

LA REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE RIESGO DURANTE EL EMBARAZO EN EL RD 1251/2001

TERESA PÉREZ DEL RÍO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Cádiz*

EXTRACTO

La Ley 39/99 de 5 de noviembre sobre conciliación de la vida profesional y familiar de las personas trabajadoras, que fue presentada como un importante progreso para la tutela antidiscriminatoria, facultaba o mas bien exigía al Gobierno, en su Disposición Final Primera, la adopción de las normas necesarias para el desarrollo y ejecución de la misma. Tres años mas tarde y tras una serie de problemas y debates, ha sido adoptado el RD 1251/2001 de 16 de noviembre por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

Sus objetivos son múltiples y por lo que se refiere a la prestación de riesgo durante el embarazo, su desarrollo reglamentario sigue las líneas básicas marcadas por la Ley 39/99, determinando un régimen jurídico que parte de la regulación prevista en la normativa vigente para las situaciones de incapacidad temporal, regulando con detalle el procedimiento y actuaciones precisas para el reconocimiento del derecho al subsidio.

Sin embargo dicha regulación deja bastante que desear. El legislador se ha mostrado extremadamente cicatero en la protección haciendo recaer el coste de la misma parcialmente sobre la propia mujer embarazada al establecer una prestación del 75% de la base reguladora. De otra parte, sus temores de fraude se manifiestan en la exigencia de presentación de múltiples documentos, cuya consecución puede poner en peligro la salud tanto de la madre como del feto ya que, como es sabido, la primera etapa del embarazo es justamente la mas peligrosa desde este punto de vista. Por último, la exigencia del cumplimiento de requisitos para el acceso a la prestación, puede conducir a que algunas mujeres deban seguir optando entre comunicar su embarazo para obtener el derecho a la suspensión no subvencionada salvando así su embarazo a costa de sus ingresos, o no comunicarlo y correr el riesgo de aborto o malformaciones en el feto cuando no le sea posible prescindir de su salario.

ÍNDICE

1. El riesgo durante el embarazo en la Ley 39/99
2. La prestación social de riesgo durante el embarazo en el RD 1251/2001.
 - 2.1. Situación protegida, beneficiarias y requisitos de acceso a la protección.
 - 2.2. Contenido de la protección.
 - 2.3. Dinámica de la prestación.
 - 2.4. La prestación en los Regímenes Especiales
3. Conclusiones

1. EL RIESGO DURANTE EL EMBARAZO EN LA LEY 39/99

La reforma introducida en materia de protección de la salud durante el embarazo, constituyó una de las novedades más notables de la Ley 39/99¹. Exigió la modificación del Estatuto de los Trabajadores, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de la Ley General de Seguridad Social, de la legislación de funcionarios (Leyes 28/1975 y 29/1975) y finalmente del RDL 11/1998 sobre el denominado “coste cero” de la maternidad.

Esta reforma se adopta, según la Exposición de Motivos de la Ley 39/99, con el objetivo de eliminar una situación de incumplimiento –parcial– de nuestro ordenamiento jurídico respecto de lo dispuesto en la D/92/85/CEE sobre protección de la maternidad, sin embargo, ese objetivo no se consigue más que parcialmente.

El Art. 5.3 de dicha Directiva establece que, cuando los resultados de la evaluación exigida por el Art. 4.1, “revelan la existencia de riesgo para la seguridad o la salud, así como la posibilidad de alguna repercusión en el embarazo o la lactancia” y “no fuera técnica u objetivamente posible, o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados... –una modificación de las condiciones de trabajo o un cambio de puesto... la trabajadora afectada estará dispensada del trabajo con arreglo a las disposiciones y/o las prácticas nacionales, durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad y su salud”. Señala además en su Art. 11 que durante dicho periodo de tiempo, “deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o del beneficio de una prestación adecuada...”.

Como señaló la doctrina en ese momento², las carencias e incongruencias de la reforma normativa son notables.

¹ Ver entre las numerosas publicaciones sobre la Ley 39/99, Ballester Pastor: “La Ley 39/99 de conciliación de vida familiar y laboral” Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; Pérez del Río: “La Ley 39/99 de conciliación de responsabilidades familiares y profesionales” *Temas Laborales* nº 52, 1999.

² Panizo Robles: “La Ley sobre la conciliación de la vida profesional y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia sobre la Seguridad Social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* nº 201, diciembre 1999 pag.75.

