉS DAL-RE, F. (Coords.)) Madrid, La Ley, 1997, pág. 44.

<sup>23</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Trotta., 1996, pág. 175.

Hasta el año 1999, en la práctica, a falta de regulación en el ordenamiento jurídico interno, la situación de anomia se superaba mediante el reconocimiento, en el mejor de los casos de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes, algo que no contradecía lo establecido en el Art. 11.1.º de la Directiva 92/85. Esto había planteado zonas de desprotección, por cuanto, en algunos casos, una doctrina administrativa correctamente purista, con respeto a la normativa vigente, había negado el reconocimiento de prestaciones por incapacidad temporal<sup>24</sup>, sobre la prohibición de las «bajas de complacencia». En el peor de los casos, se acudía a las formulas de las excedencias, o a la vía de la imposibilidad sobrevenida de realizar la prestación laboral en los términos del Art. 30 ET.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, (en lo sucesivo, Ley 39/1999) introduce una nueva causa de suspensión del contrato (art. 45.1.d) ET), sobre la base de la incorporación de un nuevo apartado 3.º en el artículo 26 LPRL. En efecto, si el cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pudiera exigirse por motivos justificados, subsidiariamente, se previó el paso de la trabajadora a la situación de suspensión de contrato por riesgo durante el embarazo, previa certificación médica del facultativo del servicio público de salud y de las mutuas o el INSS. Esta suspensión llevaba aneja, previo cumplimiento de los requisitos exigidos, y que se verán mas adelante, la prestación de riesgo durante el embarazo. Suspensión que, inicialmente, algún sector de la doctrina ha considerado «manifestación específica de incapacidad temporal para el supuesto de riesgo durante el embarazo»<sup>25</sup>.

La falta de reconocimiento expreso de que la situación de riesgo durante el embarazo constituía una manifestación clara de riesgo profesional, en 1999, en el primer diseño dado a la prestación de riesgo durante el embarazo, se había trasladado a la vertiente de la protección social. En congruencia con esa consideración, el sistema de Seguridad Social, en su nivel contributivo, reconocía, en los casos de suspensión del contrato previstos en el artículo 26.3.º LPRL, una prestación económica asimilada a la prestación económica de incapacidad temporal. En concreto, se trataba de una prestación que, a pesar de las implicaciones preventivas, exigía el cumplimiento de requisitos contributivos, a saber, ciento ochenta días de cotización previa dentro de los cinco años anteriores al hecho causante de la prestación (art. 135.1 LGSS, en su redacción anterior, en consonancia con el Art. 130.a) LGSS). Con independencia de la problemática que presentaba el hecho de exigir la suspensión del contrato el carácter de contingencia común se volvía a manifestar en las reglas de cálculo de la prestación. Así, se establecía que la prestación económica sería la que correspondería tras aplicar el porcentaje del 75% a la base reguladora que serviría para calcular una prestación de incapacidad temporal por contingencia común (base de cotización por contingencias comunes del mes anterior al hecho causante)<sup>26</sup>.

En consonancia con las previsiones preventivas en materia de riesgo durante el embarazo, la —expresa— consideración de riesgo profesional ha tenido una consecuencia in-

<sup>24</sup> Sirva de ejemplo de esto la STSJ Madrid, de 19 de abril de 2001 (R.º 3889/2000).

<sup>25</sup> PÉREZ DEL RÍO, T., BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y Salud laboral*, Madrid, La Ley, 2000, pág. 57.

<sup>26</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. «Seguridad social y riesgo durante el embarazo». AAVV., «Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción del trabajador. Homenaje a Máximo D'Antona», LÓPEZ LÓPEZ, J. (Coord.), Madrid, *La Ley Actualidad*, 2001, pág. 119 y ss.

mediata de la que se hace eco el legislador de igualdad y es concederle a la prestación de riesgo durante el embarazo (artículos 134 y 135, antes contenidos en el Capítulo IV ter) la naturaleza de prestación derivada de contingencia profesional (algo que igualmente alcanza a la lactancia)<sup>27</sup>. Y, en la nueva redacción dada por la disposición adicional decimoctava, apartado ocho LOI, el Art. 134 de la Ley General de Seguridad Social señala expresamente el cambio en la naturaleza prestacional operado. Se mantiene que, a los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considerará situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26, apartado 3, LPRL dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. En ese mismo artículo 134 LGSS in fine, se reconoce que la prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo *tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales*.

Como consecuencia de su re-naturalización por la LOI como prestación derivada de contingencia profesional, a la prestación de riesgo durante el embarazo se le aplican, en el nuevo diseño protector operado por la disposición adicional decimoctava, apartado nueve, las reglas de la incapacidad temporal por contingencias profesionales<sup>28</sup>. En este ámbito, sólo podrán ser beneficiarias las mujeres trabajadoras en situación de suspensión del contrato en los términos del Art. 45.1 d) ET y 26.3.º LPRL. Esto es, de la remisión a las reglas de acceso a la prestación de incapacidad temporal por contingencias profesionales se deriva que, en primer lugar, serían aplicables las reglas del alta presunta o de pleno derecho en caso de incumplimiento empresarial de la obligación de cotizar (125.3 LGSS); y, en segundo lugar, no será exigible periodo de carencia alguno (Art. 130. b) LGSS).

