

JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES

Administrador Civil del Estado

Miembro del Instituto Europeo de la Seguridad Social

Extracto:

LA configuración de la maternidad como una nueva rama de cobertura social diferenciada de la incapacidad temporal es en nuestro ordenamiento de la Seguridad Social una cuestión reciente. Esta situación, desde su inicial configuración hace apenas seis años, experimentó un cambio sustancial con la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (Ley 39/1999), que supuso una mejora en el subsidio por maternidad y creó una nueva prestación, la de riesgo durante el embarazo.

El desarrollo y la aplicación de las previsiones contenidas en la Ley 39/1999 se ha producido con la aprobación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, a través del que se procede a la regulación de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo. Pero la norma no se limita a efectuar el desarrollo reglamentario referido sino que, además, por un lado procede a la reordenación del régimen jurídico del subsidio económico de maternidad, separándolo del correspondiente a la IT en aquellos aspectos en que ambas prestaciones mantenían una regulación común y, por otro, establece la regulación normativa de la prestación de riesgo durante el embarazo.

El análisis de los contenidos del Real Decreto 1251/2001, en vigor el 1 de diciembre de 2001, es el objeto del estudio que se reproduce a continuación.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. La prestación económica por maternidad.
 1. Las situaciones protegidas.
 2. Duración de la prestación.
 3. Beneficiarios.
 4. Contenido de la prestación.
 5. Denegación, anulación y suspensión del derecho.
 6. Los efectos en la prestación como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo o del cese en la actividad.
 7. Las particularidades de la gestión.
- III. La prestación económica de la Seguridad Social por riesgo durante el embarazo.
 1. Comentarios introductorios.
 2. La regulación de la prestación de riesgo durante el embarazo en los supuestos de trabajadoras por cuenta ajena.
 3. La regulación de la prestación de riesgo durante el embarazo en los supuestos de trabajadoras por cuenta propia.
- IV. La incidencia en las prestaciones de la Seguridad Social de la excedencia por cuidado de familiares.
 1. Configuración genérica de la excedencia.
 2. La incidencia de la excedencia en las prestaciones de Seguridad Social.

I. INTRODUCCIÓN

La protección de la maternidad, como contingencia específica y separada de la situación de enfermedad, es una cuestión reciente de nuestro ordenamiento de la Seguridad Social ya que fue abordada hace apenas 6 años ¹, mediante la configuración de una nueva rama de cobertura social –la de maternidad– diferenciada de otra contingencia con la que se venía confundiendo, como era la entonces ILT ². Posteriormente, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (en adelante LCVF ³) implicó una nueva modificación sustancial de la protección de las situaciones relativas a la maternidad, ya que, además de la importante mejora del subsidio por maternidad, creó una nueva prestación, como es la de «riesgo durante el embarazo», ligada a la cobertura protectora de la trabajadora embarazada.

La propia LCVF ⁴ difirió de las normas reglamentarias, a aprobar por el Gobierno, el desarrollo y la aplicación de las previsiones legales, circunstancia que ha acaecido mediante la aprobación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, a través del cual se procede a la regulación

¹ A través de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social. Un análisis de la reforma operada en 1995, entre otros, en ARGÜELLES BLANCO, A.R.: «La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral». Edit. Tirant lo Blanch. *Colección Laboral*. N.º 69. Valencia. 1998; BALLESTER PASTOR, M.: *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral*. Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch. 2000; FERNÁNDEZ URRUTIA, A.: «Las prestaciones económicas de incapacidad temporal y maternidad». Edit. Tirant lo Blanch. *Colección Laboral*. N.º 71. Valencia. 1999; SÁNCHEZ RODAS, C.: «La maternidad como contingencia específica frente a la incapacidad temporal» en AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Tecnos. Madrid. 1996; o TORRES DÍAZ, I.V.: «Prestación de maternidad. Derecho Positivo español y perspectiva europea». *Relaciones Laborales*. N.º 6. 1996.

² Mediante la Ley 42/1994, antes citada, la prestación de Incapacidad laboral transitoria pasó a denominarse como *incapacidad temporal* (en adelante, IT).

³ Un análisis de la misma en BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000; CABEZA PEREIRO, J.: «Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras». *Documentación Laboral*. N.º 61. 2000. CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador. Algunas reflexiones sobre el proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras». *Aranzadi Social*. N.º 7. 1999; CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentarios a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º Extra. 1999; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras». *Relaciones Laborales*. N.º 24. 1999; MIÑAMBRES PUIG, C.: «La protección social en el proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º Extra. 1999; MOLINA NAVARRETE, C.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral: puntos críticos». *La Ley*. Abril. 2000; PANIZO ROBLES, J.A.: «Una nueva prestación de la Seguridad Social. (A propósito de la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º Extra. 1999 y «La Ley 39/1999 y su incidencia en el sistema de la Seguridad Social». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Diciembre 1999. Ed. Estudios Financieros.; RIVAS VALLEJO, P.: «La relación entre trabajo y familia: La Ley 39/1999, una reforma técnica». *Tribuna Social*. N.º 108. Diciembre. 1999; SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores». *Aranzadi Social*. N.º 20. 2000.

⁴ Disposición Final Primera.

de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, por maternidad y riesgo durante el embarazo ⁵ (en adelante RDM). Pero el RDM no se limita a desarrollar las previsiones de la LCVF sino que, además, procede a la reordenación del régimen jurídico del subsidio económico de maternidad, separándolo del correspondiente a la IT, en aquellos aspectos en que ambas prestaciones mantenían una regulación común. Por último, la nueva norma reglamentaria establece la regulación normativa de la prestación de riesgo durante el embarazo.

II. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR MATERNIDAD

La Seguridad Social, desde la vertiente de las prestaciones en dinero, no protege la maternidad en toda su extensión, sino que se limita a las situaciones previstas en la legislación laboral o de función pública, y únicamente por los períodos de descanso, por suspensión del contrato de trabajo o de la relación funcionarial. El fundamento de esta limitación recae en el hecho de que la prestación económica por maternidad viene a cubrir el vacío económico que se produce para los trabajadores, como consecuencia de haber suspendido su contrato de trabajo a consecuencia del nacimiento de un hijo, de su adopción o el acogimiento de un menor, suspensión que, a su vez, produce el cese en la obligación del trabajador de prestar servicios y de la del empresario en el abono de salarios ⁶.

1. Las situaciones protegidas.

El RDM ⁷ establece como situaciones protegidas, a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social, la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, este último únicamente en las modalidades de preadoptivo y permanente ⁸, durante los períodos de suspensión del contrato de trabajo ⁹ o del disfrute del permiso funcionarial ¹⁰.

⁵ El RD 1251/2001 se publica en el BOE del 17 de noviembre, es decir, más de 2 años con posterioridad a la publicación de la LCVF, lo cual ha dado lugar a críticas distintas. En estos 2 años –y teniendo en cuenta que la mayor parte de las modificaciones previstas en la LCVF entraron en vigor el día 7 de noviembre– la Administración de la Seguridad Social ha tenido que *funcionar* mediante unas instrucciones internas, como son los *Criterios provisionales, dictados con fecha 18 de diciembre, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, para la aplicación de la Ley 39/1999*.

⁶ Un análisis de la protección por maternidad en el ámbito internacional, en PANIZO ROBLES, J.A.: «*La Ley 39/1999 y su incidencia ...*», *op. cit.*, así como la bibliografía que en él se cita.

⁷ Artículo 2 RDM.

⁸ De las tres modalidades de acogimiento familiar que prevé el artículo 173 del Código Civil queda excluido, a efecto de las prestaciones por maternidad, el acogimiento simple.

⁹ Artículo 48.4 ET.

¹⁰ De conformidad con lo previsto en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984. El RDM se aplica, respecto de los funcionarios, incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social. En lo que se refiere a los funcionarios no incluidos en el citado Régimen, el artículo 1.3 RDM prevé la aplicación del mismo en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de Funcionarios de la Administración de Justicia, *en todo lo que no se oponga a lo preceptuado en la normativa reguladora del Régimen correspondiente*.

Las situaciones protegidas no se limitan a los trabajadores por cuenta ajena, ya que el ordenamiento de la Seguridad Social ¹¹ amplía la protección a los trabajadores por cuenta propia. En igual sentido, el RDM ¹² considera situaciones protegidas, a efectos de las personas que realizan su actividad por cuenta propia, las mismas establecidas para los trabajadores por cuenta ajena, durante los períodos de cese de la actividad que sean coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena, excepto en lo que se refiere a la posibilidad de disfrute del descanso en régimen de jornada parcial ¹³, que únicamente es de aplicación a estos últimos ¹⁴.

En consecuencia, constituyen situaciones objeto de la protección de la Seguridad Social, a través de las prestaciones de maternidad:

- El nacimiento.
- La adopción o el acogimiento familiar, preadoptivo o permanente, de un menor, teniendo en cuenta que se equiparan ¹⁵ a la adopción o al acogimiento familiar, preadoptivo o permanente, las instituciones jurídicas declaradas mediante resolución judicial o administrativa extranjeras, siempre que la finalidad y los efectos jurídicos de aquéllas sean los previstos para la adopción o el acogimiento, preadoptivo o familiar, cualquiera que sea su denominación ¹⁶.

¹¹ Disposición Adicional Undécima Bis LGSS.

¹² Artículo 2.º.

¹³ Conforme a lo previsto en el artículo 48.4 ET, los permisos por maternidad, adopción o acogimiento, pueden disfrutarse en jornada completa o compatibilizando los mismos con la realización de la actividad que venían desempeñando, en régimen de jornada parcial, en los términos y con los requisitos que se estableciesen reglamentariamente. La regulación reglamentaria se contiene en la Adicional Primera del RDM.

En el proyecto de Real Decreto, la regulación reglamentaria de la suspensión parcial del contrato de trabajo, a causa de la maternidad, la adopción o el acogimiento, se recogía en el Capítulo I del mismo. No obstante, el Consejo de Estado, en su preceptivo dictamen (n.º 2059/2001) al proyecto, sugirió que este desarrollo *laboral* del artículo 48.4 ET se regulase en un texto reglamentario específico o, alternativamente, se incluyese en una Disposición Adicional. El RDM se acomoda a la sugerencia del Alto Órgano Consultivo.

¹⁴ En el Régimen Especial Agrario –y frente a lo que sucede con la incapacidad temporal– no es preciso que la trabajadora se encuentre prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en que se entienda causada la maternidad, de acuerdo con la Resolución de la entonces Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 13 de junio de 1995.

¹⁵ Artículo 2.2 RDM, en relación con la Adicional 5.ª LCVF.

¹⁶ No obstante, el RDM no ha resuelto una problemática existente, respecto de los acogimientos familiares, y del que dio cuenta la prensa recientemente (*Vid.*, EL PAÍS, del día 26 de octubre de 2001), consistente en los denominados acogimientos provisionales.

De conformidad con el ordenamiento actual (art. 173 Código Civil) los acogimientos familiares pueden establecerse mediante resolución judicial o decisión administrativa, si bien en este caso, cuando no exista oposición de los padres biológicos o de quien tenga la tutela del menor. Si ello se produce, el acogimiento ha de ser constituido por el juez, sin perjuicio de que la Institución administrativa competente, en beneficio del menor, pueda establecer unas medidas provisionales de acogimiento con una familia, poniendo tal hecho en conocimiento del juez a fin de que por éste se decida lo pertinente.

En principio, el adoptado ha de tener una edad inferior a 6 años, salvo en las circunstancias siguientes:

- Que el menor adoptado o acogido sea incapacitado o minusválido (físico, psíquico o sensorial), siempre que acredite una minusvalía en un grado igual o superior al 33%, acreditación que se efectuará de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre procedimiento para el reconocimiento, la declaración y la calificación de la minusvalía. La condición de minusválido, así como el correspondiente grado de minusvalía, habrán de ser certificados por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO) o el correspondiente Órgano de la respectiva Comunidad Autónoma.
- Que el menor adoptado o acogido provenga del extranjero, y que por tal circunstancia, se produzcan dificultades en la adopción o el acogimiento, lo cual deberá ser certificado por el Organismo correspondiente de los Servicios sociales competentes.
- Por último, que el menor adoptado o acogido, no minusválido, ni proveniente del extranjero, presente dificultades de inserción familiar, debido a sus circunstancias y experiencias personales, las cuales habrán de estar certificadas, de igual modo, por la Entidad Pública, competente en cada Comunidad Autónoma, en materia de protección del menor.

Conforme a la Adicional Primera RDM ¹⁷ la suspensión de la relación laboral puede producirse a *tiempo completo* o a *jornada parcial*, en los siguientes términos:

- Se requiere, como requisito previo y necesario, la existencia de un acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado, que podrá celebrarse al inicio del descanso correspondiente o en otro momento posterior. El acuerdo de *parcialidad* podrá extenderse a todo el período

En estos casos, y desde una perspectiva formal y literalista, no podría suspenderse el contrato de trabajo (ni, en consecuencia, acceder a la prestación de la Seguridad Social) ya que, en puridad jurídica no se ha producido un acogimiento familiar. Pero, al mismo tiempo, el menor es entregado a una familia, por lo que surge la necesidad de cuidado del mismo, así como la potenciación de las relaciones familiares con ese menor, materias que constituyen una de las finalidades de las reformas operadas por la LCVF.

Por ello, si se adopta el criterio formalista, la suspensión de la relación laboral (y de la prestación de la Seguridad Social) únicamente podría operar en el momento en que el juez decidiese el acogimiento, lo cual puede tardar más de 1 año, desde la fecha de entrega del menor a la nueva familia, con lo que, en el momento de hacer efectivo el derecho, en la mayoría de los casos el mismo habría perdido sentido.

De ahí que se abogue por una solución sistemática y ordenadora de las normas legales, en coherencia con los objetivos perseguidos por la LCVF, de manera que, en los supuestos planteados, la suspensión de la relación laboral y el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social, operen a partir de la resolución de la Institución competente, mediante la que se entregue al menor a la familia de acogida.

¹⁷ En base a las previsiones del artículo 48.4 ET, en la redacción dada por la LCVF, si bien la posibilidad de suspender parcialmente el contrato de trabajo por maternidad quedaba condicionada a los términos y requisitos que estableciese la normativa reglamentaria, que está constituida por el RDM.

Esta parcialidad no se extiende, sin embargo, al ámbito de la función pública, ya que si bien el artículo 20 LCVF modificó el artículo 30 de la Ley 30/1984, reproduciendo el contenido de la modificación que la misma Ley da al artículo 48.4 ET, sin embargo omite el párrafo en que se reconoce el derecho a la suspensión parcial del contrato de trabajo. Esta ausencia no deja de sorprender, como ha puesto de manifiesto la doctrina, teniendo en cuenta que el funcionalial constituye un sector de empleo altamente feminizado.

de descanso o a parte del mismo, salvo en el supuesto de maternidad biológica, en el que no podrá ser objeto de suspensión parcial del contrato el período de las 6 semanas postparto.

El tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tiene la consideración de tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante.

- El hecho de simultanear la suspensión parcial del contrato de trabajo y el desarrollo parcial de actividades, no convierte *per se* el contrato celebrado en un contrato a tiempo parcial. A tal fin, y en orden a evitar cualquier duda que pudiera plantearse, el RDM¹⁸ precisa que no resultan de aplicación a este supuesto las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial en el artículo 12 ET y sus normas de desarrollo¹⁹.
- El derecho a la suspensión parcial del contrato de trabajo puede ser ejercitado tanto por la madre como por el padre y en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo del período de descanso, si bien, en los supuestos de maternidad biológica (y como se analizará más adelante) el ejercicio del derecho por el padre es un derecho condicionado, ya que ha de estar precedido por una opción de la madre.
- La suspensión parcial del contrato de trabajo ha de ser ininterrumpido, y una vez acordado el régimen de *parcialidad*, sólo podrá modificarse mediante nuevo acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado, por iniciativa de éste y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor, teniendo en cuenta, además, que durante el período de suspensión los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, es decir, las previstas en la legislación laboral.
- A su vez, la suspensión parcial del contrato de trabajo es incompatible con el ejercicio simultáneo de otros derechos, como son:
 - Los permisos previstos en el artículo 37, apartados 4 y 4.bis ET²⁰.

¹⁸ Disposición Adicional Primera. 4.

¹⁹ Para el análisis de la reforma del contrato a tiempo parcial, llevada a cabo, primero, a través del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo y, posteriormente, por la Ley 12/2001, de 9 de julio, *vid.* BENEYTO CALABUIG, D.: «La reforma laboral de 2001». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. N.º 217. Mayo/2001. Ed. Estudios Financieros; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001». *Relaciones Laborales*. N.º 10. Mayo/2001; MOLINA NAVARRETE, C. y GARCÍA JIMÉNEZ, M.: «Contratación laboral y política de empleo: primera fase de la nueva reforma del mercado de trabajo». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. N.º 217. Mayo. 2001. Ed. Estudios Financieros.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «El principio de estabilidad en el empleo. Avances y retrocesos tras la promulgación del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. N.º 220. Julio/2001. Ed. Estudios Financieros; RODRÍGUEZ-PÍÑERO, M., VALDÉS DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M.E.: «La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad». *Relaciones Laborales*. N.º 17. Septiembre. 2001.

²⁰ Permisos de lactancia y por cuidado de prematuro o neonato hospitalizado. El apartado 4.bis, artículo 37, ha sido incorporado al ET a través de la Adicional 8.ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio, con la finalidad de dar solución a la problemática de esta cuestión. Conforme a este apartado, en los casos de nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier

- La reducción de jornada por guarda legal (art. 37.5 ET).
- Por último, con el derecho a la excedencia por cuidado de familiares (art. 46.3 ET).
- Por último, debe tenerse en cuenta que la regulación de la suspensión parcial del contrato de trabajo, a causa de la maternidad, no sólo opera en los términos contenidos en el RDM, dado que también existe la posibilidad de que la regulación normativa pueda ser complementada por la voluntad de las partes, plasmada a través de los correspondientes convenios colectivos ²¹.

2. Duración de la prestación.

Teniendo en cuenta la finalidad de la prestación (establecer una renta sustitutiva de los salarios que se pierden como consecuencia de la no realización de la actividad) la duración de la misma, en el caso de maternidad, es la misma que corresponde a los períodos de suspensión de la relación laboral ²², de acuerdo con las previsiones contenidas en el RDM ²³.

Por ello, se tiene derecho a la prestación económica por maternidad a partir del día en que dé comienzo el período de descanso por maternidad, abonándose la misma a cada beneficiario, durante la parte de los períodos de descanso que vayan a disfrutar o hayan sido disfrutados, del siguiente modo:

- En los casos de maternidad biológica, adopción o acogimiento familiar (en las modalidades de acogimiento permanente y preadoptivo) la prestación económica tiene una duración de 16 semanas, adicionándose 2 más por cada hijo nacido o menor adoptado o acogido, a contar desde el segundo ²⁴.

El percibo de la prestación se inicia a partir del parto o desde la fecha de resolución judicial o administrativa por la que se constituya la adopción o el acogimiento. No obstante, en caso de maternidad biológica, la trabajadora puede optar porque la prestación se inicie con 10 semanas anteriores al parto ²⁵.

causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre del menor tienen derecho a ausentarse del trabajo durante una hora; de igual modo, tienen derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario.

Un análisis de la regulación de los permisos retribuidos por causa de maternidad, en RIVAS VALLEJO, P.: «Los permisos retribuidos por causa de maternidad». *Revista de Trabajo y de Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. N.º 173-174. Ed. Estudios Financieros. Madrid. 1997.

²¹ Disposición Adicional Primera.1 RDM.

²² O del permiso de maternidad, en el ámbito de la función pública.

²³ Artículo 7.º.

²⁴ Es decir que, por ejemplo, en los casos de parto de mellizos el período de suspensión sería de 18 semanas, y de 20, en caso de parto triple.

²⁵ No obstante, hay que tener en cuenta que, en todo caso, la trabajadora ha de disfrutar de 6 semanas posparto, por lo que, de prolongarse el período preparto más allá de las 10 semanas (por error de diagnóstico), el resultado final podría ser un período de descanso superior a las 16 semanas.

- En los casos en que la suspensión de la relación laboral se haya establecido en régimen de *parcialidad* esta duración tiene una regla específica ²⁶, ya que en los casos en que la suspensión del contrato de trabajo se lleve a cabo en régimen de jornada parcial, el período durante el que se disfrute el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice ²⁷.
- En los supuestos de adopción constituida en el extranjero ²⁸ y cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el período de suspensión puede iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción. Aunque la nueva regulación permite solucionar parte de la problemática señalada, no obstante introduce un factor de incertidumbre, en cuanto resulta complejo que, antes de la salida de España, se pueda conocer exactamente la fecha en que se va a constituir la adopción, en orden a poder iniciar el cómputo de la suspensión del contrato de trabajo.
- En los casos de interrupción del embarazo, si se trata de un parto prematuro (cuando el mismo se produce entre el sexto y el octavo mes de embarazo) no existe ningún problema y se disfrutarán los períodos correspondientes, con la particularidad de que si la trabajadora estaba disfrutando los permisos prenatales, los mismos cesan para abrirse el período de descanso obligatorio. Por el contrario, en los supuestos de aborto, no existe maternidad en sentido propio, por lo que la situación se desenvuelve por la vía de la incapacidad temporal.

Además, en los casos de parto prematuro, así como en los casos de hospitalización del neonato, la suspensión del contrato de trabajo ²⁹ (y, con ello, la percepción del subsidio por maternidad) puede interrumpirse, a petición del padre o de la madre, según cuál sea el beneficiario, una vez completado el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto, y se reanudará a partir de la fecha del alta hospitalaria del menor, por el período que reste por disfrutar ³⁰, de la forma siguiente:

- 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 período de las diez semanas posteriores al descanso obligatorio o de las que correspondan por parto múltiple.

²⁶ Disposición Adicional 1.ª 2 RDM.

²⁷ Es decir, que si la trabajadora realiza la actividad al 60%, suspendiendo la actividad en un 40%, el período de 10 semanas de descanso (hay que tener en cuenta que las 6 semanas posparto no pueden disfrutarse en régimen de parcialidad) se transforma en un período de 25 semanas, con lo cual el período total de descanso sería de 31 semanas (6+25).

²⁸ Entendiendo esta expresión en los términos contenidos en la Disposición Adicional Quinta LCVF, de manera que se comprenda en la misma no sólo la adopción, sino otras figuras jurídicamente comparables.

²⁹ O el disfrute del permiso funcional.

³⁰ La regulación contenida en el artículo 7.4 RDM pretende desarrollar las previsiones contenidas al efecto en el artículo 48.4 ET, en la redacción incorporada por la Ley 12/2001, de 9 de julio. Un análisis de la problemática existente con la legislación anterior, en los casos de partos prematuros o neonatos hospitalizados, en VICENTE PACHES, F. e IBÁÑEZ GOZALBO, M.: «El permiso por maternidad en caso de nacimiento de un hijo prematuro. Un supuesto lamentablemente olvidado». *Tribuna Social*. N.º 123. Marzo. 2001.

- Si el descanso por maternidad se ha iniciado antes del parto, la interrupción afecta al período que, en su caso, reste por disfrutar tras el período de seis semanas de descanso obligatorio ³¹.
- Cuando, dentro del período de descanso, se produce el fallecimiento del recién nacido (o del menor adoptado o acogido) la trabajadora tiene derecho a la prestación económica durante los días que falten para completar el período de descanso obligatorio posteriores al parto, si éstos no se hubieran agotado. En su caso, queda sin efecto la opción ejercida por la madre en favor del padre.

Las mismas previsiones resultan de aplicación aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante al menos 180 días.

- Si se produce el fallecimiento de la madre, el padre podrá percibir la totalidad o, en su caso, la parte que reste del período de subsidio. A su vez, si la madre hubiera optado por que el padre disfrutase de una parte del período de descanso por maternidad y, una vez iniciado el mismo, falleciese el padre, la madre tiene derecho a continuar en la percepción del subsidio (y, lógicamente, de la suspensión del contrato de trabajo) por la parte del período de descanso que restase hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad.
- Por último, el RDM ³² precisa que las situaciones de huelga y cierre patronal no impedirán el reconocimiento y percepción del subsidio por maternidad ³³.
- En cuanto a la *extinción del derecho*, la misma se produce ³⁴ por la concurrencia de algunas de las causas siguientes: por el transcurso de los plazos máximos de duración de los períodos de descanso, en las diferentes situaciones protegidas; en los supuestos en que el período de descanso sea disfrutado exclusivamente por la madre o por el padre, por la reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración del mencionado período de descanso. No obstante, la reincorporación de la madre al trabajo solamente cabe una vez que hayan transcurrido las 6 semanas posteriores al nacimiento; en el caso de disfrute sucesivo o simultáneo por la madre y el padre, por la reincorporación voluntaria al trabajo de uno de ellos o de ambos,

³¹ En ambos supuestos, si durante la percepción del subsidio por maternidad se extingue el contrato de trabajo o se produce el cese en la actividad, no podrá interrumpirse la percepción del subsidio.

³² Artículo 7.3.

³³ Esta precisión contrasta con la prohibición (artículo 131.3 LGSS) de que durante la huelga y el cierre patronal no se causarán prestaciones económicas de IT. La regulación reglamentaria es coherente con el hecho de que en la LGSS ha desaparecido cualquier mención a la suspensión del derecho al subsidio por maternidad en los casos de huelga o cierre patronal; dado que tampoco existe una remisión, en tales supuestos, a la regulación de la IT, hay que concluir que tales situaciones no afectan al reconocimiento y percepción del subsidio por maternidad. Este criterio es seguido por la Administración. Resolución de la entonces Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras, de 21 de abril de 1995.

³⁴ De acuerdo con el artículo 7.5 RDM.

con anterioridad al cumplimiento de los plazos máximos de duración de los períodos de descanso correspondientes ³⁵; por fallecimiento del beneficiario, aunque el otro progenitor sobreviviente (padre o madre, según los casos) puede continuar en el disfrute del período de descanso; o, por último, por fallecimiento del hijo o acogido, si bien la madre continúa en el percibo de la prestación por el tiempo que le reste para completar las 6 semanas de descanso obligatorio ³⁶.

3. Beneficiarios.

La LCVF ³⁷ introdujo, frente a la regulación anterior, una mayor flexibilidad en lo que se refiere a los beneficiarios de la prestación económica por maternidad, todo ello con la finalidad de propiciar una mayor igualdad de trato entre hombres y mujeres y facilitar que la mujer pueda, de una forma más clara, compaginar sus obligaciones familiares con las laborales ³⁸, todo ello en el marco de las iniciativas internacionales y comunitarias, entre las que cabe destacar las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, sobre protección de la maternidad, y 96/34/CEE, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre permiso parental, celebrado entre las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel comunitario y, en fechas anteriores, la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, o la Recomendación del Consejo 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer.

Ahora bien, la flexibilidad respecto de los beneficiarios de la maternidad es muy distinta según cuál sea la situación protegida, siendo más amplia en los supuestos de adopción o acogimiento y más restrictiva en los casos de maternidad biológica.

³⁵ La prestación se extingue para el beneficiario (madre o padre) que se haya reincorporado a la actividad, sin perjuicio de que la parte que falte para completar la duración, inicialmente prevista, incremente la del subsidio a que tenga derecho el otro beneficiario.

³⁶ Esta regulación deroga el criterio que venía aplicando con anterioridad la Entidad Gestora, en base a la Resolución de la DGOJECSS de 21 de abril de 1995, que entendía que el fallecimiento del hijo no era causa de extinción de la prestación por maternidad, ya que la Ley no la contemplaba.

³⁷ A través de la nueva redacción del artículo 48.4 del ET y del 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública.

³⁸ En el ámbito de las acciones *afirmativas o positivas*. La aplicación de las mismas se encaminan en el objetivo de la aplicación del principio de igualdad real entre hombres y mujeres. En el ordenamiento comunitario, las acciones positivas encuentran su fundamento en el artículo 119 TCEE, que prevé la no discriminación por razón de género, así como las Directivas señaladas. Sobre este tema, *vid.* RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «De Maastricht a Amsterdam: Derechos sociales y empleo». *Relaciones Laborales*. N.º 4. 1998 o MORENO DE TOTO, C.: «La igualdad de oportunidades y las medidas de acción positiva en el Tratado de la Unión y en la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia». *Tribuna Social*. N.º 103. Julio. 1999.

Maternidad biológica.

En los supuestos de maternidad biológica, la madre puede distribuir el período de suspensión, si bien con la condición ³⁹ de que 6 semanas sean posteriores al parto, teniendo en cuenta que, en caso de fallecimiento de la madre, el padre puede disfrutar de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión.