En primer lugar, la modificación que la Ley 39/99 introduce en el Art. 26.2 de la LPRL (que regula el derecho a cambio de puesto de trabajo), complica enormemente su aplicación y la del párrafo 3 (que regula el derecho a suspensión por riesgo durante el embarazo). El Art. 26 en su anterior redacción establecía que cuando los resultados de una evaluación revelasen un riesgo para la salud de la trabajadora o una posible repercusión para el embarazo o la lactancia, el empresario estará obligado a realizar una adaptación de las condiciones de trabajo para evitar la exposición a dicho riesgo; la imposibilidad de adaptación determina el derecho a cambio de puesto de la mujer embarazada o lactante, y a su vez, la imposibilidad de ofrecer otro puesto de trabajo a la trabajadora embarazada, determina su paso a la situación de suspensión. Para que sea obligatorio el traslado al nuevo puesto de trabajo, es necesario que exista una certificación médica sobre la imposibilidad de adaptación que, en la regulación precedente, debía realizarse por “el médico que en el respectivo régimen de la Seguridad Social, prestase asistencia a la trabajadora” y que tras la reforma debe llevarse a cabo por “los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio de Salud que asista facultativamente a la trabajadora”.

No son comprensibles ni la necesidad, ni la finalidad de la modificación respecto del órgano que debe certificar médicamente la presencia de riesgo en el puesto de trabajo que debe desempeñar la trabajadora embarazada; sobre todo, no se entiende la necesidad de intervención del facultativo de la Mutua y tampoco se entiende bien la necesidad de participación de los servicios médicos del INSS; sería mas lógico que la participación de estos en la declaración de existencia de riesgo, se situase en una fase procedimental posterior, es decir, en la que tras detectar la imposibilidad de cambio de puesto de trabajo, se proceda al reconocimiento de la prestación de Seguridad Social, pero no en la fase previa puesto que en la misma no nace el derecho a la prestación sino al cambio de puesto de trabajo.

Los efectos de esta exigencia son analizados por la doctrina que, entre otras posibilidades, señala que podríamos encontrarnos con la paradójica situación de disponer al tiempo de una certificación de un médico del INSS (Entidad a la que se encomienda la gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social) declarando, por ejemplo, la inexistencia de riesgo por la realización de una determinada actividad, y un informe previo del médico del Servicio de Salud (que tiene por objetivo velar por la salud de los ciudadanos y de las prestaciones sanitarias y cuyo informe no es vinculante) reconociendo la existencia de riesgo.

En segundo lugar y mas importante si cabe, resulta la ausencia de referencia y protección frente a los riesgos para la salud durante la lactancia. El Art. 26.4 de la LPRL en su anterior redacción señalaba que “Lo dispuesto en los anteriores números de este artículo, será también de aplicación durante el periodo de lactancia...”; en su actual redacción señala “Lo dispuesto en los

números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el periodo de lactancia...” y la regulación de la suspensión por riesgo durante el embarazo se encuentra reflejada en el nº 3 de dicho precepto.

Una serie de datos denotan que dicha ausencia fue premeditada. En el Proyecto de Ley presentado al Gobierno, constaba la referencia a la lactancia. El Dictamen del CES hacía notar esta ausencia, y también la hacían notar las Enmiendas nº 45 y 55 presentadas por el Grupo Socialista del Congreso en el debate parlamentario.

Resulta evidente por tanto que esta insuficiencia normativa, que implica un incumplimiento parcial de lo establecido en la D/92/85/CEE, es algo perfectamente conocido por el legislador y querido por este. Es muy posible que haya pensado que la situación en que se encuentra una mujer que, trascurrido su periodo de suspensión por maternidad, deba reincorporarse a un puesto de trabajo con riesgo para la salud del nacido al que está amamantando, cuyas condiciones de trabajo no puedan ser adaptadas y a la que resulta imposible de ofrecer un puesto de trabajo compatible con su situación (Art. 26.1 y 2), tiene su solución en la solicitud excedencia para cuidado de hijos durante el periodo restante de lactancia (normalmente de cinco meses); desde luego es una solución mas barata para la Seguridad Social pero en absoluto resulta igualmente favorable para la mujer ya que la excedencia no es remunerada. Además, insisto en que dicha solución significa un incumplimiento –parcial– de la D/92/85/CEE.

Además, sigue sin hacerse referencia alguna a los Anexos que acompañan a la Directiva y que contienen una lista “no exhaustiva” de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden suponer un riesgo para el embarazo o la lactancia y a los que la trabajadora en tales situaciones no debe estar expuesta. Tampoco esta carencia es desconocida por el legislador ya que el Grupo de Izquierda Unida del Congreso presentó una Enmienda nº 113 en la que solicitaba la inclusión de dichos anexos en la Ley 39/99.