Su recalificación como prestación profesional tiene no solo esa primera vertiente cualitativa, sino también una segunda vertiente cuantitativa. Así, las reglas de cálculo de la prestación de riesgo durante el embarazo se han visto también modificadas; más allá incluso de lo que sería necesario para dotar de congruencia a la protección desde la nueva perspectiva profesional. En efecto, se ha producido un salto cualitativo: el porcentaje aplicable a la base reguladora, que inicialmente se correspondía, en la regulación anterior, con el 75% aplicable en los casos de incapacidad temporal por contingencia profesional, se ha visto incrementado hasta el 100%. Porcentaje similar al que se emplea para el cálculo de las prestaciones por maternidad. Ese nuevo porcentaje, ahora, se aplica a la base reguladora

<sup>27</sup> Llama poderosamente la atención el hecho de que, en el Anteproyecto de la LOIEHM, únicamente se preveía, como única modificación de la regulación anterior, la no exigencia para causar prestaciones por riesgo durante el embarazo (por ende extensible a las prestaciones de riesgos durante la lactancia), y se dejaba indemne en lo restante el régimen jurídico con vis de contingencia común. Como superación de esa regulación inicial, en los textos sucesivos (Proyecto de Ley aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados (21-12-2006, BOCG 2-1-2007)) se diseñó enseguida el régimen ahora vigente.

<sup>28</sup> Algo esto, que ya había sido propuesto por algún sector de la doctrina. Entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA, «S. Seguridad social y riesgo durante el embarazo». AAVV., «Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción del trabajador. Homenaje a Máximo D'Antona», LÓPEZ LÓPEZ, J. (Coord.), Madrid, *La Ley Actualidad*, 2001, pág. 120; TORTUERO PLAZA, J.L. *50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, págs. 173-186.



que serviría para calcular una prestación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo o de enfermedad profesional (nuevo art. 135.3.º LGSS). Si se observa, se diseña una prestación híbrida entre la que se ofrece durante la suspensión del contrato por maternidad, y entre una incapacidad temporal derivada de contingencia profesional.

Por último, esta reforma también ha tenido su reflejo en la gestión directa de la prestación; si bien, siguen sin haberse eliminado los —así denominados— obstáculos para alcanzar la prestación, y una de cuyas materializaciones era la de la «procedimentalización certificada»<sup>29</sup> en tanto en cuanto se exigen informes y certificados varios. Esta complejidad en la vertiente preventiva, se traslada a la vertiente protectora, al procedimiento de reconocimiento y concesión del derecho, donde se llevan los sucesivos juicios de peligrosidad, de necesidad médica del cambio, de posibilidad organizativo-productiva<sup>30</sup>. A lo que se une la necesidad del acuerdo suspensivo, y sobre lo que se volverá en más detalle al analizar la nueva prestación de riesgo durante la lactancia.

Pues bien, tras la LOI, la gestión corresponderá a la entidad gestora (INSS) o a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en función de quién sea la entidad con la que la empresa haya concertado la cobertura (obligatoria) de las contingencias profesionales (nuevo Art. 135.4.º LGSS). Se supera así la regulación anterior en la que la gestión era competencia del INSS (antiguo art. 135.4.º LGSS), sin que las entidades colaboradoras tuvieran facultades de ningún tipo; lo que había suscitado reivindicaciones varias de dichas entidades, y dificultaba la gestión última de la prestación.

### 3. AMPLIACIÓN DE LA ACCIÓN PROTECTORA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Junto al bloque de medidas de reforma de Seguridad Social destinadas a mejorar el régimen jurídico de algunas de las prestaciones ya existentes (como la de maternidad y riesgo durante el embarazo arriba analizadas), la LOI introduce también novedades de Seguridad Social cuyo propósito, mediato, (porque el propósito inmediato es el de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres) es el de ampliar el nivel de cobertura que ofrece el sistema español de Seguridad Social.

De un modo más preciso, la LOI diseña dos nuevas prestaciones, con las que pretende cubrir algunas lagunas de protección. Se trata de las prestaciones de paternidad y de riesgo durante la lactancia. El primer caso, responde más a una demanda social, enmarcada dentro de la lógica de la igualdad efectiva; mientras que el segundo caso constituye una vía de cumplimiento —tardío— de requerimientos de la legislación social comunitaria. Aspectos todos estos que se tratan a continuación.

<sup>29</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F. (2001) «El riesgo durante el embarazo (I y II)», *AL*, núm. 27, (versión electrónica no paginada), pág. 3 y ss.

<sup>30</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. «Seguridad social y riesgo durante el embarazo». AAVV., «Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción del trabajador. Homenaje a Máximo D´Antona», LÓPEZ LÓPEZ, J. (Coord.), Madrid, *La Ley Actualidad*, 2001, pág. 109 y ss.