Por ello, la madre –siempre con la limitación de que las 6 semanas posteriores al parto se disfruten por ella misma–, al iniciarse el período de descanso puede optar por que el padre ⁴⁰ disfrute de una parte ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma sucesiva o simultánea con el de la madre, salvo que en el momento de hacer efectivo este derecho la incorporación al trabajo por parte de aquélla suponga un riesgo para su salud. Ahora bien, el disfrute de la suspensión del contrato de trabajo (y de la prestación económica de la Seguridad Social) por parte de la madre y el padre está sujeto a una serie de requisitos, como son:

- Que ambos padres trabajen. Por ello, si la madre no realiza una actividad lucrativa (o, realizándola, no tiene derecho por la misma a la protección por maternidad en la Seguridad Social ⁴¹) el padre no puede acceder a la prestación por maternidad.
- Para que el padre pueda suspender el contrato de trabajo (o acogerse al permiso funcional) es necesaria una previa decisión por parte de la madre, adoptada al iniciarse el descanso, de manera que, aunque el padre trabaje y desee suspender el contrato de trabajo, el mismo no se lleva a cabo si no existe esa previa decisión por parte de la madre.
- Si en la legislación anterior a la LCVF, el período de disfrute del padre se limitaba a las últimas 4 semanas, en la nueva regulación el período de suspensión posterior al parto –salvo las 6 primeras semanas– puede ser disfrutado por el padre, de forma sucesiva o simultánea, con la madre.

³⁹ Prevista en el Convenio 103 OIT.

⁴⁰ Se trata en consecuencia de un derecho derivado, ya que el padre, *per se*, no tiene derecho a un período de descanso autónomo. En este sentido, con fecha 23 de noviembre, se publica en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados una Proposición de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, sobre ampliación de derechos que posibiliten la conciliación real de la vida profesional y laboral de los trabajadores y de las trabajadoras, entre cuyas medidas se prevé la implantación de una nueva contingencia, la de *paternidad*, estableciéndose el derecho del padre del recién nacido a una suspensión del contrato de trabajo o un permiso funcional de 4 semanas, independiente y compatible con el período de descanso de la madre.

⁴¹ En tales casos, la Administración de la Seguridad Social entiende (Criterio Jurídico 2000/60) que no es posible esa opción, ya que la madre no es titular del derecho que da lugar a la situación protegida a través de la Seguridad Social (atribuido a los trabajadores incluidos en el sistema de la Seguridad Social, incluyendo a los funcionarios públicos). Si no nace el derecho a favor de la madre, tampoco puede nacer a favor del padre, cuyo derecho no es autónomo, sino derivado. La tesis de la Administración coincide con los pronunciamientos de los Tribunales (*vid.* STSJ Castilla-La Mancha de 9 de noviembre de 1998 o STSJ Canarias de 3 de septiembre de 1998).

Dentro del período citado, existe un amplio margen de libertad para el disfrute entre ambos padres, aunque, al mismo tiempo, concurren varias limitaciones, como son: a) que los períodos se disfruten de forma ininterrumpida, y b) que la suma del período disfrutado por el padre y la madre no supere la duración de las 16 semanas ⁴².

Dada la literalidad de la LCVF surge la duda sobre si existe o no una obligatoriedad en la suspensión del contrato de trabajo. Parece incuestionable que, respecto a las 6 semanas posparto, esa obligatoriedad existe; sin embargo, no puede predicarse la misma obligatoriedad para el resto del período, teniendo en cuenta que el propio artículo 48.4 ET se refiere a que el padre «podrá» –no deberá– hacer uso de la totalidad o de la parte del período de descanso, todo lo cual constituye un indicio en favor de la renunciabilidad del derecho al descanso ⁴³. De igual modo, en algunas disposiciones laborales se establece la posibilidad de que la trabajadora (trabajador) haya podido renunciar al período de descanso ⁴⁴.

En todo caso, la opción ejercitada por la madre al iniciarse el período de descanso por maternidad en favor del padre, a fin de que éste disfrute de parte del descanso y, por consiguiente, perciba una parte del subsidio, podrá ser revocada ⁴⁵ por la madre si sobrevinieren hechos que hagan inviable la aplicación de la misma, tales como ausencia, enfermedad o accidente del padre, abandono de familia, separación u otras causas análogas.

Adopción o acogimiento.

En los casos de adopción o acogimiento familiar –permanente o preadoptivo– se aplica lo mismo, si bien con las particularidades de que cualquiera de los padres adoptantes o que acojan al menor puede ejercer el derecho a suspender el contrato de trabajo y que, frente a la regulación anterior, en que la suspensión del contrato de trabajo por parte de uno de los padres excluía el del otro, en la nueva regulación ambos padres pueden suspender el contrato de trabajo, distribuyendo el período de descanso, de forma sucesiva o simultánea, si bien con las limitaciones señaladas para la maternidad biológica.

⁴² O del período que resulte, en caso de parto múltiple.

⁴³ Hay autores que, no obstante, entienden que todo el período es indisponible y que de la lectura del artículo 48.4 no se deduce la diferencia entre las 6 primeras semanas y el resto del período.

⁴⁴ Así, por ejemplo, el Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, sobre bonificaciones de cotizaciones sociales en caso de maternidad, a favor de los contratos que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores que tengan suspendido su contrato durante los períodos de descanso por maternidad, establece que tales bonificaciones se extinguirán en el caso de que el trabajador no agote el período de descanso a que tuviese derecho.

⁴⁵ Artículo 8.º RDM.

Subsidio múltiple por maternidad.

El RDM ⁴⁶ establece una ampliación del contenido protector, en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples. En la legislación anterior ⁴⁷, el subsidio por parto múltiple únicamente venía a dar una mayor protección en el caso de nacimiento simultáneo de varios hijos, y tenía como finalidad compensar los gastos que suponen las nuevas cargas familiares. Teniendo en cuenta que la LCVF extiende a la adopción y al acogimiento múltiples los beneficios establecidos, respecto a la duración máxima del percibo de la prestación económica, para el parto múltiple, la coherencia ha llevado al RDM a que el subsidio en la última situación señalada se extienda también a los casos de adopción y acogimiento múltiples ⁴⁸.

A efectos de este subsidio por parto, adopción o acogimientos múltiples, tienen la condición de beneficiarios quienes lo sean de la prestación económica de maternidad, si bien únicamente podrá percibirse aquél por uno de los progenitores. En caso de parto, el beneficiario del subsidio múltiple es determinado por la madre, mientras que en caso de adopción o acogimiento, el beneficiario del subsidio es determinado por libre elección de los interesados.

Requisitos exigidos para el acceso a las prestaciones.

Ahora bien, la condición de beneficiario (además de la concurrencia de la situación protegida) precisa de la acreditación de una serie de *requisitos*, que consisten en la concurrencia de los generales previstos por el artículo 124 LGSS (afiliación y alta o situación de asimilación al alta, requisito que debe acreditarse en el momento del disfrute de los períodos de suspensión) y la acreditación de un período mínimo de cotización (180 días en los últimos 5 años anteriores al parto o las fechas de la decisión administrativa o judicial del acogimiento o de la resolución judicial constitutiva de la adopción), de la forma siguiente:

⁴⁶ Artículo 3 RDM.

⁴⁷ Artículo 2.2 del Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y las condiciones para el derecho a las mismas, aprobado por Decreto 3158/1966. El artículo 2.2 del Reglamento indicado es objeto de derogación expresa a través de la Disposición Derogatoria Única RDM.

⁴⁸ Así como el RDM prevé que el subsidio por parto múltiple se aplique no sólo en los casos de nacimiento biológico, sino también en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple, por el contrario, en el ámbito de las prestaciones familiares por hijo a cargo, la denominada *asignación económica por parto múltiple* (establecida en el RD-L 1/2000) únicamente se prevé para los supuestos de nacimiento múltiple, sin que el RD 1368/2000 pudiera extender ese beneficio a los casos de adopción múltiple, dada la literalidad del Real Decreto-Ley mencionado.

No obstante, en sede judicial (S. del Juzgado Social n.º 1 de Vigo, de 24 de marzo de 2001) se ha estimado la pretensión de aplicar al acogimiento múltiple de menores las prestaciones previstas (en el citado Real Decreto-Ley 1/2000) para los partos múltiples, atendiendo a que el objeto de la protección, la compensación de las mayores cargas que se producen, resulta aplicable no sólo en los supuestos de nacimientos múltiples, sino también en los casos en que se adoptan o se acogen a varios menores, de forma simultánea. Un análisis de la sentencia indicada en MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: «Acogimiento preadoptivo de menores y derecho a prestaciones por parto múltiple». *Aranzadi Social*. N.º 7. Julio. 2001.

- Respecto de la situación de alta, hay que tener en cuenta que, como regla general, las prestaciones contributivas de la Seguridad Social quedan condicionadas al requisito de que el beneficiario se encuentre, en el momento en que se produzca el hecho causante de la prestación, afiliado y en alta o en una situación a la que el ordenamiento jurídico otorgue las mismas consecuencias, al haber sido configuradas como *situaciones asimiladas a la de alta* ⁴⁹.

Este requisito se sigue manteniendo en el RDM ⁵⁰, ya que el mismo precisa que serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores que, entre otros requisitos, reúnan la condición general de estar afiliados y en alta en algún Régimen del sistema de la Seguridad Social, señalándose las situaciones que tienen la condición de asimilación al alta ⁵¹, a efectos de la prestación por maternidad, como son:

- La situación legal de desempleo total por la que se perciba prestación de nivel contributivo ⁵².
- El mes siguiente al cese en el cargo público o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo ⁵³.
- El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.
- Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, los cuales tendrán la consideración de días cotizados y en situación de alta, aunque no se correspondan con los de prestación de servicios ⁵⁴.
- En el Régimen Especial Agrario, la situación de desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, en los términos regulados en el artículo 71 del Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social ⁵⁵.
- Cualesquiera otras situaciones que se prevean reglamentariamente ⁵⁶.

⁴⁹ Conforme al artículo 124.1 LGSS. No obstante no faltan supuestos en los que es posible acceder a prestaciones sin que el beneficiario de las mismas se encuentre en alta o en una situación de asimilación al alta, como sucede con las pensiones de jubilación e incapacidad permanente (estas últimas en los grados de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez), así como las pensiones de viudedad y de orfandad. Un análisis de las situaciones asimiladas al alta, a efectos de las prestaciones por maternidad, en BARRIOS BAUDOR, G.: «Las situaciones asimiladas al alta en el sistema de la Seguridad Social». Aranzadi Editorial. Pamplona. 1997.

⁵⁰ Artículo 4.º.

⁵¹ Artículo 5.º.

⁵² Vid. Sentencia del TS ud. de 26 de julio de 1999.

⁵³ De acuerdo con los artículos 46.1 y 48.3 ET.

⁵⁴ Vid. el RD 2621/1986, de 24 de diciembre, sobre integración en el Régimen General de la Seguridad Social de determinados Regímenes Especiales, así como las Órdenes del entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 20 de julio y de 30 de noviembre, ambas de 1987.

⁵⁵ Aprobado por Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre.

⁵⁶ De conformidad con lo establecido en el artículo 125 LGSS.

- El segundo de los requisitos hace referencia a la acreditación de un período previo de cotización ⁵⁷, cuya duración es semejante a la fijada para la IT, es decir, 180 días, dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al parto o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial, mediante la que se constituya la adopción. Pero, además, en el caso de los trabajadores por cuenta propia en los distintos Regímenes Especiales ⁵⁸, así como para los incluidos en el Régimen Especial del Hogar ⁵⁹, es preciso que el beneficiario se encuentre al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social ⁶⁰.

No obstante, en el caso de trabajadores autónomos se prevé la posibilidad de que, aún no estando al corriente en el pago de las cuotas, los interesados sean *invitados al pago* de las cuotas debidas, de conformidad con lo establecido en la normativa específica ⁶¹. Esta misma situación se produce *ex novo* para los supuestos de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Hogar ⁶².

En el supuesto de *trabajadores contratados a tiempo parcial*, a efectos de la determinación de los períodos de cotización han de computarse ⁶³ exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, si bien calculando su equivalencia en días teóricos de cotización, para lo que el número de horas efectivamente trabajadas se divide por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientas veintiséis horas anuales.

⁵⁷ Artículo 133 LGSS y 4.º RDM.

⁵⁸ En lo que se refiere a los trabajadores por cuenta ajena, incluidos en el Régimen Agrario, es también exigible estar al corriente en el pago de las cotizaciones sociales, de acuerdo con la Adicional Undécima Bis LGSS.

⁵⁹ Disposición Adicional Undécima Bis LGSS y artículo 4 RDM.

⁶⁰ Para el resto de los trabajadores rige el principio de automaticidad de las prestaciones, en los casos en que haya mediado el alta.

⁶¹ Artículo 28.2 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, y artículo 57 de la OM de 24 de septiembre de 1970. Conforme al instituto de la *invitación al pago*, cuando se cause una prestación en el Régimen de Autónomos y el interesado no se encuentre al corriente en el pago de las cotizaciones, pero sí tenga cubierto el período mínimo de cotización exigible para la prestación de que se trate, la Entidad Gestora habrá de comunicar tal circunstancia al interesado, invitándole a que abone las cotizaciones debidas, en el plazo de los 30 días siguientes a la notificación.

Si el interesado, atendiendo la invitación, abona en plazo las cuotas debidas, le es reconocida la prestación en su integridad. Si el abono de las cuotas se produce una vez transcurrido el indicado plazo, la prestación se reconoce, menos un 20 por 100, si se trata de prestaciones de pago único o subsidios temporales (como son, entre otros, los correspondientes a IT, maternidad o riesgo durante el embarazo); si se trata de pensiones, se conceden las mismas con efectos del día primero del mes siguiente a aquel en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas adeudadas.

Sobre la regulación contenida en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, ha incidido el Reglamento General de Recaudación de Recursos del sistema de la Seguridad Social (aprobado por RD 1637/1995, de 6 de octubre) en el que se prevé la aplicación de oficio de la prescripción de cuotas. Por ello, la posibilidad de ponerse al corriente en el pago de las cotizaciones debidas encuentra su límite temporal en el plazo de 4 años de prescripción en el abono de las cuotas de Seguridad Social.

⁶² Con ello, se produce la diferenciación respecto de los trabajadores incluidos en el Régimen Agrario, respecto de los que no se establece el mecanismo de *invitación al pago*. Tal vez el rango reglamentario del RDM impide esa ampliación, por ser contraria a las previsiones de la legislación de dicho Régimen, texto refundido aprobado por Decreto 2123/1971, de 23 de julio, como señaló en su momento la Resolución de la entonces Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 7 de marzo de 1994.

⁶³ Artículo 3.º RD 144/1999, por el que se desarrolla, en materia de Seguridad Social, el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, sobre contrato a tiempo parcial.

Además, se amplía el período de referencia de 5 años, dentro del que deberán estar comprendidos 180 días exigidos, en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente ⁶⁴.

4. Contenido de la prestación.

El importe de la prestación consiste en el 100% de la base reguladora de la prestación por IT ⁶⁵, es decir, de la base de cotización correspondiente a la mensualidad anterior a la baja, sin que le afecten las posibles modificaciones del salario que se produzcan, durante el percibo de la prestación, salvo aquellas que tengan su origen en un convenio colectivo y con efectos retroactivos a una fecha anterior a la de producirse el hecho causante de la maternidad, así como en los casos en que se produzca una variación de la base mínima de cotización, variación que tiene su reflejo en la de la prestación.