Las propuestas sindicales que en esta materia eran incluir el riesgo durante la lactancia de forma paralela al riesgo durante el embarazo con efectos de suspensión protegida por la Seguridad Social, ampliar la cuantía de la prestación establecida en este supuesto del 75% de la base reguladora de IT hasta igualarla a la de maternidad (100% de la base reguladora) y crear un nivel asistencial para los casos en que la trabajadora embarazada no cumpliera los requisitos de acceso al nivel contributivo, sin duda habrían mejorado notablemente la regulación legal.

Ha de valorarse positivamente el hecho de que el Art. 16 de la Ley determina la aplicación “en su caso” de lo dispuesto en materia de riesgo durante el embarazo (Art. 134 y 135 LGSS) a los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales –se entiende que también al de servicio doméstico–, a los funcionarios (Arts. 21 y 22 de la Ley 39/99) y a los trabajadores por cuenta propia incluidos en los Regímenes Especiales de trabajadores del mar, agrario, y autónomos.

2. LA PRESTACIÓN SOCIAL POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO EN EL RD 1251/2001

El RD 1251/2001 realiza el desarrollo reglamentario de los Arts. 134 y 135 de LGSS en el Capítulo III, distinguiendo entre “normas aplicables a trabajadoras por cuenta ajena” (Arts. 14 a 21 y Disposición Adicional 2ª), “normas aplicables a trabajadoras por cuenta propia” (Arts. 22 a 27) y “normas comunes” a ambos tipos de trabajadoras (Art. 29).

Es importante recordar el carácter autónomo de la prestación de riesgo durante el embarazo³, aunque según lo establecido en el Art.135.1 LGSS “aquella se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación de incapacidad temporal por enfermedad común sin mas particularidades que las previstas en los siguientes apartados”. Al respecto, la Declaración del Consejo y de la Comisión de 19-10-1992, relativa al Art. 11.3 de la Directiva CEE 92/85 es diáfana: “...en modo alguno se pretende equiparar el embarazo y el parto con la enfermedad”. La remisión legal realizada por la LGSS a la IT por enfermedad común, ha sido criticada por la doctrina que entiende que no es adecuada, considerando mucho mas lógica la asimilación a la maternidad, o en todo caso a la IT por causas profesionales ya que la situación de riesgo no se generaría (para la trabajadora embarazada) de no estar expuesta al desempeño de un cometido laboral concreto⁴.

2.1. Situación protegida, beneficiarias y requisitos de acceso a la protección

El Art. 134 LGSS define la situación protegida haciendo remisión al Art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y a su vez, el Art. 14 del RD 1251/2001 reitera que “A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora embarazada durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo esta cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado...dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pudiera razonablemente exigirse por motivos justificados” añadiendo en su número 2 que “...no

³ Moreno Gené, Romero Burillo y Pardell Veá: “La prestación por riesgo durante el embarazo: a propósito del Real Decreto 1251/2001 de 16 de noviembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)* N° 228, Marzo 2002, pag. 6.

⁴ Entre otros Gorelli Hernández: “La reciente Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras “N° 24/1999. Lousada Arochena: “El riesgo durante el embarazo (I y II) Actualidad Laboral n° 27 2001. Sánchez Trigueros: “La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 99/2000.

se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no estén relacionados con agentes, procedimientos, o condiciones de trabajo del puesto desempeñado”.

Ello viene a significar que de existir patologías derivadas del embarazo, no relacionadas con las condiciones de desempeño del trabajo e incompatibles con este, la prestación adecuada sería la correspondiente a IT por enfermedad común⁵.

El acceso a la prestación se condiciona en el Art. 16 del RD 1251/2001 a los mismos requisitos que recoge el Art.130 LGSS para la prestación de IT por enfermedad común: serán beneficiarias las trabajadoras por cuenta ajena, en situación de suspensión del contrato de trabajo, siempre que estando afiliadas y en alta, acrediten un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que se inicie la suspensión.

La exigencia de requisitos para el acceso a la prestación puede dejar fuera de la protección a bastantes trabajadoras. De un lado, aquellas que no estén afiliadas y en alta por incumplimiento de parte del empresario de los actos de encuadramiento (teniendo en cuenta que según los estudios realizados al respecto, la mujer está muy representada en la economía sumergida) pues al aplicarse a este respecto los principios que rigen la prestación de IT por enfermedad común, en estos casos se hace responsable al empresario del pago de la prestación, pero no se aplicará el principio de automaticidad de las prestaciones, como ocurriría si se tratara, según propone la doctrina, como contingencia profesional⁶.