### 3.1. Prestación de paternidad

La previsión legal que representa la incorporación de la nueva contingencia de paternidad al sistema de Seguridad Social (se añade un nuevo Capítulo IV ter dentro del Título II de la LGSS) se puede considerar, en cierto modo, uno de los principales logros de la LOI por lo que supone de acortamiento de las distancias, todavía existentes, en materia de conciliación de la vida familiar y laboral (especialmente significativo en el momento actual habida cuenta la presencia creciente de la mujer en el espacio económico)<sup>31</sup>.

Se configura así una nueva situación protegida comprensiva de las mismas que la de maternidad (esto es, nacimiento, adopción y acogimiento en el sentido amplio ya indicado, art. 133 octies), y sólo, durante el periodo de suspensión que, por tales situaciones, se disfrute de acuerdo con lo previsto en el art. 48 bis ET. Es decir, se reproduce el esquema definido para la situación de maternidad; lo que significa que la protección dispensada por el Sistema queda condicionada a la suspensión previa de la relación de trabajo. Sin embargo, junto a este rasgo común, es fácil observar diferencias que afectan a otros aspectos de su regulación. En concreto, la duración prevista en los supuestos de paternidad resulta ser notablemente inferior (al menos por el momento) si se tiene en cuenta que el mismo está limitado a trece días frente a las dieciséis semanas que comprende el descanso por maternidad. Asimismo, su fórmula de disfrute no sólo se condiciona al tiempo de suspensión del contrato en los términos que recoge el art. 48.4 ET (esto es, dieciséis semanas) sino que también podrán ser disfrutados después de la finalización de dicha suspensión. En realidad, y como ya se ha dicho, el permiso de paternidad se presenta como una medida más en la promoción de la conciliación familiar y laboral; que persigue una mayor implicación del padre en el cuidado de los hijos. Esto explica que en su configuración se haya previsto un disfrute del mismo bastante singular, especialmente por lo que hace a la posibilidad de que el mismo pudiera ser disfrutado por la madre. De este modo, el art. 48 bis ET (incluido por la LOI) prevé que, en el supuesto de parto, la suspensión corresponda exclusivamente al otro progenitor. Una limitación que se justifica desde la lógica de un tiempo de descanso pensado para ampliar el papel del padre en las labores propias del cuidado del menor, hasta ahora condicionado a la opción previa por parte de la madre, y no de ampliación del tiempo de descanso de la madre (deriva que habría resultado ser la natural de no haberse establecido tal limitación por aplicación del juego de las reglas de disfrute simultáneo o sucesivo características del descanso por maternidad).

Hechas estas consideraciones, y volviendo a lo que ahora interesa (régimen jurídico de la nueva prestación de Seguridad Social) hay que decir que la misma está condicionada, una vez más, a que el sujeto que pretenda su acceso (y pase, entonces a convertirse en sujeto beneficiario) cumpla los requisitos generales (y propios de toda prestación de naturaleza contributiva) de alta o asimilada y carencia. Sobre este particular, se reproduce el mismo esquema que para el caso de la prestación de maternidad, si bien, la mayor flexibi-

<sup>31</sup> Para un análisis más detallado de las reformas en materia de permiso de paternidad desde la perspectiva laboral, véase ALAMEDA CASTILLO, M.ª T. «Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad», en MERCADER UGINA, J.R (Coord.) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre hombres y mujeres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 495-538.



lidad en el cumplimiento del requisito de carencia incorporado por la LOI no resulta de aplicación en su totalidad, limitándose tan sólo al último de los tramos antes apuntados (esto es, 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión o, alternativamente, 365 días a lo largo de su vida laboral). Por último, la identidad con la prestación de maternidad se completa tanto respecto de la protección económica que se prevé y consistente en un subsidio de contenido económico semejante al de la maternidad; cuanto en lo referido a los elementos esenciales de la dinámica prestacional. Por lo tanto, en estos de extremos se ha de traer, para evitar reiteraciones innecesarias, lo ya señalado al abordar las novedades introducidas en la prestación de maternidad.

En definitiva, la citada Ley, al tiempo que mejora el derecho derivado del padre, confiriéndole mayor protagonismo en el uso y disfrute del tiempo de descanso de la madre (como ya se ha indicado al hablar de la concreta prestación de maternidad), reconoce un derecho que es propio del padre y que, precisamente en los casos de maternidad biológica, se configura, nuevamente, como un derecho exclusivo de éste, de manera semejante a lo que sucede cuando se trata del tiempo de descanso por maternidad del mismo origen. Algo que indudablemente constituye un enorme avance en la individualización de los derechos sociales.