La cuantía de las prestaciones económicas por maternidad se efectúa de la forma siguiente ⁶⁶:

Reglas generales.

La prestación económica por maternidad consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. Además, en caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, se tiene derecho a un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el período de 6 semanas, inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

A efectos del cálculo del subsidio por maternidad, la base reguladora es equivalente a la que esté establecida para la prestación de IT, derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del período de descanso ⁶⁷. Cuando la prestación se reciba en régimen de *parcialidad*, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral.

⁶⁴ Ello significa que, por ejemplo, para un trabajador contratado a tiempo parcial, cuyo contrato sea igual a 1/2 de la jornada habitual, el período de 180 días debe estar comprendido en los 7,5 años anteriores al momento del hecho causante de la prestación. (El período de 5 años se incrementa en un 50%).

⁶⁵ La LGSS de 1974 preveía una prestación del 75% de la base reguladora, pagadera durante un máximo de 12 semanas, que pasaron a ser de 14 semanas con la Ley 16/1976, del Contrato de Trabajo. La misma duración máxima se contiene en 1980, con la aprobación del ET; en 1989, la Ley 3/1989, de 3 de marzo, amplió el período a 16 semanas, sin modificar la cuantía de la prestación. Va a ser la Ley 42/1994 en la que se establezca la cuantía de la prestación por maternidad en el 100% de la respectiva base reguladora.

⁶⁶ Artículos 3 y 6 RDM.

⁶⁷ Excepto en los supuestos de trabajadores contratados a tiempo parcial, en cuyo caso les será de aplicación las previsiones específicas contenidas en el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, de conformidad con las previsiones del artículo 6.2 RDM.

Cuando el período de descanso por maternidad, adopción o acogimiento familiar, permanente o preadoptivo, sea disfrutado, simultánea o sucesivamente, por la madre y por el padre, la prestación se determinará para cada uno en función de su respectiva base reguladora.

Reglas especiales.

En los casos de parto prematuro y en aquellos de neonatos hospitalizados, si la percepción del subsidio por maternidad hubiera sido interrumpida, cuando éste se reanude, una vez que el menor haya sido dado de alta hospitalaria, dicho subsidio se percibe en la misma cuantía en que se viniera abonando antes de la interrupción, sin que le afecte la modificación que haya podido tener la base de cotización del interesado, durante los períodos de la interrupción ⁶⁸.

De otra parte, la trabajadora (trabajador) tiene derecho, durante los períodos de descanso, a las prestaciones de asistencia sanitaria, que se extienden durante todo el período del embarazo, el parto y el puerperio, tanto la asistencia facultativa como la hospitalaria, en los términos y condiciones previstos en las disposiciones sobre ordenación de las prestaciones sanitarias.

Mantenimiento de la obligación de cotizar.

Junto a la prestación económica, los beneficiarios de la misma tienen derecho a que se mantenga la cotización a la Seguridad Social ⁶⁹. En estos casos, la base de cotización es igual a la base por la que venía cotizando el beneficiario de la prestación.

Cuando se compatibilice la percepción del subsidio por maternidad con el disfrute de los períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base de cotización vendrá determinada, de una parte, por la base reguladora del subsidio, reducida en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral, así como las remuneraciones sujetas a cotización, en proporción a la jornada efectivamente realizada.

El empresario únicamente viene obligado a cotizar y a ingresar las aportaciones a su cargo, mientras que la parte correspondiente al beneficiario de la prestación le es descontada directamente por la Entidad Gestora, del importe de la prestación a percibir, para su ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social. De igual modo, cuando la trabajadora se encuentre percibiendo prestaciones

⁶⁸ Salvo en el supuesto de que se modifique la base mínima, en cuyo caso la variación tiene efecto en la cuantía de la prestación.

⁶⁹ De acuerdo con lo establecido en el artículo 106.4 LGSS, así como en el artículo 13.2 del Reglamento General de cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 2064/1995 –RGCL–. A efectos de la cotización en el ejercicio 2001, durante la situación de maternidad, téngase en cuenta el artículo 6 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 29 de enero de 2001, sobre cotización a la Seguridad Social en el 2001.

de desempleo y pase a la situación de maternidad, la Entidad que abona la prestación –el INEM, por delegación del INSS– procede a la deducción de la cuantía de la prestación del importe de las cotizaciones a la Seguridad Social, a cargo de la interesada ⁷⁰.

En el caso de los trabajadores por cuenta propia, durante la situación de maternidad se mantiene la obligación de cotizar, siendo el propio interesado el obligado al pago de las cuotas. En tales casos, si durante dicha situación el interesado ha de cerrar el negocio del que es titular, el mismo puede solicitar un aplazamiento en el pago de las cotizaciones sociales, de conformidad con las previsiones contenidas en las normas reglamentarias reguladoras de la recaudación de cuotas de la Seguridad Social ⁷¹.

Particularidades de los trabajadores a tiempo parcial.

La base reguladora diaria de la prestación es el resultado de dividir entre 365 la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período. De ser menor la antigüedad en la empresa, la base reguladora de la prestación es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan ⁷².

El subsidio por maternidad se abonará durante todos los días en los que el trabajador permanezca en dicha situación, con la duración legalmente prevista para los períodos de descanso por las situaciones protegidas de maternidad, adopción o acogimiento familiar.

Respecto a la base diaria de cotización, durante la situación de maternidad, el RDM ⁷³ prevé que la misma es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número

⁷⁰ En este ámbito, hay que tener en cuenta las bonificaciones de cotizaciones derivadas de la maternidad (así como del riesgo durante el embarazo), dentro del plan denominado *coste cero*, como son:

- La bonificación de la totalidad de las cotizaciones empresariales aplicables a los contratos de interinidad que se celebren con desempleados para sustituir a trabajadores que tengan suspendido su contrato de trabajo en razón de la maternidad o por riesgo durante la situación de embarazo. Esta bonificación se aplica también en los casos de sociedades cooperativas, así como en las contrataciones que se efectúen para sustituir a trabajadores autónomos que cesen temporalmente en su actividad, en razón de los motivos indicados.
- La bonificación de la totalidad de las cotizaciones empresariales por la trabajadora que tenga suspendido su contrato de trabajo (en razón de la maternidad o de la situación de riesgo durante el embarazo) si simultáneamente se ha procedido a su sustitución por un contratado interino.

⁷¹ Artículos 40 y ss. del Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social, aprobado por RD 1637/1995, de 6 de octubre –RGR–. Los artículos 40 y 42 RGR son objeto de nueva redacción por la Disposición Final Tercera RDM.

⁷² Un análisis de las incidencias en la Seguridad Social de los contratos a tiempo parcial en PANIZO ROBLES, J.A. y CRESPO MACÍAS, M.: «Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social: una relación en constante adaptación». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Núm. 202. Enero/2000. Ed. Estudios Financieros.

⁷³ Que supone una modificación de la legislación anterior. *Vid.* artículo 65 y 68.3 RGC, en la redacción dada por la Disposición Final 2.ª 4 RDM.

de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período. Esta base se aplicará exclusivamente a los días en que el trabajador hubiera estado obligado a prestar servicios efectivos en la empresa, de no hallarse en alguna de las situaciones antes indicadas. Con ello, se unifica la forma de cálculo de la base de cotización en el supuesto de maternidad, con la correspondiente a la situación de IT.

5. Denegación, anulación y suspensión del derecho.

De conformidad con las previsiones del RDM ⁷⁴ el subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, en los siguientes supuestos:

- Cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio ⁷⁵.
- Cuando el beneficiario proceda a trabajar por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso. Es decir, que el beneficiario de la prestación –durante los períodos de descanso y disfrute de la prestación– no puede llevar a cabo ningún trabajo, puesto que el descanso laboral tiene una finalidad específica, que debe destinarse para ello. Por la realización de la actividad, se abriría una conducta fraudulenta por parte del interesado y, en consecuencia, la prestación percibida se configuraría como prestación indebida.

Esta regulación general tiene la excepción de que el subsidio de maternidad se perciba en régimen de jornada parcial, ya que en este caso, la prestación de la Seguridad Social no sustituye en su integridad la totalidad de las retribuciones del trabajador, sino únicamente aquéllas dejadas de percibir por el trabajador.

- Existe para la Entidad Gestora otro supuesto de suspensión, relacionada con la adopción internacional, puesto que la percepción del correspondiente subsidio, cuando se haya iniciado antes de la constitución de la adopción, queda en suspenso una vez transcurridas cuatro semanas desde su inicio, en tanto no se aporte la documentación pertinente para entender constituida la adopción ⁷⁶.

⁷⁴ Artículo 10.

⁷⁵ *Vid.*, en correspondencia, los artículos 23.1, 26.1 y 47.4 del texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

⁷⁶ Criterio que viene aplicando la Administración (*Apartado 5.3 de los Criterios provisionales de 18 de diciembre de 1999, dictados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, para la aplicación de la Ley 39/1999*).

6. Los efectos en la prestación como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo o del cese en la actividad.

Uno de los principales problemas en el reconocimiento de la prestación económica por maternidad surge como consecuencia de la concatenación o la alternancia con la correspondiente a la IT o al desempleo, materias que aparecen reguladas en el RDM ⁷⁷, conforme a los siguientes criterios:

- En el caso de una maternidad sobrevenida a una previa situación de desempleo, se tiene derecho a la misma, en cuanto que el desempleo queda configurado como una situación de asimilación al alta a efectos, entre otras prestaciones, de maternidad.
- En los casos en que una persona, encontrándose en una previa situación de IT, pretende causar derecho al subsidio de maternidad, dado que la situación de IT está calificada como de asimilación al alta, con obligación de cotizar, ningún obstáculo existe para que se obtenga la prestación por maternidad. En coherencia, si la maternidad ha sido previa a la IT, también se accede a aquella con la protección correspondiente ⁷⁸.

Agotado el período de descanso por maternidad, cuando la beneficiaria continúe necesitando de la prestación de la asistencia sanitaria como consecuencia del parto y se encuentre incapacitada para el trabajo, se le considera en situación de IT debida a enfermedad común, iniciándose a partir de este momento, si cumple los requisitos exigidos y sin solución de continuidad, el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación, con absoluta independencia de los períodos de descanso por maternidad.

- Los procesos de IT, iniciados antes del parto, sin que la trabajadora haya optado por el descanso maternal, se mantienen en sus propios términos hasta la fecha del parto, aunque la interesada puede optar por disfrutar dicho período como de maternidad. A partir del momento del parto comienza el disfrute del descanso por maternidad; agotado éste, si persiste la anterior situación de IT, se reanuda el cómputo interrumpido a efectos de esta última prestación.
- Otro supuesto diferenciado consiste en los procesos de enfermedad o de accidente sobrevenidos durante el transcurso de los períodos de descanso por maternidad. En tales casos, se prevé ⁷⁹ que no procede el reconocimiento del derecho al subsidio por IT, derivada de contingencias comunes o profesionales sobrevenidas durante dicho período; transcurrido éste, si el padre o la madre necesitasen asistencia sanitaria, se encuentran impedidos para el trabajo y cumplen los requisitos exigidos, se inicia la situación de IT que corresponda.

⁷⁷ Artículo 9.

⁷⁸ En estos supuestos de procesos de IT previos a la maternidad, el RDM sigue los criterios administrativos que venían aplicándose, criterios basados en la Resolución de la DGOJECSS, de 2 de septiembre de 1991.

⁷⁹ La regulación contenida en el RDM tiene como antecedente el artículo 12.3 OM de 13 de octubre de 1967.

La regla general tiene una particularidad, en los casos en que se simultanee el descanso por maternidad en régimen de parcialidad y el desempeño de una actividad. En tales supuestos, cuando se inicie un proceso de IT, cualquiera que sea la contingencia, puede percibirse también de forma simultánea el subsidio correspondiente a esta situación. La base reguladora se calcula sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial que compatibilice con el subsidio por maternidad. Si, una vez agotado el subsidio por maternidad, la madre o el padre continúan en situación de IT, se mantiene la percepción del subsidio por esta contingencia en la cuantía que correspondiera al régimen de jornada completa, si bien a efectos de su duración y porcentaje se tomará como referencia la fecha de la baja médica en el trabajo en régimen de jornada a tiempo parcial.

- Sin embargo, los supuestos más polémicos que se han ido suscitando se originan con los procesos de maternidad que tienen lugar durante una situación de IT, prolongada una vez extinguido el contrato de trabajo. La regulación de estos supuestos diferencia entre la extinción del contrato una vez iniciado el descanso por maternidad y la extinción previa al mismo.

El primero de los supuestos tenía hasta ahora una regulación interna ⁸⁰, por la cual se mantiene el derecho a la prestación de IT una vez agotado el descanso por maternidad, reanudándose el cómputo interrumpido y el abono de la misma, puesto que dicha situación se causó estando vigente el contrato de trabajo. El segundo supuesto también se encontraba recogido en normativa interna ⁸¹, en la que se determinaban las condiciones en que puede accederse a la prestación por maternidad, bien interrumpiendo la IT anterior al parto, bien por haberse producido el alta médica de la IT sin solución de continuidad con el inicio del descanso por maternidad (el mismo día o al día siguiente).

En todos estos supuestos, el Tribunal Supremo ha venido considerando al beneficiario en una situación de asimilación al alta ⁸², dado que existía una laguna en el ordenamiento jurídico, en base a la escasa incidencia de este tipo de situaciones en el año 1967, laguna que se completaba con los criterios de interpretación sistemática y finalista, conforme a los cuales, la búsqueda de la solución más favorable a la protección de las trabajadoras se apoya en la asimilación a la situación de desempleo.

En esta clase de procesos, la nueva normativa ⁸³ prevé las siguientes reglas:

- Se reconoce a la interesada el mantenimiento de su derecho en los casos de extinción del contrato de trabajo, cuando la extinción se ha producido una vez iniciado el descanso por maternidad, mantenimiento que se producirá hasta el término de tal situación.

⁸⁰ Conforme a la Resolución de la DGOJEECC, de 8 de junio de 1992.

⁸¹ Resolución de la DGOJEECC, de 14 de junio de 1995, sobre derecho a la prestación por maternidad.

⁸² Desde las SSTs (2) de 22 de enero de 1995, seguida por otras muchas (por ej. las de 8, 20, 22 y 24 de febrero; 2, 6, 21, 24 y 27 de marzo; y 3, 4 y 5 de abril o 10 y 22 de mayo, todas ellas de 1995). Un análisis del contenido de la STS de 22 de enero de 1995 en CUEVAS GONZÁLEZ, F. de las: «*Maternidad (Nota a la ST de 20 de enero de 1995)*». *Actualidad Laboral*. 1995-II.