De otro si no se ha cubierto el periodo de carencia, la trabajadora estará en situación de suspensión de forma obligada (si quiere conservar su salud y su embarazo), pero no tendrá derecho a la prestación. Es claro que el legislador podría haber sido mas generoso ya que nos encontramos en un tema relacionado con la salud, no imponiendo periodo de carencia para evitar que la trabajadora, por necesidades económicas, continúe trabajando con riesgo para su salud y la del feto. Otra solución habría sido la creación de un nivel asistencial para estos supuestos.

⁵ Moreno Gené, Romero Burillo y Pardell Veá: “La prestación por riesgo durante el embarazo...”, *op. cit.* pág. 9. Panizo Robles: “La protección de la maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001 por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 34 2002, pág.34.

⁶ Lousada Arochena: “El riesgo...”, *op. cit.* pag. 592. Panizo Robles: “La protección...”, *op. cit.* pág. 59.

2.2. Contenido de la protección

Por lo que respecta al contenido de la protección, señala el Art. 135.3 de la LGSS y repite el Art. 15 del RD 1251/2001, que la prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 75% de la base reguladora correspondiente, es decir, la establecida para la prestación de IT por enfermedad común.

Han sido muchas las críticas que se han realizado a este aspecto de la prestación. Se señala reiteradamente que habría sido mucho más lógico y adecuado, acercar en esta materia la prestación de riesgo por embarazo a la de maternidad, cuya cuantía asciende al 100% de la base reguladora. Siendo obvio que su reducción responde a objetivos de ahorro presupuestario, ello viene a significar que el coste económico de la maternidad, en caso de riesgo durante el embarazo, se reparte entre la trabajadora que asume el 25% y la Seguridad Social que asume el 75%. Esta norma no parece contradecir lo establecido en la D/92/85/CEE ya que satisface el concepto de “prestación adecuada” establecido en el Art. 11.1 y 3 de la citada Directiva ya que garantiza unos ingresos equivalentes a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de su trabajo por motivos de salud⁷.

El RD 1251/2001 regula además las situaciones de pluriempleo (en las que la trabajadora presta servicio para diversas empresas pero está afiliada a solo un régimen de SS) y las de pluriactividad (en las que la trabajadora se encuentra afiliada a varios regímenes de SS) supuestos nada infrecuentes en tanto las mujeres son mayoritarias en el trabajo a tiempo parcial y es evidente que en la mayor parte de los casos, este tipo de trabajadoras precise más de un trabajo para garantizar una supervivencia digna. Distingue, respecto del primero, en el Art. 17.2, entre dos situaciones: la primera se produciría cuando la suspensión del contrato de trabajo se declare en todas las actividades que realice la trabajadora simultáneamente, porque en todas ellas se produzca riesgo, caso en el cual se computarán todas sus bases de cotización para las distintas empresas, siendo de aplicación a la base reguladora así determinada, el tope máximo establecido a efectos de cotización. Cuando la suspensión se declarase solo en alguna o algunas de las actividades realizadas por la trabajadora, solo se tomarán las bases de cotización en las empresas donde se produce la suspensión y en este caso la prestación será compatible con el salario que la trabajadora recibe en las restantes actividades en las que el contrato no se suspende.

Las situaciones de pluriactividad son reguladas en el Art. 29 del RD 1251 que distingue también dos supuestos: que la situación de riesgo durante el embarazo afecte a todas las actividades desempeñadas, en cuyo caso la trabajadora tendrá derecho al subsidio en cada uno de los regímenes si reúne los

⁷ Moreno Gené, Romero Burillo, Pardell Veá: “La prestación por riesgo durante el embarazo...”, *op. cit.* pág. 20.

requisitos exigidos de manera independiente en cada uno de ellos y, caso contrario, es decir, cuando afecte la suspensión a solo una o alguna de las actividades realizadas por la trabajadora pero no a todas, en cuyo caso, únicamente tendrá derecho al subsidio en el régimen en el que estén incluidas las actividades en que existe el riesgo. En todo caso la percepción del subsidio será compatible con el mantenimiento de aquellas actividades que viniera desempeñando o pudiera comenzar a desempeñar y no impliquen riesgo.

Por lo que se refiere al trabajo a tiempo parcial, el Art. 17.4 del RD 1251/2001 señala que se aplicarán las normas establecidas para el subsidio de incapacidad temporal, contenidas en el RD 144/1999 de 29 de enero, no las que regulan el mismo supuesto para la prestación de maternidad y ello, en este caso, resulta favorable para la trabajadora ya que las primeras son ligeramente superiores a las segundas.