### 3.2. Prestación de riesgo durante la lactancia

#### 3.2.1. *Algunos antecedentes*

En la LOI, la igualdad entre hombre y mujeres se plantea en unos términos expansivos y, alcanza a la protección de la lactancia, que explícitamente recibe una —más aparente que real— nueva regulación, más allá de la protección de la maternidad. En efecto, la nueva regulación referida a la lactancia, en sus facetas diferenciadas de permiso por lactancia (nueva redacción del art. 37.4.º ET) y riesgo durante la lactancia (nueva redacción de los art. 26.4.º LPRL, y 45.1d) ET) tiene, desde la perspectiva constitucional del principio de igualdad, un renovado carácter explícito, derivado del art. 8 LOI. Aquí, se contiene una previsión protectora contra el trato desfavorable a las mujeres por causas relacionadas con el embarazo y la maternidad. Sin embargo, esto se ha de distinguir del nuevo impulso dado a la protección de la salud laboral de las mujeres trabajadoras embarazadas o de lactancia natural. Y ni lo uno ni lo otro, se pueden confundir con la pretensión de intensificar la tutela de la salud y el desarrollo óptimo de los menores de nueve meses. No obstante, todos esos vectores aparecen confundidos en la LOI, en la que, sobre la base de la previsión de su artículo 8 (*Constituye una discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*), que se conecta directamente con el art. 14 CE, se han identificado ideológicamente las medidas de protección de la lactancia con la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres; cuando, en realidad, se pretenden otro tipo de finalidades. Así, aunque las nuevas medidas se refieren a una realidad aparentemente idéntica —la lactancia— las novedades introducidas en el permiso por lactancia y el riesgo durante la lactancia responden a lógicas bastante diferentes, como se tendrá la oportunidad de comprobar. Aunque el permiso por lactancia no constituye en sentido estricto propiamente un aspecto de Seguridad Social, sin embargo, no se pueden obviar las novedades que la LOI introduce al respecto, por las repercusiones que estas tienen en relación con el riesgo durante la lactancia, entre otras cuestiones.

La protección de la lactancia, a pesar de su tratamiento y manifestaciones «discretas», ha estado presente desde los inicios, no ya de la regulación interna del trabajo (que también, ya se verá más adelante), sino en la regulación internacional<sup>32</sup>.

Se ha de partir de una consideración inicial: la lactancia presenta una doble vertiente. Si se observa, se ha dado, históricamente, un tratamiento diferenciado a la lactancia natural y a la lactancia artificial. Esto puede resultar obvio desde la perspectiva de la protección de la salud de la madre y del lactante. Sin embargo, podría no serlo desde la perspectiva de la protección, en sentido estricto, de la familia. Porque desde la misma cabría entender que la lactancia natural es solo una de las modalidades de alimento y de cuidados al recién nacido. Pues bien, a partir de esto, cabe adelantar alguna conclusión: en los casos en que se protege la salud del lactante, y de la madre en situación de lactancia contra los riesgos profesionales, el legislador, además de proteger dichos estados de salud, está optando por proteger la lactancia natural como una idea-valor a proteger. No en vano desde

<sup>32</sup> Dejando a un lado las previsiones genéricas en las Declaraciones Internacionales de derechos, en la que, con carácter general, se lleva a cabo una protección de la familia basada en la maternidad, desde la perspectiva de la mujer, pero que se complementa, y se vuelve más sólida a través de los derechos de los hijos, como mecanismos de protección de la infancia (artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Nueva York, de 10 de diciembre de 1949; art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, por poner algunos ejemplos), en los Convenios sucesivos de la OIT sobre protección de la maternidad, se ha visto de un modo muy palpable, de un lado el interés por la protección de la lactancia respecto de los riesgos profesionales, si bien esto no se ha producido hasta el año 2000; excepción hecha de las normativas sectoriales sobre prohibición de determinados trabajos para las mujeres, que se apoyaban en su hecho biológico. Ha sido el Convenio 183 OIT sobre la protección de la maternidad, 2000, que revisaba el anterior convenio 103 (Fecha de entrada en vigor: 07:02:2002, y que aún no ha sido ratificado por España), el que ha incorporado expresamente el mandato a la protección de la maternidad desde una perspectiva preventiva. En su artículo 3 establece que se deberían adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo. Esta vertiente, obviamente, se ha desarrollado con mayor evidencia en el ámbito comunitario. En este ámbito, resulta especialmente relevante, como elemento central del acervo comunitario en materia de igualdad entre hombres y mujeres, la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora que haya dado a luz o en periodo de lactancia (DOCE L 348, 28-12-1992). Pero, de otro lado, también ha sido palpable la evolución normativa internacional desde las perspectiva lactancia/acción de la madre, hacia la perspectiva lactancia/resultado para el menor lactante. En este sentido, se ha de llamar la atención sobre el hecho de que ya en el Convenio núm. 3 OIT sobre la protección de la maternidad, 1919, ratificado por España el 4 de julio de 1923, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto (fecha de entrada en vigor: 13:06:1921, y que ha sido revisado en 1952 por el Convenio núm. 103.), se preveía, en el art. 3. d) que la mujer trabajadora tendría derecho, si *amamantaba* —lo que excluía la lactancia artificial) a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia. El Convenio núm. 103 OIT relativo a la protección de la maternidad, 1952, ratificado por España el 17 de agosto de 1965, (fecha de entrada en vigor: 07:09:1955) contenía, en el artículo 5 una visión completada de la protección de la maternidad. Y preveía que si una mujer *lactaba a su hijo*, estará autorizada a interrumpir su trabajo para este fin durante uno o varios períodos cuya duración será determinada por la legislación nacional; interrupciones de trabajo, a los efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse. El cambio de perspectiva se produce en el Convenio 183 OIT sobre la protección de la maternidad, 2000. Su artículo 10 establece que la mujer tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo *para la lactancia de su hijo*, sin especificar que esta haya de ser natural, por lo que cabe la artificial.

los foros internacionales de la salud, se valora muy positivamente, y se promueven las bondades médicas de la lactancia natural<sup>33</sup>.