⁸³ Artículo 9 RDM.

- Si la extinción del contrato de trabajo se produce durante el disfrute de períodos de descanso, en régimen de jornada a tiempo parcial, a partir de ese momento se percibirá en su totalidad el subsidio por maternidad.
- A su vez, si la extinción del contrato se produce antes del inicio del descanso por maternidad, aunque la trabajadora no haya pasado a la situación de desempleo total percibiendo prestación económica de nivel contributivo, o ésta se hubiera extinguido durante la IT precedente a la situación de maternidad, causará derecho a la prestación económica derivada de esta última contingencia, interrumpiéndose la IT anterior al parto y el abono del subsidio correspondiente que se sustituirá desde el día de inicio de la situación de maternidad por el subsidio asignado legalmente a esta última.

También se causa derecho a la prestación económica por maternidad cuando entre la extinción de la IT por alta médica y el inicio de la situación por maternidad no haya solución de continuidad, bien por producirse el alta médica por IT y el inicio del descanso por maternidad el mismo día, bien por tener lugar ésta al día siguiente de aquélla. Si la extinción del contrato de trabajo del padre o de la madre se produce antes del inicio del descanso por maternidad, el subsidio que, en su caso, corresponda, se percibirá en su cuantía íntegra y no podrá compartirse el disfrute del descanso entre ambos, en régimen de jornada a tiempo parcial.

7. Las particularidades de la gestión.

La gestión de la prestación por maternidad está atribuida al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) ⁸⁴ sin que respecto de esta prestación quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión.

Si el subsidio se refiere a personas que se encontraban en situación de desempleo, el mismo es gestionado por el Instituto Nacional de Empleo, en virtud de la encomienda de gestión efectuada por el INSS en favor de dicho Organismo gestor ⁸⁵.

El pago del subsidio se lleva a cabo por períodos vencidos, si bien la periodicidad es diferente, según se trate del subsidio por maternidad (adopción o acogimiento) o del subsidio especial por parto múltiple. Mientras que el subsidio se abona por períodos vencidos ⁸⁶, en cambio el subsidio

⁸⁴ Disposición Adicional Undécima Ter LGSS y artículo 11 RDM. No obstante, en el caso de trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, la gestión de las prestaciones económicas por maternidad corresponde al Instituto Social de la Marina (ISM).

⁸⁵ De acuerdo con la Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de 22 de julio de 1997.

⁸⁶ Siguiendo el precedente del artículo 6.4 de la Orden de 13 de octubre de 1967, reguladora de la prestación de IT.

especial se abona en un solo pago al final de las seis semanas de descanso obligatorio posparto. En cualquier caso, el pago material se lleva a cabo por la Tesorería General de la Seguridad Social, previo descuento de la cuota de la Seguridad Social, desempleo y formación profesional a cuya contribución esté obligado el trabajador.

La gestión exclusiva de la prestación por el INSS le hace responsable de aquélla, siempre que exista el alta del trabajador, pues en caso contrario la responsabilidad recaerá en el empresario incumplidor ⁸⁷, ya que no opera en estos supuestos el principio de *automaticidad* de las prestaciones, que obligaría a la Gestora al anticipo de la prestación, aun no existiendo alta. Si existe, por el contrario, una *automaticidad relativa*, condicionada a la existencia de alta en el momento del hecho causante, de acuerdo con el régimen contenido en el artículo 95 de la Ley de la Seguridad Social, de 21 de abril de 1966 ⁸⁸.

De acuerdo con estas previsiones normativas, la responsabilidad en el abono de la prestación es la siguiente ⁸⁹:

- La responsabilidad directa en el pago de la prestación recae en la Entidad Gestora respectiva, cuando existe incumplimiento de la obligación de cotizar, pero siempre que se hayan cumplido las obligaciones de afiliación y alta. Abonada la prestación, la Gestora puede dirigirse contra el empresario.
- A su vez, si se no se han cumplido las obligaciones de afiliación y de cotización la Entidad Gestora no responde de la prestación, correspondiendo abonarla a la empresa. Sin embargo, no faltan posiciones que entienden que, también en estos casos, ha de aplicarse el principio de *automaticidad* de las prestaciones ⁹⁰.
- Cuando el beneficiario se encuentre en situación de desempleo, y pase a la situación de maternidad, comienza a percibir esta última prestación, sin que el período de desempleo se incremente por pasar a la situación de maternidad. Es decir, que el período de maternidad *consume* período de desempleo. Por el contrario, si, estando en maternidad, se agota el período de desempleo, el interesado continúa en la percepción de la prestación por maternidad hasta su agotamiento ⁹¹.

⁸⁷ Entre otras, SSTS de 30 de marzo de 1988, de 21 de abril de 1986 o las SSTS ud., de 22 de abril y 3 de noviembre de 1994.

⁸⁸ Mantenido en vigor con carácter reglamentario por el D 1645/1972, que la jurisprudencia considera que continúa válida. Vid. SSTS ud. de 10 de mayo de 1993 ó 6 de junio de 1995.

⁸⁹ Vid. GALA DURÁN, C.: *Responsabilidad empresarial en orden al pago de las prestaciones de incapacidad temporal: las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de afiliación y/o alta y cotización*. Edit. Aranzadi. Pamplona. 1997; HERNÁNDEZ PÉREZ, M.J.: *La responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de la Seguridad Social*. Universidad de Murcia. Murcia. 1994 o MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: «La responsabilidad en orden a las prestaciones de la Seguridad Social». *La Ley*. Madrid. 1996.

⁹⁰ Entre otras SSTS de 22 de abril de 1994 (2), 13 de diciembre de 1995 ó 14 de junio de 2000.

⁹¹ Han existido algunos pronunciamientos judiciales que entienden que la responsabilidad del INEM en el pago de las prestaciones por maternidad se limita a las mismas, sin que se extienda a las correspondientes al subsidio de parto múltiple, que quedan en la responsabilidad exclusiva del INSS. Vid. STSJ Cataluña, de 8 de enero de 1997.

Respecto al *procedimiento para el reconocimiento del derecho*⁹² a la prestación por maternidad, el mismo se inicia a instancia del trabajador o trabajadora, mediante solicitud ⁹³ dirigida a la Dirección Provincial de la Entidad Gestora competente de la provincia en que tenga su domicilio. A la solicitud hay que acompañar una serie de documentos adicionales, que varían en función de la situación que haya dado lugar a la prestación:

- En los supuestos de *maternidad y parto múltiple*, además de la solicitud, debe presentarse el informe de maternidad expedido por el correspondiente Servicio Público de Salud, el Libro de Familia o certificación de la inscripción del hijo o hijos en el Registro Civil ⁹⁴, así como la certificación de cotizaciones a la Seguridad Social de la última o últimas empresas (o acreditación de la cotización con los recibos del abono de cuotas, si el causante es el obligado a su ingreso) cuando resulten necesarias para acreditar el período mínimo de cotización, para determinar la cuantía de la prestación o la situación de estar al corriente en el pago de las cuotas. En el caso de fallecimiento de la madre, el solicitante ha de adjuntar el certificado de defunción de aquella.
- En los casos de *adopción o de acogimiento familiar*, además del certificado de cotizaciones, a la solicitud ha de acompañarse la resolución judicial mediante la que se haya establecido la adopción, o bien la resolución administrativa o judicial por la que se haya instituido el acogimiento familiar, permanente o preadoptivo. Cuando la prestación está originada por el acogimiento permanente de un menor, mayor de 6 años, se exige certificación del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o del Órgano competente de la Comunidad Autónoma respectiva, de que el adoptado o acogido presenta un grado de minusvalía igual o superior al 33%, o de la Entidad Pública, competente en materia de protección de menores, de que aquél, por sus circunstancias personales o por provenir del extranjero, tiene especiales dificultades de inserción social o familiar.
- Si el período de descanso se disfruta en régimen de *parcialidad*, es preciso documento que acredite la existencia de un previo acuerdo con el empresario; en caso de que la madre y el padre se acojan a esta posibilidad, cada uno deberá aportar dicho documento acreditativo.
- Por último, si iniciada la prestación la misma se interrumpe (a causa de parto prematuro o de neonato hospitalizado) se ha de acreditar la interrupción de la suspensión del contrato de trabajo o el cese de la actividad, así como la existencia de hospitalización del menor.

⁹² El artículo 13 RDM establece una serie de documentos a acompañar a las solicitudes de la prestación que, en buena parte, coinciden con los establecidos en la Circular 5/1996, de 27 de septiembre, del INSS, sobre particularidades del procedimiento de gestión de las prestaciones de IT y maternidad.

⁹³ De acuerdo con los modelos normalizados establecidos por la Administración de la Seguridad Social, que deberán recoger los datos y circunstancias previstos en el artículo 70 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, entre ellos la fecha de inicio de la suspensión de la actividad y, en su caso, la distribución del período entre cada uno de los beneficiarios.

⁹⁴ Cuando el descanso se haya efectuado con anterioridad al nacimiento, el Libro de Familia deberá presentarse a partir de la inscripción registral del nacimiento.

- Uno de los documentos básicos, en orden al reconocimiento de la prestación económica por maternidad –en caso de nacimiento– es el denominado *informe de maternidad*, expedido por los Servicios de Salud correspondientes (a través del facultativo que atiende a la trabajadora)⁹⁵, mediante el que, según los casos, se ha de certificar⁹⁶ la fecha probable del parto (cuando la trabajadora inicie el descanso con anterioridad a aquél), la fecha en que ha ocurrido el parto y el probable estado de salud de la mujer posterior al parto, en los supuestos de opción del descanso por maternidad en favor del padre, de forma sucesiva con el de la madre.

El informe de maternidad constará de un original y dos copias. A la trabajadora se le entrega el original; una copia se tramita a la Inspección de Servicios Sanitarios u órgano equivalente del Servicio Público de Salud correspondiente y la otra queda en poder del facultativo. El original del informe, en caso de trabajadoras por cuenta ajena, se entrega por éstas en la empresa, la cual ha de consignar la fecha en que la trabajadora inicia el período de descanso y reflejar los datos de cotización necesarios para el cálculo del subsidio⁹⁷; cumplimentados tales datos, la empresa ha de devolver de forma inmediata el informe a la trabajadora, a fin de que ésta pueda acompañarlo a la solicitud del subsidio ante la Entidad gestora.

La Dirección Provincial de la Entidad Gestora competente⁹⁸, en el plazo de 30 días⁹⁹, ha de dictar y notificar la correspondiente resolución, a través de la cual se reconozca o deniegue la prestación solicitada.

⁹⁵ En el mismo sentido que acaece en los supuestos de IT, el informe médico de maternidad ha de ser expedido por los Servicios Públicos de Salud, sin que el informe emitido por otro facultativo médico tenga operatividad en la suspensión del contrato de trabajo o en el acceso a la respectiva prestación económica. En este aspecto, la regulación de la maternidad se asemeja a la de la IT. Sobre esta última, *vid.* PANIZO ROBLES, J.A.: «El control de la incapacidad temporal. A propósito del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 4. Madrid. 1997.

⁹⁶ De acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 12 RDM.

⁹⁷ En la gran mayoría de los casos, en el momento de la solicitud de la prestación la Entidad Gestora –ni siquiera la propia Tesorería General de la Seguridad Social– dispone de los datos correspondientes a la base de cotización del mes anterior, sobre el que se calcula la prestación económica.

⁹⁸ Las Direcciones Provinciales del INSS son las competentes en orden al reconocimiento de la prestación. *Vid.* artículo 15 del RD 2583/1996, de competencias y funciones del INSS.

⁹⁹ Con ello, se establece expresamente en una norma el plazo para la resolución de un procedimiento relativo a una prestación económica de Seguridad Social, que, hasta la entrada en vigor del RDM, únicamente se preveía para los supuestos de Incapacidad Permanente, si bien, en este caso, con un plazo de 135 días. (*Vid.* el RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que desarrolla la Ley 42/1994, en materia de incapacidades laborales de Seguridad Social, así como la Orden del entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 18 de enero de 1996, que desarrolla el anterior). El plazo de 30 días también se establece para el procedimiento en orden al reconocimiento de las prestaciones económicas de riesgo durante el embarazo. *Vid.* el apartado III de este trabajo.

III. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

1. Comentarios introductorios.

En el Derecho internacional¹⁰⁰ y comunitario¹⁰¹ se han establecido determinadas iniciativas tendentes a la protección de la trabajadora embarazada¹⁰², iniciativas entre las que destacan la Resolución del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, que contiene el Programa propuesto por la Comisión, relativo a la seguridad, a la higiene y a la salud en el trabajo, sirvió de base para la elaboración de la Directiva-Marco 89/391/CEE, sobre medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el lugar del trabajo, de la que han derivado otras Directivas, entre las que destaca la 92/85/CEE, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz y esté en período de lactancia¹⁰³.

La transposición al ordenamiento español de la Directiva 92/85 se produce por la Ley 31/1995, de 9 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) que prevé un cúmulo de medidas encaminadas a la cobertura protectora de la mujer, del feto o del niño de los riesgos que puede producirse sobre su salud, directamente o a través de la madre, en función de la realización por parte de ésta de actividades peligrosas.

La protección laboral de la trabajadora embarazada¹⁰⁴, vigente con anterioridad a la LCVF, presentaba una laguna importante, puesto que únicamente contemplaba, en determinados supuestos, la posibilidad/obligación de traslado de aquélla a un puesto compatible, cuando el realizado por la

¹⁰⁰ Vid. MORENO GENE, J.M., ROMERO BURILLO, A. y PARDELL, A.: «La protección de la maternidad: de la Directiva 92/1985, a la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales». *Aranzadi Social*. 1997. N.º 15.

¹⁰¹ Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Maternidad y salud laboral (Comentarios a la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre)». *Noticias de la Unión Europea*. N.º 127/128. Septiembre. 1998 o PÉREZ ALANCART, A.: *El Derecho comunitario europeo de la Seguridad Social y la Salud*. Tecnos. Madrid. 1993.

¹⁰² Vid. PÉREZ ALENCART, A.: *El Derecho comunitario europeo de la Seguridad Social y la Salud*. Tecnos. Madrid. 1993. De igual modo, una enumeración y breve comentario de estas iniciativas en MORENO GENE, *et al. op. cit.*

¹⁰³ En el ordenamiento comunitario, la Directiva 76/207/CEE contiene determinados preceptos que obligan a los Estados para la adopción de las medidas que eviten el despido de la trabajadora en la situación de embarazo o durante su maternidad. Un análisis de esta Directiva y su aplicación en España en PÉREZ DEL RÍO, T.: *La aplicación de la Directiva 76/207 en España*. Madrid. 1983; PÉREZ YÁÑEZ, R.: «Un nuevo paso en la tutela comunitaria de la trabajadora embarazada. Notas sobre la STJCE de 30 de junio de 1998». *Actualidad Laboral*. 1999. N.º 4. Págs. 69-81 o DURÁN LÓPEZ, F.: «La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero». *Noticias CEE*. N.º 49. 1989, Págs. 93 y ss.