Finalmente y respecto de la influencia en la cuantía de la prestación de futuros incrementos salariales producidos durante la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, cuestión a la que no se refiere para nada el RD 1251, LOUSADA AROCHENA⁸ propone la solución adoptada por el TJCEE en el A. Gillespie C.342/93 S.13-febrero-1996 en la que se señala que "...en la medida en que el cálculo de las prestaciones se base en el salario percibido por el trabajador...su importe deberá incluir, a partir de su entrada en vigor, los aumentos de salario que hayan tenido lugar entre el comienzo del periodo cubierto por los salarios de referencia y el final (de la situación protegida)".

Finalmente señalar que la situación de riesgo durante el embarazo constituye, según la nueva redacción dada al Art. 106 LGSS, situación de asimilación al alta en la que se mantiene la obligación de cotizar a la Seguridad Social, consiguiéndose así que no se produzcan cortes en la carrera de seguro

2.3. Dinámica de la prestación

Respecto a la dinámica de la protección, es decir, el nacimiento, duración, suspensión y extinción de la prestación, el Art. 135.2 LGSS y el Art. 18 del RD 1251/2001 señalan que el derecho al subsidio nace en el mismo día en que se inicie la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, por lo que a diferencia de la prestación de IT por enfermedad común, y como no podía ser menos, no se establece ningún periodo sin subsidio ni con cargo a la empresa.

El aspecto más criticable de regulación en materia de nacimiento del derecho a la prestación, se suscita respecto del procedimiento para su

⁸ *Op. cit.* pág. 593.

reconocimiento que se regula en el Art. 21 del RD 1251/2001 y que se resume como sigue:

– Se iniciará a instancia de la trabajadora, mediante solicitud dirigida a la Dirección de la Entidad Gestora de la Provincia en que aquella tenga su domicilio, en los modelos normalizados establecidos por la Administración de la Seguridad Social; esta solicitud deberá contener los datos y circunstancias que establece el Art. 70 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y expresamente la fecha de suspensión del contrato de trabajo, los datos relativos a la actividad desempeñada, su categoría profesional y función y la descripción del trabajo que realizase así como el riesgo específico que representase para el embarazo.

– La solicitud deberá ir acompañada de una serie de documentos:

1. Informaciones médicas:

- El informe médico del facultativo del INS o del Servicio Público de Salud correspondiente.
- La certificación médica expedida por los Servicios Médicos de la Entidad Gestora correspondiente o de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la SS que cubra la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes en la que se acredite la situación de embarazo y que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud y/o la del feto (en la Disposición Adicional 2ª del RD 1251/2001 se regula el procedimiento de obtención de esta certificación médica).

Se señala además que cuando el primero (el informe médico) haya sido expedido por los Servicios Médicos de la Entidad Gestora, no será necesario acompañar a la solicitud los referidos documentos, norma que parece exonerar a la trabajadora de la aportación del otro documento necesario, el informe médico del facultativo del INS o del Servicio Público de Salud equivalente, porque se debió aportar previamente ante los Servicios Médicos de la Entidad Gestora (Disposición Adicional 2ª apartado 2). Esta certificación si deberá ser aportada cuando la certificación médica haya sido expedida por los Servicios Médicos de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la SS, lo que demuestra cierta desconfianza del legislador en la actuación de las Mutuas, que podrían intentar desviar hacia el riesgo por embarazo situaciones de incapacidad temporal.

2. Declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora, al que deberá acompañarse el informe sobre este particular emitido bien por el servicio de prevención propio de la empresa, siempre que esta cuente con la especialidad preventiva de vigilancia de la salud, o bien por la entidad especializada que desarrolle para la empresa las funciones correspondientes a los servicios de prevención aje-

nos, o bien, finalmente, por el responsable de prevención designado por la empresa, con la cualificación o acreditación suficiente para esta tarea. La declaración deberá reflejar la fecha en que la trabajadora ha suspendido su relación laboral, así como la cuantía de la base de cotización de la trabajadora correspondiente al mes anterior al del inicio de la suspensión del contrato de trabajo o a los tres meses anteriores en caso de contrato a tiempo parcial.