Cabe recordar que la regulación histórica de la protección de la salud de la madre en situación de lactancia natural ha estado sometida a dos limitaciones: la primera su —criticado— carácter paternalista<sup>34</sup>; y la segunda, las deficiencias técnico-preventivas en la identificación, en general para las mujeres y en particular para las embarazadas y en situación de lactancia natural, de los factores de riesgos (agentes y efectos)<sup>35</sup>. Marco en el que la LOI, en una interpretación *mega-extensiva* de la vis expansiva de la igualdad entre hombres y mujeres, procede a modificar la regulación de la situación de riesgo durante la lactancia natural. De este modo, el «accidentado trayecto» de transposición de la Directiva 92/85 ha culminado con la LOI. Esta modificación presenta una doble perspectiva: preventivo-laboral y de Seguridad Social, y curioso resulta que en una Ley de Igualdad se incluya una medida así<sup>36</sup>. No se sabe muy bien, cual es la relación directa entre prevención de riesgos y transversalidad que ha pretendido la LOI. Pareciera que, de la misma manera que sucedió con la situación de riesgo durante el embarazo y la Ley 39/1999<sup>37</sup> se ha instrumentalizado una reforma en clave de género para incluir esta solución al incumplimiento manifiesto con la normativa comunitaria en materia de protección de la salud de la trabajadora en situación de lactancia natural y del menor de nueve meses lactante<sup>38</sup>.

De un modo más concreto, y a pesar de que el riesgo durante la lactancia generaba obligaciones empresariales de evaluación (art. 26.1.º LPRL), y de adaptación de las condiciones del puesto de la trabajadora durante la lactancia natural, o el eventual cambio de puesto, todo en los términos del art. 26.2.º LPRL, hasta la LOI, no se había introducido la posibilidad de la suspensión de contrato de trabajo en los casos en que no fuera posible ni adaptación ni manifestación alguna de movilidad funcional, en los supuestos de riesgo durante la lactancia. No obstante lo cual se mantuvo doctrinal la posibilidad de dispensar de trabajo a la trabajadora en periodo de lactancia<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> BUTTE, F., LÓPEZ-ALARCÓN, M., GARZA, C., «Nutrient adequacy of exclusive breastfeeding for the term infant during the first six months of life», Ginebra, WHO, 2002 57 pág.; OMS *Pruebas científicas de los diez pasos hacia una feliz lactancia natural*, Ginebra, OMS, 1998, 112 pág.; OMS *Estrategia mundial para la alimentación del lactante y del niño pequeño*, Ginebra, OMS, 2003, 36 pág.

<sup>34</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F. «Protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en permiso de lactancia», 1998, *AL*, núm. 3, pág. 709.

<sup>35</sup> PÉREZ DEL RÍO, T., BALLESTER PASTOR, A. *Mujer y Salud laboral*, Madrid, La Ley, 2000, pág. 19 y ss.

<sup>36</sup> A pesar de la advertencia hecha por el CES en su dictamen al Anteproyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (Sesión extraordinaria 28-4-1999), en la Ley 39/1999 quedó sin recibir un tratamiento específico la situación en la que la trabajadora que desempeña determinados trabajos que pueden entrañar perjuicio para la salud de la madre y del lactante. Se produjo, y se ha mantenido hasta la LOI una manifiesta insuficiencia protectora (SÁNCHEZ CASTILLO, M., (2003) «Lactancia y salud laboral: crónica de una situación insuficientemente protegida». *RL*, 2003, núm. 12, pág. 18).

<sup>37</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2001), «Seguridad social y riesgo durante el embarazo». AAVV., «Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción del trabajador. Homenaje a Máximo D'Antona», LÓPEZ LÓPEZ, J. (Coord.), Madrid, La Ley, 2001, pág. 98.

<sup>38</sup> Aún siendo situaciones de riesgo relacionadas, que no idénticas, las situaciones de riesgo durante la lactancia, derivadas de las condiciones de trabajo de la madre trabajadora lactante, no han seguido el mismo iter (señalado más arriba) que las situaciones de riesgo durante el embarazo.

<sup>39</sup> NORES TORRES, E. «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», 1998, *AL*, núm. 16 (versión electrónica no paginada), pág. 6. Esta situación

Ahora, tras la LOI, el nuevo apartado 4 del art. 26 LPRL recoge una previsión necesaria y ya establecida en la Directiva 92/85 de 19 de octubre, de protección de la trabajadora en estado de embarazo, parto o en período de lactancia y que debía haber estado transpuesta hace tiempo. La LOIMH extiende el supuesto de suspensión del contrato a la situación de riesgo durante la lactancia natural, ampliando la misma hasta los nueve meses. En la disposición adicional duodécima, apartado dos LOI, establece, dando nueva redacción a dicho art. 26.4.º LPRL, que se podrá declarar el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d) ET, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 del art. 26 LPRL.