¹⁰⁴ En este trabajo no se efectúa un análisis de la protección de la mujer trabajadora en el ámbito laboral, tras la promulgación de la LCVF. El mismo puede encontrarse, entre otros, en MONTROYA MELGAR, A.: «Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales». *Aranzadi Social*. N.º 13. Noviembre. 2000; LOUSADA AROCHENA, J.F.: «El riesgo durante el embarazo». *Actualidad Laboral*. Núms. 28 y 29. Julio. 2000; PANIZO ROBLES: «La Ley 39/1999 ...» *op. cit.*

trabajadora presentaba un riesgo indudable para su estado de embarazo o para el feto, dejando sin resolver la problemática que podía surgir cuando la trabajadora, aun teniendo derecho al traslado de puesto de trabajo a otro compatible, a fin de evitar los riesgos para su salud o la del feto, sin embargo dicho traslado no podía realizarse.

En estos casos, ¿tenía la trabajadora derecho a la suspensión del contrato de trabajo?. En caso afirmativo ¿era debido el salario, aunque no existiese prestación de servicios?. De no ser esa la interpretación, ¿podría acceder la interesada a una prestación de la Seguridad Social?. ¿se mantenía obligación de cotización a la Seguridad Social? ¹⁰⁵

Eran todos ellos interrogantes que no tenían fácil solución en el ordenamiento laboral y de Seguridad Social y, sin embargo, la solución aparece recogida en la Directiva 92/85, en la que se prevé que los Estados miembros han de garantizar a la trabajadora embarazada que no pueda ser trasladada a puesto de trabajo compatible el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación, sin que esta obligación se hubiese incorporado a la LPRL ¹⁰⁶.

A fin de remediar la situación creada, el artículo 10 LCVF incorporó un nuevo apartado 3, en el artículo 26 LPRL, de manera que, cuando la trabajadora embarazada no puede ser trasladada a puesto de trabajo compatible, podrá suspender el contrato de trabajo ¹⁰⁷, suspensión que finalizará en el momento en que la trabajadora inicie el período de descanso por maternidad o pueda reincorporarse a su puesto de trabajo o a otro compatible, de producirse en una fecha anterior. Esta nueva causa de la suspensión del contrato de trabajo no se incluye únicamente en el ámbito de la LPRL, sino que la LCVF introdujo determinadas modificaciones en el ordenamiento laboral, en el siguiente sentido:

- Se modificó ligeramente el artículo 45.1.d) ET, para incluir como causa de suspensión del contrato de trabajo, la de «riesgo durante el embarazo» (art. 3 LCVF).
- Se introdujo un nuevo apartado 5, en el artículo 48 ET, delimitando la nueva situación de suspensión de la relación laboral, en los mismos términos que los señalados en el artículo 26.3 LPRL (art. 6 LCVF).

¹⁰⁵ Unos comentarios a estos interrogantes en PANIZO ROBLES: «La Ley 39/1999 y su incidencia...» *op. cit.*

¹⁰⁶ Por ello, para la doctrina, en caso de que el empresario o la trabajadora exigiesen la aplicación de la Directiva, tal vez la LPRL debería ser interpretada completando la laguna legal con aquella. *Vid.* PURCALLA BONILLA, A. y RIVAS VALLEJO, M.P.: «La protección de la maternidad en la relación laboral: Seguridad y Salud en el trabajo y tutela discriminatoria». *Aranzadi Social*. N.º 15. Diciembre. 1998. Pág. 53.

¹⁰⁷ Sin embargo, la suspensión de la relación laboral únicamente concurre en los casos de riesgo durante el embarazo, pero no así en los casos en que ese riesgo se produzca durante la lactancia. Dicha ausencia ha sido criticada por la doctrina, entendiendo que no se ha transpuesto en su integridad la Directiva 92/85, ya que en la misma se prevé la necesidad de retirar del trabajo (con el mantenimiento del salario o, en su caso, la prestación del sistema de la Seguridad Social) a la trabajadora que, en la situación de lactancia, la realización de su trabajo le presenta un riesgo.

Ahora bien, la suspensión del contrato de trabajo y, en contrapartida, el cese en la prestación de servicios por parte de la trabajadora, origina la supresión de recibir el salario ¹⁰⁸. Por ello, para remediar la situación de posible desprotección, la LCVF, a través de su Capítulo III, modificó la LGSS, en orden a la configuración de una nueva prestación económica de Seguridad Social –la de riesgo durante el embarazo–, cuyo desarrollo normativo se produce a través del Capítulo III RDM.

Aunque la prestación de riesgo durante el embarazo está ligada a la suspensión del contrato de trabajo, en los términos previstos en el artículo 48.5 ET, sin embargo –al igual que sucede con las prestaciones por maternidad– aquella no se limita a las trabajadoras por cuenta ajena ¹⁰⁹, sino que aquella se amplía ¹¹⁰ a las trabajadoras por cuenta propia, en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezcan, siendo las mismas las contenidas en el RDM ¹¹¹. Dado que existen diferencias en la regulación jurídica de la prestación en una y otra clase de trabajadoras, a continuación se analiza el mismo de forma diferenciada.

2. La regulación de la prestación de riesgo durante el embarazo en los supuestos de trabajadoras por cuenta ajena.

La situación protegida.

La situación protegida por la prestación económica de la Seguridad Social de riesgo durante el embarazo se configura como el período 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,

¹⁰⁸ Lo cual no quiere decir que cesen temporalmente los compromisos económicos de la empresa en favor del trabajador. Por ejemplo, en el caso de la IT –que constituye otra de las causas de la suspensión de la relación laboral– aunque el trabajador, durante la misma, no preste servicios y, en correspondencia, el empresario no abona salario, sin embargo éste sigue teniendo algunos compromisos retributivos con el trabajador. De una parte, porque, en razón de la colaboración obligatoria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social, aquéllas han de abonar la prestación económica de IT a los trabajadores (aunque luego se resarza de los pagos efectuados, deduciéndolos en las cotizaciones a ingresar); de otra, porque, en virtud de pactos colectivos o individuales, la empresa suele completar a su cargo las prestaciones de IT reconocidas por la Seguridad Social.

¹⁰⁹ Incluyendo a las funcionarias públicas, ya que la situación de riesgo durante el embarazo se traslada a la legislación de la Función Pública (art. 69 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, en la redacción dada por el art. 21 LCVF y art. 22 de la Ley de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles, Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 junio), también a las Fuerzas Armadas (art. 18.3 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio).

¹¹⁰ Disposición Adicional 8.ª LGSS, en la redacción dada por la LCVF.

¹¹¹ No obstante, la Adicional 1.ª LCVF prevé que podrán acogerse a los beneficios correspondientes los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas y los trabajadores de sociedades laborales, durante el período de suspensión por riesgo durante el embarazo, cualquiera que sea el régimen de Seguridad Social en que se encontrasen encuadrados. Al no establecerse ningún condicionamiento especial, los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado y los socios de trabajo de tales cooperativas o en aquellas que admiten tales clases de socios, aunque pueden optar por quedar incluidos como trabajadores por cuenta propia (art. 80 de la Ley 27/1999, de Cooperativas y Disposición Adicional 4.ª LGSS) se constituyen como sujetos beneficiarios de la prestación de la Seguridad Social por riesgo durante el embarazo, sin tener que esperar a las normas reglamentarias.

La tesis anterior ya era sostenida por la Administración, en la aplicación provisional de la LCVF, como se incluyó en los *Criterios Provisionales, de 18 de diciembre, dictados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, para la aplicación de la LCVF.*

en los términos previstos en el artículo 26.3 LPRL, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados ¹¹².

Para que pueda nacer la prestación económica de riesgo durante el embarazo, es necesario que se esté en presencia de una determinada situación, en la que habrá debido acreditarse:

- La existencia del embarazo, a través de la correspondiente certificación del facultativo de la Seguridad Social, que atienda asistencialmente a la interesada;
- Que el puesto de trabajo de la trabajadora (hubiese sido objeto o no de adaptación) presente un riesgo para la trabajadora o el feto; esta circunstancia debe quedar acreditada mediante certificación del facultativo adscrito a la Dirección Provincial correspondiente del INSS ¹¹³, previo informe del médico que atienda asistencialmente a la trabajadora.
- Que se haya suspendido el contrato de trabajo, por el hecho de que, presentando el puesto de trabajo que realizaba la trabajadora riesgo para su salud y/o para el feto, no pueda ser trasladada a puesto compatible, bien porque dicho cambio no sea posible ¹¹⁴ o porque se oponga causa justificada.

Por tanto, la actualización de la contingencia no tiene lugar con el daño de la salud de la trabajadora, ya que en este caso son otras las contingencias (las correspondientes a la IT), sino que dicha actualización se produce con la sola manifestación de una situación de riesgo. Por ello, cualquier situación de riesgo o patología que pueda influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, si no está relacionada directamente con los agentes, procedimientos o las condiciones del puesto de trabajo que desempeñe, no tendrá la consideración de situación protegida a efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo; será, en todo caso, una situación determinante de IT, regulándose por el régimen jurídico de esta prestación.

Duración de la prestación.

- La prestación de riesgo durante el embarazo nace ¹¹⁵ el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo y finaliza el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado, de producirse estas últimas circunstancias en una fecha anterior, de la siguiente forma:

¹¹² Artículo 14 RDM.

¹¹³ O de los facultativos de la Mutua, en los términos que se analizan más adelante, cuando la trabajadora preste servicios en una empresa que tenga concertada con la Mutua la gestión de la prestación de IT, derivada de contingencias comunes.

¹¹⁴ Por ejemplo, empresas con muy pocos puestos de trabajo, o con puestos de trabajo con un mismo perfil profesional.

¹¹⁵ Artículos 48.5 ET, 26.3 LPRL, 135.2 LGSS y 18 RDM.

- En principio, la prestación dura hasta el momento en que la trabajadora inicie la suspensión del contrato de trabajo, en razón de la maternidad. Si existe riesgo para la mujer trabajadora y/o el feto y no existe puesto compatible, con lo que la trabajadora ha de suspender el contrato de trabajo, lo lógico es que la interesada continúe en la inactividad hasta el parto, a partir del cual se iniciará el período de descanso por maternidad.
 - Sin embargo, la norma prevé que si por alguna causa el riesgo desaparece antes del parto, bien porque la persona pueda reincorporarse a su puesto de trabajo anterior ¹¹⁶, bien porque la misma pueda incorporarse a otro puesto compatible ¹¹⁷, la prestación se interrumpe en cualquiera de esas dos fechas.
- Para las trabajadoras contratadas a tiempo parcial, se tiene derecho a la prestación durante todos los días naturales en que se mantenga la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo.
 - El derecho al subsidio de riesgo durante el embarazo se extingue ¹¹⁸ por las siguientes causas:
 - Suspensión del contrato de trabajo por maternidad. El parto determina la extinción de la situación de suspensión del contrato de trabajo, motivada por riesgo durante el embarazo, para dar paso a la situación de la suspensión del contrato por maternidad y a la correspondiente prestación económica.
 - Reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado ¹¹⁹.
 - Extinción del contrato de trabajo. Teniendo en cuenta que la finalidad de la prestación es la sustitución de las rentas salariales, dejadas de percibir por el desempeño concreto de un puesto de trabajo, no tendría sentido alguno la continuidad del subsidio cuando se rompe el vínculo laboral que unía a la trabajadora con su empresa.
 - Fallecimiento de la beneficiaria.
 - El derecho al subsidio podrá ser *denegado, anulado o suspendido* ¹²⁰, en los siguientes casos:
 - Cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.

¹¹⁶ Por ejemplo, porque el mismo haya sido objeto de adaptación en las condiciones de trabajo o en el tiempo de trabajo, que posibiliten su realización sin riesgo.

¹¹⁷ No existente anteriormente, pero que se ha establecido con posterioridad o ha quedado libre, en una fecha posterior a que la trabajadora suspendiera su contrato de trabajo.

¹¹⁸ Artículo 18.4 RDM.

¹¹⁹ Se entiende que no existe con anterioridad en la empresa, en el momento de suspender el contrato de trabajo a causa del riesgo durante el embarazo.

¹²⁰ De conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 132 LGSS, en relación con la IT, que resultan aplicables a la prestación de riesgo durante el embarazo, conforme a lo establecido en el artículo 135 LGSS.

- 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.

Beneficiarias.

- La prestación económica por riesgo durante el embarazo se concede a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en la legislación de la Seguridad Social para la prestación económica de IT derivada de enfermedad común ¹²¹.
- Se configuran como beneficiarias de la prestación a las trabajadoras que estén incluidas en cualquier Régimen de Seguridad Social, que cumplan los requisitos de afiliación y de cotización previstos para la IT, y se encuentren en la situación protegida. Quedan, por tanto, también incluidas como beneficiarias de este subsidio por riesgo durante el embarazo las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar ¹²².
- En definitiva, además de darse la situación protegida, la prestación de riesgo durante el embarazo precisa de una serie de requisitos adicionales, como son:
 - Que la trabajadora se encuentre en una situación de alta o de asimilación al alta ¹²³, lo que, en principio, es fácilmente constatable, ya que se trata de una persona que efectúa un trabajo y que ha de ser trasladada a otro compatible ¹²⁴.
 - Que se acredite un determinado período de cotización, equivalente al que se exige para la prestación económica de IT, derivada de enfermedad común, es decir, 180 días, dentro de los cinco años anteriores al hecho causante de la prestación ¹²⁵.

¹²¹ Artículos 135.1 LGSS y 16 RDM.

¹²² La Administración, antes de la promulgación del RDM, no venía reconociendo a las trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar la prestación por riesgo durante el embarazo (*Vid. Apartado Octavo de las Instrucciones provisionales, dictadas por el INSS, para la aplicación de la Ley 39/1999*).

No obstante y de conformidad con la Transitoria única RDM, las denegaciones que se hubiesen realizado respecto de trabajadoras, encuadradas en el Régimen Especial del Hogar, podrán ser resueltas favorablemente si se reúnen los requisitos exigibles para acceder a la prestación.

¹²³ Un análisis de las situaciones de alta y de asimilación al alta, en relación con las prestaciones de Seguridad Social en SEMPERE NAVARRO, A.V. y BARRIOS BAUDOR, G.: «La situación de alta o de asimilada al alta y el acceso a las prestaciones de Seguridad Social». *Aranzadi Social*. N.º 8. Julio. 1998. Págs. 9-15.