A la vista de la documentación presentada y una vez comprobados todos los requisitos exigidos para acceder al subsidio, el Director Provincial de la Entidad Gestora dictará resolución expresa y la notificará en el plazo de 30 días, reconociendo o denegando la prestación. Cuando se produzcan contradicciones en las declaraciones y certificaciones presentadas con la solicitud, o concurren indicios de posible connivencia para obtener sin derecho la prestación, la Dirección Provincial de la Entidad Gestora podrá solicitar Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a fin de que esta manifieste su conformidad o su discrepancia en relación con las medidas adoptadas por la empresa que puedan determinar el derecho al subsidio, informe que deberá ser emitido en el plazo de 15 días transcurrido el cual “podrá” (sería mas adecuado decir “deberá”) dictarse la correspondiente resolución sin tener en cuenta el mismo.

Como se puede observar, la interesada debe acumular y presentar una ingente cantidad de certificados para obtener la prestación, que han de ser añadidos a los que debe presentar, según establece el Art. 26 LPRL “cuando la adaptación de las condiciones y del tiempo de trabajo no resultase posible o a pesar de tal adaptación, las condiciones del puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto...”, caso en el cual tendría derecho al cambio de puesto de trabajo, paso previo necesario para que cuando dicho cambio “no resultara técnica u objetivamente posible, o no pudiera razonablemente exigirse por motivos justificados” la trabajadora pueda situarse en situación de suspensión por riesgo en el embarazo (a saber, certificación de los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora) informes y certificados cuya necesidad ha sido por cierto muy criticada por la doctrina por ser dudosamente compatibles con la D.CEE/92/85⁹.

La ingente cantidad de documentos e informes a presentar y el tiempo necesario para conseguirlos, podrían conducir a la conclusión de que, realmente, era mas sencillo para la trabajadora el acceso a la protección social en caso de tener que suspender el contrato por peligro para el embarazo, antes de la adopción de la Ley 39/99, situación en la que, ante la laguna normativa planteada (inexistencia de situación protegida específicamente por la SS), se

⁹ Moreno Gené, Romero Burillo y Pardell Veá: “La prestación por riesgo durante el embarazo...” *op. cit.* pag. 25. Lousada Arochena: “El riesgo...” *op. cit.* pag. 565.

solía recurrir a las denominadas “bajas de complacencia” por incapacidad temporal, determinadas tan solo por el facultativo que atendiese e la trabajadora en el sistema de salud correspondiente¹⁰.

Respecto a la duración, el Art. 135.2 LGSS y el Art. 18.2 RD 1251/2001 establecen que la prestación se extinguirá, por pasar su beneficiaria a situación de suspensión por maternidad o por la reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo o a otro compatible con su estado. Ello significa por tanto que, normalmente, la prestación de riesgo durante el embarazo durará hasta el momento del parto. Ahora bien, la norma prevé la posibilidad de una duración inferior si, por alguna causa, el riesgo desaparece antes del parto, bien porque la beneficiaria pueda reincorporarse a su puesto de trabajo anterior, por ejemplo porque este haya sido objeto de adaptación posterior que posibilite su realización sin riesgo, bien porque la trabajadora pueda incorporarse a otro puesto compatible con su estado. Hay además que recordar que la trabajadora puede solicitar la suspensión por maternidad y la correspondiente prestación antes del parto (Art. 48.4 ET).

Además el Art. 18.4 del RD enumera otras dos causas de extinción de la prestación: “c) Extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas; d) Falecimiento de la beneficiaria”. Mientras las dos primeras tienen un apoyo legal explícito (Art. 48.5 ET y 135.2 LGSS) las dos últimas no lo tienen, y aunque la segunda –falecimiento de la beneficiaria–, parece evidente, como también lo sería, aunque ni la ley ni el reglamento hagan referencia al mismo, el aborto, el efecto extintivo respecto de la prestación de la primera –extinción del contrato– puede resultar altamente desfavorable para la trabajadora ya que, de no pasar a percibir la prestación contributiva de desempleo o incluso pasando a percibir la prestación asistencial por la misma contingencia, perdería también la prestación de maternidad por no encontrarse en alta o asimilada al alta, teniendo en cuenta la dificultad de encontrar un nuevo trabajo dada su situación de embarazo, y la imposibilidad de conseguirlo en su profesión habitual, para cuyo desarrollo está cualificada y tiene experiencia, ya que es la que presenta riesgo para la salud de la trabajadora o el feto, riesgo que ha originado la suspensión¹¹. Desde el régimen jurídico actual, la única opción posible para conservar el derecho a la prestación de maternidad, sería la solicitud de acceso inmediato a la misma si los plazos lo permiten, es decir, si faltan menos de diez semanas para el parto.

Desde luego no se comprende un régimen tan distinto y desfavorable de extinción para esta prestación, en relación con aquellas a las que se aproxima su regulación, la incapacidad temporal y la maternidad.