Se ha de insistir en que la introducción del apartado 4 en el al art. 26 genera una nueva obligación (la de suspensión) y se matizan las que ya se habían diseñado para el empresario. De esta manera, para determinar si se está o no ante una situación de riesgo durante la lactancia natural será preciso conocer de antemano cuáles son esos riesgos y cuáles son las incidencias que sobre la mujer trabajadora o su hijo tienen. Esto supone que, junto con la evaluación de riesgos específica para la protección de la maternidad, se deberá acompañar otra en el mismo sentido, pero ahora para proteger la lactancia natural. Por decirlo de alguna manera se ha extendido el deber de garante del empresario a una nueva situación que ya tenía que haber estado prevista si se hubieran cumplido las exigencias europeas, pero que ahora cobra todo su sentido en la Ley de Igualdad. La mujer trabajadora una vez que agota su permiso de maternidad ahora puede desistir de la lactancia natural de manera general sin plantearse los riesgos del puesto de trabajo. Pero, tras la LOI, con la nueva previsión legal podrá optar por un tipo u otro de alimentación; ahora bien, si su opción es por la natural tendrá la seguridad que los riesgos laborales a los que se tiene que enfrentar no serán obstáculo para ejercer este derecho ya que el empresario le garantizará la protección suficiente; y, en última instancia, si no hay posibilidad de compatibilizar trabajo y lactancia buscando un equilibrio podrá suspenderse el contrato de trabajo sin que suponga una penalización sobre la trabajadora.

### 3.2.2. Régimen jurídico de la prestación de riesgo durante la lactancia

La novedad en materia de Seguridad Social en este ámbito, y conectado con las novedades introducidas en la LPRL, es la de que se ha diseñado una nueva prestación de Segu-

---

ya había sido analizada y denunciada por una prolija doctrina. Se criticaba muy negativamente que en los supuestos de riesgo durante la lactancia no cupiera suspensión contractual. Ante esa situación de falta de regulación, no faltaron propuestas para solventarla (como ya hubo hecho antes de 1999 respecto del riesgo durante el embarazo), tales como: la aplicación de las previsiones de suspensión contenidas en el art. 5 de la Directiva 92/85, sobre la base del efecto directo; el ejercicio de derechos laborales anejo como la excedencia por cuidado de hijos; la suspensión sobrevenida del contratado con la correlativa exigencia de remuneración por el empresario, en los términos del art. 44.4LPRL o del propio art. 30 ET, por mencionar algunas. Todo lo anterior, siempre, a salvo de la sustitución de la lactancia natural por la artificial como estrategia última de la madre trabajadora para evitar vicisitudes laborales. Sobre este particular véase, MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., (2004) *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, Madrid, CES, 2004, págs. 180-185.



ridad Social que pasa a engrosar la lista de prestaciones de la acción protectora del sistema (nueva redacción del artículo 38.1 c) LGSS, dada por la disposición adicional décimo octava apartado uno LOIMH). Se trata de la prestación de riesgo durante la lactancia natural, que se encuentra regulada en el nuevo capítulo IV quinquies (art. 135 bis y 135 ter).

Se introduce, en síntesis, como nueva situación protegida, la situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia que se produzca, en los términos del art. 26.4.º LGSS. Y, en una lógica de coherencia sistémica y de economía legislativa, el legislador se remite, para regular la nueva prestación, a la —ahora también nueva— regulación dada a la prestación de riesgo durante el embarazo. Asimismo, se reitera la naturaleza de riesgo profesional de esta situación, por lo que serán el INSS o la Mutuas, dependiendo de quien cubra la contingencia profesional, quiénes habrán de certificar la necesidad de suspender el contrato (*ex* Art. 45.1.d) del ET) por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses, ante la imposibilidad de que el cambio de puesto a uno compatible con su estado, no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

La remisión a la regulación de la prestación de riesgo durante el embarazo, alcanza a toda la dinámica prestacional; es decir, a las reglas de acceso, y a las reglas de cálculo. Hay, por la propia lógica interna de la prestación de riesgo durante la lactancia, una leve diferencia respecto del régimen de extinción: independientemente de que desaparezcan las causas que dieron origen a la suspensión (desaparición del riesgo, o existencia de un puesto compatible), la prestación se extingue (porque concluye el periodo de suspensión), cuando el menor lactante cumple nueve meses, o cuando se opte por un sistema de lactancia artificial, se entiende. El periodo de lactancia al que se refería el artículo 26.3.º LPRL en su redacción original, no estaba cuantificado de un modo preciso. Interpretativamente, se entendió que habría de referirse al mismo periodo de nueve meses al que se refería el permiso por lactancia en el art. 37.4 ET<sup>40</sup>.

Conviene destacar que, tras la reforma operada por la disposición adicional décimo octava, apartado once LOI, las prestaciones de riesgo por lactancia generan, en el esquema protector, prestaciones por muerte y supervivencia (nueva redacción del art. 172.1b) LGSS). Desde el punto de vista del tránsito prestacional, cabría que se produjera la secuencia prestacional siguiente, sin mayores problemas: a saber Maternidad y/o paternidad —permiso por lactancia acumulado— eventualmente riesgo durante la lactancia.