¹²⁴ La situación de afiliación o de alta es la propia de la IT derivada de contingencias comunes, por lo que no se da el alta de pleno derecho que sí concurre, por el contrario, en el trabajador ante los riesgos profesionales, aunque su empresario hubiese incumplido las correspondientes obligaciones. *Vid. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Situación protegida y prestación económica por riesgo durante el embarazo». Carta Laboral*. N.º 39. Noviembre. 2000. Pág. 5.

¹²⁵ En el caso de las trabajadoras contratadas a tiempo parcial, el plazo de 5 años, dentro de los cuales deben estar comprendidos los 180 días, se incrementa en proporción inversa a cómo se haya reducido la jornada de trabajo. Por ejemplo, en un contrato de trabajo a tiempo parcial, con jornada equivalente al 50% de la habitual, el período de los 180 días debería quedar acreditado en el plazo de los 7,5 años anteriores al hecho causante de la prestación.

- Que, previamente, el facultativo adscrito al INSS o, en su caso, a la correspondiente Mutua haya certificado la existencia de riesgo en la continuación de la realización del trabajo, previo informe del médico del Sistema Nacional de Salud que atienda a la trabajadora ¹²⁶.
- De igual modo, la prestación por riesgo durante el embarazo resulta también 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, así como al personal estatutario sanitario al que, en virtud de sus normas, le sea concedida una licencia o situación similar por riesgo durante el embarazo ¹²⁷.

Contenido de la prestación.

La cuantía de la prestación por riesgo durante el embarazo está en función ¹²⁸ de un porcentaje, que ha de aplicarse a la correspondiente base reguladora, base equivalente a la que esté establecida para la prestación económica de IT ¹²⁹, derivada de contingencias comunes. Por tanto, la base reguladora de la prestación de riesgo durante el embarazo es la base de cotización del mes anterior a la baja ¹³⁰, con determinadas particularidades en el caso de las trabajadoras contratadas a tiempo parcial ¹³¹.

¹²⁶ La exigencia de todos estos requisitos plantea el problema de qué sucede cuando una trabajadora, en situación de riesgo (es decir, en la situación señalada en el art. 5.3 de la Directiva 92/85) no puede acceder a la prestación por no cumplir alguno de los requisitos. Sin embargo, la propia Directiva faculta a los Estados a someter el derecho al cumplimiento de diferentes requisitos, siempre que no se exijan períodos de trabajo superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto.

¹²⁷ *Vid.* artículo 1.2 RDM.

¹²⁸ Artículo 17 RDM.

¹²⁹ En consecuencia, la base reguladora de la prestación de riesgo durante el embarazo será la que prevé el artículo 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para el subsidio de IT, es decir, el resultado de dividir el importe de la base de cotización de la trabajadora, correspondiente a contingencias comunes, en el mes anterior al de la fecha de la suspensión del contrato de trabajo, por el número de días a que dicha cotización se refiere.

¹³⁰ O del mismo mes, en el caso de que el acceso de la trabajadora a la prestación se produjera en el mismo mes de alta en la Seguridad Social.

De conformidad con lo establecido en la Directiva 92/85/CEE, la protección de la maternidad (en su sentido amplio) se considera adecuada cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de la actividad por motivos de salud. Para un análisis comparado de la prestación en los países de la UE, *vid.* MISSOC: «*La protection sociale dans les Etats membres de l'Union Européenne. Situation au 1.º de janvier de 2000*». Bruselas. 2001.

¹³¹ En este caso, y toda vez que el pago de la prestación corresponde a la Entidad Gestora, la base reguladora diaria de la prestación es el cociente resultante de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en los 90 días anteriores al hecho causante entre 90. Caso de que la trabajadora tenga en la empresa una antigüedad inferior a un año, se tomará la suma de las bases de cotización acreditadas durante el período de actividad, dividida entre los días naturales que existan en el respectivo período.

Sobre la correspondiente base reguladora se aplica ¹³² el 75%, siendo el producto el importe de la prestación, sin que le resulten de aplicación las modificaciones del salario que se produzcan, durante el percibo de la prestación, salvo las que se originen por convenio colectivo y con efectos retroactivos a una fecha anterior a la de producirse el hecho causante de la prestación de riesgo durante el embarazo.

En los supuestos de pluriempleo ¹³³, si la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo se declara en todas las actividades que realice simultáneamente la trabajadora, para la determinación de la base reguladora del subsidio se computan todas sus bases de cotización en las distintas empresas, siendo de aplicación a la base reguladora así determinada el tope máximo establecido a efectos de cotización. Por el contrario, si la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo se declarase en una o en algunas de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no en todas, en el cálculo de la base reguladora del subsidio sólo se tomarán las bases de cotización en las empresas donde se produce la suspensión del contrato de trabajo, aplicando, a estos efectos, el límite que corresponda a la fracción o fracciones del tope máximo que aquéllas tengan asignado ¹³⁴.

En los supuestos en que la trabajadora lleva a cabo de forma simultánea actividades incluidas en varios Regímenes del sistema de la Seguridad Social (pluriactividad), hay que diferenciar entre los casos en que la situación de riesgo durante el embarazo afecte a todas las actividades que realiza la interesada o a parte de ellas. Mientras que en el primero se tiene derecho al subsidio en cada uno de los Regímenes si reúne los requisitos exigidos de manera independiente en cada uno de ellos, por el contrario, cuando la situación de riesgo durante el embarazo afecte a una o a alguna de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no a todas, únicamente tendrá derecho al subsidio en el Régimen en el que estén incluidas las actividades en que exista dicho riesgo ¹³⁵. Además, en los casos de pluriactividad, la percepción del subsidio será compatible con el mantenimiento de aquellas actividades que ya viniera desempeñando o pudiera comenzar a desempeñar y no impliquen riesgo durante el embarazo.

Al igual que sucede en otras situaciones de suspensión del contrato de trabajo, durante la correspondiente a la de riesgo durante el embarazo se mantiene la obligación de cotizar ¹³⁶, en los términos siguientes:

¹³² Artículo 15 RDM.

¹³³ Realización de dos o más actividades, por las que exista la obligación de inclusión en un mismo Régimen de Seguridad Social. A efectos de la prestación de riesgo durante el embarazo, *vid.* Artículo 17 RDM.

¹³⁴ La regulación contenida en el RDM parte de las disposiciones contenidas en el artículo 9 RGCL, así como en la norma segunda del artículo 9.1 A) de la Orden de 29 de enero de 2001, sobre cotización en la situación de pluriempleo.

¹³⁵ *Vid.* artículo 29 RDM.

¹³⁶ Artículo 106.4 LGSS. EL RDM actualiza las normas de cotización y recaudación de cotizaciones a la Seguridad Social, en los casos de riesgo durante el embarazo. Así, la Disposición Final 2.^a RDM procede a la modificación de los artículos 13.2, 58.2, 65.3 y 68 RGCL; la Disposición Final 3.^a modifica los artículos 9.1, 40.1 y 42.1 y 3 RGR. A su vez, la Disposición Final 4.^a da nueva redacción al artículo 29.2. del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en el sistema de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

- La base de cotización es la misma por la que se venía cotizando antes de la suspensión del contrato de trabajo (o del permiso funcional), con la particularidad, en el caso de las trabajadoras contratadas a tiempo parcial, de que la base de cotización es equivalente a la base reguladora de la prestación, es decir, el resultado de dividir la suma de las bases de cotización correspondientes a los tres meses anteriores al hecho causante de la prestación entre los días de trabajo efectivo existentes en dicho período.
- Existe la obligación de cotizar por todo el período de suspensión de la actividad. En el contrato a tiempo parcial, es obligatoria la cotización durante los días en que la trabajadora hubiese prestado servicios efectivos, caso de no tener suspendido su contrato.
- Para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se aplican los tipos correspondientes a los trabajadores en baja por IT, es decir, los establecidos para el epígrafe 126 de la Tabla de Primas a efectos de la cotización por contingencias profesionales ¹³⁷.
- La Entidad Gestora competente, al hacer efectivo el importe de la prestación a la beneficiaria, ha de deducir del mismo la cuantía a que ascienda la suma de las aportaciones de la trabajadora, para su ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social.
- En el Régimen Especial de Empleados de Hogar y por lo que respecta a trabajadoras, con actividad exclusiva para el cabeza de familia, las mensualidades correspondientes a la situación de riesgo durante el embarazo son a cargo de la propia trabajadora.
- Resultan aplicables las bonificaciones de cotizaciones empresariales (*coste cero*), en los términos indicados para la situación de maternidad, en el caso de trabajadoras que tengan suspendido su contrato de trabajo en razón de la situación de riesgo durante el embarazo, así como respecto de las cotizaciones empresariales correspondientes a trabajadores desempleados, que sean contratados temporalmente (interinos) para sustituir a los primeros.

Particularidades en la gestión de la prestación.

El pago de la prestación corresponde efectuarlo directamente a la Entidad Gestora ¹³⁸, sin que quepa fórmula alguna de colaboración, asemejándose en este ámbito a la prestación de maternidad.

Por lo que respecta a la responsabilidad en el abono de la prestación recae en la Entidad Gestora competente ¹³⁹, conforme a las previsiones del artículo 126.1 LGSS. En los supuestos en que la empresa haya incumplido las obligaciones inherentes en materia de afiliación y de cotización, la responsabilidad se producirá de la siguiente forma:

¹³⁷ Incluida como Anexo del RD 2930/1979, de 29 de diciembre.

¹³⁸ Artículo 20 RDM.

¹³⁹ Que, con carácter general, será el INSS, salvo en lo que se refiere a las trabajadoras incluidas en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores del Mar, en cuyo caso, la responsabilidad recae en el ISM.

- El pago de la prestación correrá por cuenta de la Entidad Gestora, en los casos en que la empresa haya incumplido su obligación de cotizar, pero siempre que se hayan cumplido las obligaciones de afiliación y alta. Abonada la prestación, la Gestora puede dirigirse contra el empresario.
- Sin embargo, cuando ha existido incumplimiento de las obligaciones de afiliación y/o de alta, la Gestora no es responsable de la prestación, correspondiendo abonarla a la empresa.

En lo que respecta a los demás actos de gestión, la LGSS ¹⁴⁰ establece que la prestación se gestionará directamente por el INSS, difiriéndose a las normas que reglamentariamente establezcan la delimitación del procedimiento de reconocimiento de la misma ¹⁴¹.

El procedimiento de la prestación es complejo, ya que, previamente a la iniciación de aquél, se han debido producir toda una serie de actuaciones (en los términos señalados en el art. 26 LPRL) y, entre otras, la certificación médica de que las condiciones del puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora embarazada pueden influir negativamente en su estado de salud y/o en el del feto, así como la suspensión, por parte de la trabajadora, de su contrato de trabajo, por no poder ser trasladada aquella a otro puesto compatible.

El procedimiento se inicia a instancia de la trabajadora, mediante solicitud dirigida a la Dirección Provincial de la Entidad Gestora de la provincia en que tenga su domicilio la interesada, reflejándose en la solicitud, entre otros extremos, la fecha de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, los datos relativos a la actividad desempeñada por la trabajadora afectada, su categoría profesional y función y descripción del trabajo concreto que realizase, así como el riesgo específico que presenta para el embarazo.

A la solicitud han de acompañarse preceptivamente los documentos siguientes:

- Informe médico, expedido por el facultativo del Instituto Nacional de la Salud o del Servicio Público de Salud equivalente en el que queden acreditados el embarazo y el hecho de que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud y/o la del feto.
- Al informe citado, la trabajadora ha de acompañar declaración de la empresa en la que consten los cometidos efectuados por la interesada en la empresa, así como que el puesto de trabajo desempeñado no se encuentra dentro de los puestos de trabajo exentos de riesgo, o efectos de embarazo, en los términos señalados en el artículo 26.2 LPRL.

¹⁴⁰ Artículo 135.4.

¹⁴¹ Las normas reglamentarias a que alude el artículo 135.4 LGSS están constituidas por el RDM. Que prevé en su artículo 21 y Disposición Adicional 2.ª las normas del procedimiento en orden al reconocimiento de la prestación de riesgo durante el embarazo.

Los servicios médicos de la Dirección Provincial de la Entidad Gestora competente han de proceder, con carácter preferente, a emitir certificado, que tiene carácter preferente ¹⁴², en el que quede acreditado que las condiciones del puesto de trabajo influyen negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto y que, en consecuencia, debería desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. En los supuestos en que la Dirección Provincial del INSS no disponga de servicios médicos propios (y tal hecho acaece en las Direcciones Provinciales en las que no se han constituido los Equipos de Valoración de la Incapacidad) las certificaciones médicas se expiden por las Inspecciones Médicas del correspondiente Servicio de Salud ¹⁴³.

Del informe, se entregan a la trabajadora el original y una copia con destino a la empresa o, en su caso, al responsable del hogar familiar, quedándose la otra copia en poder del Servicio Médico.

Por lo que se refiere a las trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, en las Direcciones Provinciales en que el Instituto Social de la Marina no disponga de Servicios Médicos propios, la correspondiente certificación será expedida por los Servicios Médicos del INSS o, en su caso, por la Inspección de los Servicios Sanitarios del Instituto Nacional de la Salud u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas que hayan asumido las transferencias en materia sanitaria ¹⁴⁴.

Cuando la trabajadora pertenezca a una empresa, que tenga concertada con una Mutua la gestión de la prestación de IT, derivada de contingencias comunes, el informe médico del Instituto Nacional de la Salud o del Servicio Público de Salud equivalente será entregado por la interesada, junto con la declaración de la empresa a que se ha hecho referencia, ante la Mutua, a fin de que por los servicios médicos de la misma se emita un certificado, en el que quede acreditado que las condiciones del puesto de trabajo influyen negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto y que, en consecuencia, debería desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado ¹⁴⁵. La certificación médica, a cuya tramitación ha de darse carácter preferente, consta de un original y tres copias. Se entregan a la trabajadora el original y dos copias, una con destino a la empresa y otra a la Entidad Gestora correspondiente, quedándose la tercera copia en poder del Servicio Médico.

¹⁴² De acuerdo con el apartado 2 de la Disposición Adicional 2.ª RDM. En el mismo, se determina que las actuaciones médicas de los facultativos del INSS tendrán carácter previo a la iniciación del expediente y serán consideradas preferentes, en su atención por las Unidades Médicas del INSS, expidiéndose de forma inmediata. Tales certificados se han de poner a disposición de la interesada, en el mismo acto de presentación o de la forma más urgente posible, para que, en su caso, ésta pueda solicitar de la empresa el cambio de puesto o, en caso de no resultar técnica u objetivamente posible, proceda a efectuar declaración de que la trabajadora está afectada por una situación *de suspensión del contrato de trabajo*.

¹⁴³ Disposición Adicional 2.ª 1 RDM.