¹⁰ Panizo Robles: “La protección de la maternidad...” *op. cit.* pág.54.

¹¹ En este sentido Lousada Arochena: “El riesgo...” *op. cit.* pág. 594 y Moreno Gené, Romero Burillo y Pardell Veá: “La prestación por riesgo durante el embarazo...” *op. cit.* pag. 23.

Finalmente, el Art. 19 del RD 1251 señala que la prestación podrá ser denegada, suspendida o anulada "...a) cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio... b) cuando realice cualquier trabajo o actividad bien por cuenta ajena o por cuenta propia, iniciados con posterioridad a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, incompatibles con su estado".

La gestión de la prestación se realizará directamente por la Entidad Gestora respectiva, según establece el Art. 20 del RD 1.251, en el mismo sentido que el Art. 135.4 LGSS, lo que impide expresamente la colaboración en la misma de sujetos privados, los propios empresarios o las Mutuas (por lo cual no se entiende muy bien a qué viene la exigencia de su participación el procedimiento de acceso a la prestación). La atribución de la gestión en exclusiva a la Entidad Gestora, de manera poco coherente con el resto de la regulación, asimila la prestación por riesgo durante el embarazo a la prestación de maternidad, separándola de la incapacidad laboral por enfermedad común, a la que, como hemos dicho, se acerca en todo lo demás.

2.4. La prestación en los Regímenes Especiales

Por lo que se refiere a los Regímenes Especiales de la SS, la Ley 39/99 reconoció la aplicación de la prestación de riesgo durante el embarazo a todos ellos mediante la Disposición Adicional 8ª apartado 3 de la LGSS, que señala que el reconocimiento de la prestación será aplicable en su caso, a los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales. Asimismo resultará de aplicación a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial del Mar, Agrario y Autónomos "...en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente".

Las trabajadoras del servicio doméstico se incluyen en el ámbito subjetivo de la prestación en los mismos términos que el resto de trabajadoras por cuenta ajena (Art. 16.1 y 23.1 del RD) cuando presten servicios para un solo empleador y en ese supuesto, el único documento a acompañar a la solicitud del subsidio será la declaración del responsable del hogar familiar sobre la inexistencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora (Art.21.2.c del RD). También serán beneficiarias de la prestación cuando no presten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo y, en consecuencia, sean responsables de la obligación de cotizar, pero en este caso las normas aplicables serán las previstas para las trabajadoras por cuenta propia¹².

En cuanto a las trabajadoras autónomas, el RD contiene en sus Arts. 22 a 28 una detallada regulación que se puede resumir en cinco ideas rectoras:

– La situación protegida se define en el Art.22.1 del RD como "aquella situación en la que se encuentra la trabajadora embarazada durante el periodo

¹² Panizo Robles: "La protección de la maternidad..." *op. cit.* pág. 58.

de interrupción de la actividad profesional en los supuestos en que el desempeño de la misma, influya negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así se certifique por los servicios médicos de la Entidad Gestora correspondiente”. En consecuencia, toda la dinámica de la prestación (nacimiento del derecho, cálculo de la base reguladora, y del periodo de carencia) toma como punto de referencia el día de emisión del certificado médico;

– El subsidio se mantiene mientras dura la imposibilidad de reanudar la actividad profesional, se extingue con su reanudación y en el caso de causar baja en el Régimen Especial de la Seguridad Social en la que la trabajadora estuviera incluida (Art. 25.2 y 3 RD)

– El requisito adicional para el acceso de la trabajadora a la protección, de hallarse al corriente en el pago de las cotizaciones a la SS, característico en el régimen de autónomos, se flexibiliza de forma limitada por el Art. 23.2 del RD que señala que será de aplicación, en su caso, el mecanismo de la invitación al pago establecido en Art. 28.2 del Decreto 2530/1970, tanto a las trabajadoras autónomas como a las trabajadoras pertenecientes al Régimen Especial de Empleados de Hogar que sean responsables de la obligación de cotizar.

– La denegación, anulación y suspensión del derecho al subsidio y la gestión de la prestación económica, se regulan de manera sustancialmente idéntica a la establecida en relación con el subsidio por maternidad en los Regímenes Especiales (Arts. 26 y 27 en relación con los Arts. 19 y 20 del RD).