Para concluir, y junto a lo anterior, en la disposición adicional décimo octava, apartado dos LOI se modifica el art. 106.4 LGSS, y se mantiene la obligación de cotizar durante la situación de riesgo durante la lactancia. Esto se ha de cohonestar con que, simultáneamente, para el empresario rigen en la nueva situación de riesgo durante la lactancia, las mismas bonificaciones previstas para las situaciones de riesgo durante el embarazo. Esto se deriva de las previsiones contenidas, en primer lugar, en la disposición adicional déci-

<sup>40</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Trotta, 1996. pág. 175. En un sentido contrario, se han emitido otras opiniones doctrinales, que entienden que la protección durante la lactancia desde la perspectiva preventiva puede ir más allá de los nueve meses, siempre con sustento en la certificación médica del facultativo médico del servicio público de salud (MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, Madrid, CES, 2004, pág. 170).

mo quinta LOI, en la que se modifica el artículo 1 del Real Decreto Ley 11/1998, de 4 septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento<sup>41</sup>. En segundo lugar, la disposición adicional décimo sexta LOI modifica la disposición adicional segunda de 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<sup>42</sup>.

Estos dos tipos de bonificaciones, materializan, una vez más, el «coste cero» para el empresario. Resulta criticable, no obstante, que se mantenga en la LOI, que presume la absorción en la cultura empresarial de las directrices de igualdad, mediante la responsabilidad social de las empresas, tanto en lo relativo a los costes de Seguridad Social de la trabajadora en situación de lactancia natural, cuanto en lo relativo a los costes derivados de la contratación interina de una persona que sustituya a dicha trabajadora. Se parece haber perdido una excelente oportunidad.

Asimismo, resulta también criticable que no se haya previsto que las bonificaciones se extiendan a los periodos de permiso de lactancia acumulado, con las implicaciones que eso tendrá para la efectividad del ejercicio de la nueva modalidad de permiso de lactancia acumulado, que se va a encontrar con las resistencias empresariales derivadas de la no aplicación del mecanismo del coste cero<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Artículo que queda redactado en términos de que «darán derecho a una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta: a) Los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadoras que tengan suspendido su contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural y hasta tanto se inicie la correspondiente suspensión del contrato por maternidad biológica o el lactante cumpla nueve meses, respectivamente, o, en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado».

<sup>42</sup> Queda redactada en términos de que «a la cotización de los trabajadores o de los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, o trabajadores por cuenta propia o autónomos, sustituidos durante los períodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, mediante los contratos de interinidad bonificados, celebrados con desempleados a que se refiere el Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, les será de aplicación: a) Una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta para el caso de los trabajadores encuadrados en un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena. b) Una bonificación del 100 por 100 de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima o fija que corresponda el tipo de cotización establecido como obligatorio para trabajadores incluidos en un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores autónomos. Sólo será de aplicación esta bonificación mientras coincidan en el tiempo la suspensión de actividad por dichas causas y el contrato de interinidad del sustituto y, en todo caso, con el límite máximo del periodo de suspensión».

<sup>43</sup> Se ha de remarcar que, la regla general desde la perspectiva de la Seguridad Social es que el permiso por lactancia en su modalidad acumulada, no recibe un tratamiento específico desde la perspectiva de Seguridad Social. Esto significaría, en términos prácticos, que rige el régimen general de cotización, como si no hubiera dicho permiso acumulado, de forma que se trata de periodos de cotización efectiva; sin que se generen nuevas situaciones asimilada al alta, por cuanto se trata de una situación «especial» de alta real.



#### 4. VALORACIONES FINALES

A la vista de todo lo anterior parece oportuno subrayar que la LOIMH, entre sus objetivos, parece querer convertir a la sociedad en la responsable de asumir los efectos derivados de la maternidad (concretamente, *del embarazo, parto y lactancia*, tal y como se expresa en su artículo 14, apartado 7). La maternidad aparece entonces como valor social, y por tanto, bajo una dimensión diferente de las anteriormente descritas. Se podría llegar a pensar que el objetivo último de la LOIMH no es otro que convertir la protección de la maternidad en un derecho de ciudadanía asentado, por tanto, sobre la lógica de una solidaridad colectiva, universal, general, no vinculada necesariamente a la condición de mujer trabajadora. Se trataría de superar un sistema de Seguridad Social que, asentado en la actividad profesional, no incluye el trabajo doméstico y meramente reproductivo, de forma que este queda fuera de la protección que la misma dispensa. En este extremo, algunos avances se observan en la Ley de referencia, siendo el ejemplo más claro el establecimiento del subsidio de naturaleza no contributiva, si bien, el paso definitivo no se ha dado pues sigue siendo requisito previo la profesionalidad de la mujer, entendida como desempeño de una actividad profesional. Asimismo, hay que subrayar la modificación del cumplimiento del requisito de carencia y que no es sino reflejo de una regulación que finalmente provoca la insatisfacción de las soluciones que se encuentran a medio camino entre lo deseable y lo factible (o aparentemente posible). Ya que, por un lado, la reducción de los tiempos mínimos de cotización parece estar dando respuesta a una realidad social en la que la incorporación al mercado de trabajo se produce a edades más avanzadas (que claramente superan la frontera de los 21 años). Pero, al mismo tiempo, este tratamiento, sin duda más favorable, parece contradecirse con la previsión contenida para quienes tengan edades inferiores a 21 años, pues tras la reforma, el acceso de éstas personas a la protección de maternidad tendrá lugar desde el día siguiente a su incorporación al trabajo; mientras que si ese mismo trabajador tiene ya 21 años, carecerá del derecho si no reúne la carencia prevista. La cuestión que habría de plantearse es qué franja de población femenina trabajadora se sitúa en el tramo actualmente más favorecido por la nueva regulación, y si en consecuencia, resulta explicable este distinto tratamiento, incluso desde la perspectiva de esta nueva lógica borrosa que incorpora la citada Ley.

En definitiva, si la idea de fondo que subyace es permitir a la mujer trabajadora, y sólo a ésta, (puesto que la condición de profesionalidad se sigue manteniendo en la norma) el acceso a la protección por razón de maternidad, la conjunción de medidas que, según qué casos, eliminan o mantienen el requisito lo único que provoca son desajustes, tanto prácticos como jurídicos. Se puede concluir sobre este particular que la Ley de Igualdad se ha mostrado cautelosa y poco arriesgada y aunque ofrece mayor flexibilidad lo hace de un modo contenido. Ha desaprovechado la ocasión de convertirse en una norma rupturista con la política de contributivización de la Seguridad Social (que viene siendo la línea directriz de las reformas que han ido sucediéndose en los últimos años).

Tampoco se puede dejar de llamar la atención sobre el hecho de que el carácter transversal de la LOI conduce, indirectamente, a una cierta confusión conceptual. Pareciera que esta norma, se ha recubierto de una potencia y un poder *sobrenaturales*, entre las que destaca la de corregir una regulación preventiva incompleta. Así, y a pesar de lo loable de la modificación legislativa, la nueva regulación del riesgo durante la lactancia no supone tan-

to un avance, cuanto una puesta al día de un incumplimiento antiguo de la normativa comunitaria. A pesar de que se ha producido un avance relativo al considerar las situaciones de riesgo durante el embarazo y de la lactancia, como derivadas de contingencia profesional. Este nuevo tratamiento privilegiado, no obstante, puede acarrear algunas cuestiones problemáticas. Especialmente en la medida en que las entidades gestoras (INSS o MUTUA, dependiendo de con quien se hayan concertado las contingencias profesionales) pueden tener «tentaciones» de no calificar una situación material concreta como de riesgo durante el embarazo o la lactancia, a la vista del coste vinculado a ese reconocimiento. No obstante esas «tentaciones» que puedan sufrir, especialmente las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, para obviar los supuestos de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia, no resultará práctico porque, en último término si, subsidiariamente se califican algunas situaciones como de incapacidad temporal, por contingencia profesional las competencias de gestión y la responsabilidad del pago retornan al ámbito mutualista. Algo que también sucedería cuando se trate de calificar como incapacidad temporal por contingencias comunes y la empresa haya optado por la cobertura adicional con la Mutua de la incapacidad temporal por contingencias comunes).

Desde la perspectiva de la trabajadora, la nueva regulación de las prestaciones de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia supone un avance significativo: la mujer trabajadora durante la lactancia natural ya no soporta el coste de su decisión de querer preservar la salud del menor lactante, cuando haya optado por la lactancia natural. Avance que, desde la perspectiva empresarial, va a entrañar, en principio, que la trabajadora asuma una actitud más activa en la exigencia de la suspensión del contrato cuando exista certificación médica que lo sustente (sea del facultativo médico del servicio público de salud que lo asista, o sea de los servicios médicos de las entidades gestoras competentes. En efecto, la trabajadora va a ser beneficiaria (exclusiva), de una prestación equivalente al 100% de la base reguladora que se emplearía para calcular una hipotética prestación de incapacidad temporal por contingencias profesionales (es decir, la base de cotización por contingencias profesionales). Además, como segunda manifestación del tratamiento —nuevo— privilegiado de estas prestaciones, no se le va a exigir periodo de carencia alguno. Cumulativamente, las prestaciones, respectivamente, se mantendrán hasta que, bien se materialice la posibilidad de reincorporación al trabajo (improbable que sobrevenidamente se hayan hecho esfuerzos de adaptación del puesto originario o se hayan habilitado nuevos puestos compatibles), o hasta el parto (concatenación con maternidad), o hasta los nueve meses del lactante.

Habrà que esperar a que la LOI se aplique para concluir si ha tenido un efecto revolucionario, o si, por el contrario, su efectividad ha quedado subordinada a consideraciones de orden sociológico, aunque también económico. A pesar de la nueva regulación del permiso de lactancia, y del riesgo durante la lactancia, la efectividad se encuentra subordinada a las consideraciones, sobre todo, psicológico de los trabajadores en general, en el primer caso, y de las trabajadoras en periodo de lactancia en el segundo.