– El procedimiento para el reconocimiento del derecho al subsidio de las trabajadoras por cuenta propia, ha de ser necesariamente diferente al de las trabajadoras por cuenta ajena ya que no existe empleador. Consecuentemente, los documentos a presentar con la solicitud serían:

1. El informe médico del INS o del Servicio Público equivalente que asiste facultativamente a la trabajadora, que deberá acreditar la situación de embarazo y que las condiciones del trabajo o de la actividad profesional desempeñados influyen negativamente en la salud de la trabajadora embarazada y/o del feto, una copia del cual se tramitará a la Inspección de Servicios Sanitarios del INS u órgano equivalente del Servicio Público de Salud correspondiente.
2. Declaración de la trabajadora sobre la actividad desarrollada, así como sobre la inexistencia de un trabajo o función en tal actividad compatible con su estado que pueda ser llevado a cabo por aquella, en su condición de trabajadora por cuenta propia o de empleada de hogar. Cuando la trabajadora autónoma presta servicios en sociedades cooperativas, laborales o mercantiles, dicha declaración deberá ser realizada por el administrador de la sociedad.
3. Acreditación de la cotización mediante la aportación de los recibos de abono de las cuotas a efectos de determinar el periodo de carencia, la cuantía de la prestación y del cumplimiento del requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas.

4. Finalmente, si el certificado de los Servicios Médicos es favorable al cese de la actividad y se trata de trabajadoras incluidas en el Régimen de Autónomos, antes de que se dicte la resolución, vendrán obligadas a presentar una declaración de situación de la actividad, en la que conste la persona que gestiona directamente, en tanto exista riesgo durante el embarazo, el establecimiento mercantil industrial o de otra naturaleza del que aquellas sean titulares o, en su caso, el cese temporal o definitivo de la actividad (teniendo en cuenta que en este último caso, si ello significa la baja en el Régimen de Autónomos, pueden perder la prestación Art. 25.3.c RD).

En opinión de la doctrina¹³ la escasa regulación que ofrece el RD sobre esta “declaración de situación de la actividad” abre muchos interrogantes: ¿sería suficiente que la beneficiaria señala a la persona que va a hacerse cargo de la gestión del negocio o de la actividad durante la situación de riesgo? ¿Puede ser un familiar? ¿Es necesario que e/la sustituta/o se encuentre en situación de alta en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social? ¿Qué mecanismos de control se establecen para comprobar que la declaración es veraz y se cumple?

También se introducen las prestaciones por riesgo durante el embarazo en los regímenes de las Fuerzas Armadas (Art. 21.3 de la Ley 28/75 modificado por la Ley 39/99) y en el de Funcionarios Civiles del Estado (Art. 20.3 de la Ley 29/75). el DR 1251 Art. 1.2 establece al respecto que las disposiciones previstas en el Capítulo III, “...serán de aplicación a las funcionarias incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social a las que se conceda licencia por riesgo durante el embarazo. De igual modo...será de aplicación al personal estatutario sanitario que, en virtud de sus normas, le sea concedida una licencia o situación similar...”.

3. CONCLUSIONES

La Ley 39/99 de 5 de noviembre sobre conciliación de la vida profesional y familiar de las personas trabajadoras, que fue presentada como un importante progreso para la tutela antidiscriminatoria, facultaba o mas bien exigía al Gobierno, en su Disposición Final Primera, la adopción de las normas necesarias para el desarrollo y ejecución de la misma. Tres años mas tarde y tras una serie de problemas y debates, ha sido adoptado el RD 1251/2001 de 16 de noviembre por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo. Sin duda se trata de una norma necesaria que aclara los significados y (aun de

¹³ Moreno Gené, Romero Burillo y Pardell Veá: “La prestación por riesgo durante el embarazo...”, *op. cit.* pag. 33.

forma parcial) cubre las lagunas que se apreciaban en la regulación de la prestación de riesgo durante el embarazo. Sin embargo hay que hacer notar que el legislador se ha mostrado extremadamente cicatero en la protección de esta contingencia haciendo recaer el coste de la misma parcialmente sobre la propia mujer embarazada al establecer una prestación del 75% de la base reguladora. De otra parte, sus temores de fraude se manifiestan en la exigencia de presentación de múltiples documentos, cuya consecución puede poner en peligro la salud tanto de la madre como del feto ya que, como es sabido, la primera etapa del embarazo es justamente la mas peligrosa desde este punto de vista. Por último, la exigencia del cumplimiento de requisitos para el acceso a la prestación, puede conducir a que algunas mujeres deban seguir optando entre comunicar su embarazo para obtener el derecho a la suspensión no subvencionada salvando así su embarazo a costa de sus ingresos, o no comunicarlo y correr el riesgo de aborto o malformaciones en el feto cuando no le sea posible prescindir de su salario.