¹⁴⁴ Disposición Adicional 2.ª 4 RDM.

¹⁴⁵ La participación de los Servicios médicos de la Mutua en la certificación, acreditativa de las condiciones negativas para la embarazada del puesto de trabajo, deriva del artículo 26.2 LPRL, sin que se entienda dicha intervención, teniendo en cuenta que la Entidad Colaboradora no tiene ninguna participación en la responsabilidad de la prestación. Un análisis de la problemática que se crea por la intervención, en el ámbito señalado, de los Servicios médicos de la Mutua, en PANIZO ROBLES, J.A.: «*La Ley 39/1999 y su incidencia...*». *Op. cit.*

- Declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora, con el informe emitido por el Servicio de Prevención propio de la empresa siempre que cuente con la especialidad preventiva de vigilancia de la salud, por la entidad especializada que desarrolle para la empresa, en base al correspondiente concierto, las funciones correspondientes a los servicios de prevención ajenos en cuanto a la vigilancia de la salud, o por el responsable de prevención designado por la empresa.

La declaración ha de contener la fecha en que la trabajadora ha suspendido la 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 los casos de contratos a tiempo parcial.

- En los casos de trabajadoras incluidas en el Régimen Especial del Hogar, declaración del responsable del hogar familiar sobre la inexistencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora.

La Dirección Provincial respectiva, una vez comprobados todos los requisitos exigidos para acceder al subsidio, ha de dictar y notificar, en el plazo de treinta días, resolución mediante la que se reconozca o deniegue el derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo.

Por último, si en el transcurso de expediente se advirtiesen contradicciones en las declaraciones y certificaciones presentadas con la solicitud, o pudiesen existir indicios de connivencia entre la trabajadora y la empresa, en orden a la obtención de la prestación, la Dirección Provincial competente está facultada para solicitar la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a fin de que ésta manifieste su conformidad o su discrepancia en relación con las medidas adoptadas por la empresa, que pudiesen determinar el derecho al subsidio por riesgo durante el embarazo. La Inspección cuenta con un plazo de 15 días para la evacuación del informe ¹⁴⁶, transcurrido el cual la Dirección Provincial de la Gestora podrá dictar resolución sin tener en cuenta dicho informe ¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Es el mismo plazo previsto para la evacuación de los informes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las demandas de clasificación profesional, conforme al artículo 137.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

¹⁴⁷ De conformidad con lo previsto en el artículo 83 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAE).

Aunque con la previsión reglamentaria, puede darse el supuesto de resoluciones favorables con informes de la Inspección de Trabajo, emitidos fuera de plazo, en los que se manifieste la discrepancia en relación con las medidas adoptadas por la empresa, que determinasen la denegación del derecho al subsidio (con la consiguiente necesidad de iniciar procedimientos de revisión de oficio) no parece que se hubiesen podido ampliar los plazos para evacuación de los informes, dada la naturaleza misma del objeto a proteger (la salud de la trabajadora embarazada o del feto) lo cual requiere una especial celeridad y diligencia en la tramitación de todas las actuaciones previstas en la LPRL, a fin de garantizar las finalidades tuitivas de dicho texto legal.

3. La regulación de la prestación de riesgo durante el embarazo en los supuestos de trabajadoras por cuenta propia.

El régimen jurídico de la prestación de riesgo durante el embarazo, en los supuestos de trabajadoras por cuenta propia ¹⁴⁸, es semejante al establecido para las trabajadoras por cuenta ajena, con algunas particularidades como son:

- Se considera como situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora embarazada durante el período 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, siempre que tal circunstancia quede acreditada por los servicios médicos de la Entidad Gestora correspondiente.
- Se consideran beneficiarias de la prestación a las trabajadoras por cuenta propia que cesen temporalmente su actividad profesional por riesgo durante el embarazo, siempre que, estando afiliadas y en alta en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social, acrediten un período mínimo de cotización de 180 días, dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se emita el certificado por los servicios médicos de la Entidad Gestora correspondiente. De igual modo, son beneficiarias del subsidio las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, cuando no presten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo y, en consecuencia, sean responsables de la obligación de cotizar.

En todos los casos, es requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social ¹⁴⁹. Resulta de aplicación el mecanismo de la invitación al pago, tanto a las trabajadoras pertenecientes al Régimen de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, como a las trabajadoras pertenecientes al Régimen Especial de Empleados de Hogar que sean responsables de la obligación de cotizar ¹⁵⁰.

- El importe de la prestación equivalente al 75% de la misma base reguladora que correspondería en caso de IT, derivada de contingencias comunes, en la fecha en que se emita la certificación médica acreditativa de la existencia de la situación de riesgo para la trabajadora o el feto.
- La prestación nace el día siguiente a aquel en que se emite el certificado médico por los servicios médicos de la Entidad Gestora correspondiente, si bien los efectos económicos no se producirán hasta la fecha de cese en la actividad profesional.

¹⁴⁸ Artículos 22 a 28 RDM.

¹⁴⁹ Artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. Para un análisis del instituto de la invitación al pago, *vid.* nota 61.

¹⁵⁰ Al igual que sucede en los casos de la prestación de maternidad, resultan discriminadas –al no serles de aplicación el instituto de invitación al pago– las trabajadoras por cuenta propia incluidas en los Regímenes Especiales Agrario y de Trabajadores del Mar.

- Al igual que sucede para las trabajadoras por cuenta ajena, durante la situación de riesgo durante el embarazo, se mantiene la obligación de cotizar a la Seguridad Social, en los mismos términos que en los períodos de actividad. No obstante, las trabajadoras pertenecientes al Régimen de Autónomos pueden solicitar ante la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social un aplazamiento de cuotas ¹⁵¹, por todo el período de suspensión de la actividad, salvo la mensualidad en que se cause la prestación.
- En cuanto al procedimiento en orden al reconocimiento del derecho al subsidio, las reglas particulares, aplicables a las trabajadoras por cuenta propia, son las siguientes:
 - La solicitud ¹⁵² deberá ir acompañada de informe del facultativo del Instituto Nacional de la Salud o del Servicio Público de Salud equivalente, que asista facultativamente a la trabajadora, en el que se acredite la situación de embarazo y que las condiciones del trabajo o actividad profesional desempeñadas influyen negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o la del feto. El informe consta de un original y dos copias; se entregan a la trabajadora el original, una copia se tramitará a la Inspección de Servicios Sanitarios del Instituto Nacional de la Salud u órgano equivalente del Servicio Público de Salud correspondiente y la otra quedará en poder del facultativo.
 - De igual modo, es necesaria una declaración de la trabajadora acreditativa de la actividad desarrollada, así como sobre la inexistencia de un trabajo o función en tal actividad compatible con su estado que pueda ser llevada a cabo por aquélla, en su condición de trabajadora por cuenta propia, o de empleada de hogar. Cuando la trabajadora autónoma preste servicios en sociedades cooperativas o sociedades laborales o mercantiles, dicha declaración ha de ser realizada por el administrador de la sociedad.
 - A la vista del informe y declaración señalados, los servicios médicos de la Dirección Provincial de la Entidad Gestora correspondiente ¹⁵³ han de proceder a emitir certificación en que se acredite que las condiciones de la actividad desempeñada influyen negativamente en la salud de la trabajadora y/o del feto. La expedición de estos certificados es de tramitación preferente.

¹⁵¹ En los términos contenidos en los artículos 40.1 y 42.1 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del sistema de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, en la redacción dada por la Disposición Final 3.ª RDM.

¹⁵² Las solicitudes deben contener los datos relativos a la actividad profesional desempeñada por la trabajadora afectada, descripción del trabajo concreto que realizase, así como el riesgo específico que presenta para el embarazo.

¹⁵³ INSS, salvo en el caso de trabajadoras por cuenta propia incluidas en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, en cuyo caso, la Entidad Gestora competente es el ISM.

- La respectiva Dirección Provincial de la Gestora correspondiente dispone de un plazo de 30 días, para dictar y notificar la resolución que reconozca o deniegue la prestación económica de riesgo durante el embarazo ¹⁵⁴.

IV. LA INCIDENCIA EN LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE FAMILIARES

1. Configuración genérica de la excedencia.

La legislación laboral contempla la posibilidad de que la relación laboral sea suspendida, como consecuencia de que el trabajador/trabajadora tenga que dedicarse temporalmente al cuidado de un hijo, de un menor o de otros familiares. Esta figura jurídica –que en el derecho comparado se conoce con la denominación de *permiso parental* (tal denominación se contiene en el Acuerdo Marco sobre el permiso parental, de 14 de diciembre de 1995 ¹⁵⁵ y en la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996 ¹⁵⁶)– está regulada en el artículo 46.3 ET, que ha conocido una mejora indudable con la LCVF, y que también es objeto de regulación, en el ámbito de la Seguridad Social, a través del RDM.

La LCVF ¹⁵⁷ utiliza el término de *excedencia por cuidado de familiares*, dentro de la que se diferencia la *excedencia por cuidado de hijos* ¹⁵⁸, de la *excedencia por cuidado de otros familiares*. Son ambas excedencias a las que el propio ordenamiento laboral califica como forzosas ¹⁵⁹ (por lo

¹⁵⁴ Si el certificado de los servicios médicos de la Dirección Provincial de la Entidad Gestora correspondiente es favorable al cese en la actividad y se trata de trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, antes de que se dicte la resolución, están 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 aquéllas sean titulares o, en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad.

¹⁵⁵ Suscrito entre las Organizaciones europeas UNICE, CEEP y CES. El Acuerdo Marco aparece publicado en el DOCE de 19 de junio de 1996.

¹⁵⁶ Un análisis de esa Directiva y su transposición al ordenamiento español en VILLA GIL, L.E. y LÓPEZ CUMBRE, L.: «Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34/CE, sobre permiso parental». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º Extra. 1999.

¹⁵⁷ Artículo 4.

¹⁵⁸ La doctrina (LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Permiso parental y Seguridad Social». *Civitas*. N.º 83, Mayo/junio. 1997) pone de manifiesto que en la evolución de la regulación jurídica de la excedencia por familiares hay dos hitos fundamentales: uno, la extensión de su titularidad a los hombres, en la redacción originaria del ET; otro, la introducción, aunque entonces limitada al primer año de excedencia, de los efectos propios de la forzosa, en la redacción al ET por la Ley 3/1989.

¹⁵⁹ Un análisis de la excedencia de cuidado de hijos y de su evolución normativa en BALLESTER PASTOR, M.A.: «Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos». *Tribuna Social*. 68/69. 1997; CORTE HEREDERO, N.: «La atención de las responsabilidades familiares a través de

que resulta de aplicación a las mismas los efectos de tal clase de excedencias)¹⁶⁰ en las que existe un objetivo básico, como es el de garantizar la compatibilidad entre una actividad profesional y el cuidado de unos familiares directos, evitando que la atención y el cuidado de aquéllos pueda suponer un grave obstáculo para el reingreso del trabajador (con especial incidencia en la mujer) al mercado de trabajo, una vez acabado el período de cuidado.

En síntesis, la regulación jurídica de las modalidades de excedencia por cuidado de familiares es la siguiente:

- La excedencia por cuidado de hijo menor, lo sea por filiación o por adopción, a la que se añaden las situaciones de acogimiento familiar, en sus modalidades de permanente y preadoptivo. La excedencia tiene una duración máxima de 3 años, a contar desde el nacimiento, desde la adopción o el acogimiento¹⁶¹. En este supuesto, son titulares del derecho el padre y la madre, sin distinción alguna; en caso de separación o divorcio, el derecho corresponderá a quien ejerza la custodia del hijo.
- La excedencia, con una duración máxima de 1 año, por cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, que, por razón de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo, y no realice una actividad retribuida.
- En ambos casos, la excedencia puede ser disfrutada conjuntamente por ambos padres, circunstancia que contrasta con la legislación anterior, conforme a la cual, en el caso de que el padre y la madre trabajasen, sólo uno de ellos podía hacer uso de la excedencia. En la nueva regulación la excedencia se constituye como un derecho individual, si bien si los dos trabajadores prestan servicios para la misma empresa y generan el correspondiente dere-

la excedencia laboral: examen del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores». *Documentación Laboral*. N.º 59. 1999; DILLA CATALÁ: «La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos». *AL*. N.º 40. 1995; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La excedencia por cuidado de hijos en el ámbito laboral». *PJ*. N.º 38. 1995; LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Permiso parental...», *op. cit.*; PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1995; o QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: «La excedencia para el cuidado de familiares mayores». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros. N.º 214. Enero. 2001.

¹⁶⁰ Como son, aparte de la incidencia en el sistema de la Seguridad Social, los de reserva de puesto de trabajo; el derecho al cómputo de antigüedad; o el derecho a ser convocado por el empresario para la realización de cursos de formación. Un amplio análisis de la excedencia por cuidado de familiares, en RIVAS VALLEJO, P.: «La suspensión del contrato...», *op. cit.* Cap. III. *Vid.*, también TORTUERO PLAZA, J.L.: «Excedencia por cuidado de hijo. Técnica jurídica versus institución jurídica». En AA.VV.: «La suspensión del contrato de trabajo». *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Madrid. 1994.

¹⁶¹ La LCVF sigue manteniendo que el inicio de la excedencia se computa desde el nacimiento, con lo cual se acaba con la polémica –surgida con la Ley 4/1995– sobre si dicho cómputo podía iniciarse en la fecha en que terminase la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, ya que, en caso contrario, el período de excedencia resulta inferior a los 3 años. Por ejemplo, TORTUERO PLAZA, J.L.: «La excedencia...» *op. cit.* o GARCÍA NINET, J.I.: «La nueva reforma del Estatuto de los Trabajadores. La regulación del permiso parental y por maternidad». *Tribuna Social*, N.º 52. 1995.

cho por el mismo sujeto, el empresario puede limitar ¹⁶² su ejercicio simultáneo, basando esa limitación en razones justificadas de funcionamiento. Consecuentemente, en el ejercicio de este derecho de excedencia pueden darse varias situaciones, por ejemplo:

- Que los dos trabajadores trabajen en la misma empresa y generen derecho por la misma persona. En este caso, el empresario puede limitar el derecho simultáneo; pero de no efectuarlo, cabría la excedencia para los dos trabajadores.
 - Que, en la situación descrita anteriormente, se genere el derecho por dos sujetos distintos. En este supuesto, al ser distintos los sujetos causantes, cabe la excedencia por ambos trabajadores.
 - Que los dos padres sean trabajadores de distinta empresa. Cabe el derecho de excedencia por ambos trabajadores, fuese o no el mismo sujeto el causante de la excedencia.
- Cuando un nuevo sujeto causante dé derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma origina el fin de la que viniese disfrutando.
 - Por último, el período de excedencia es computable a efectos de antigüedad y el trabajador tiene derecho a participar en cursos de formación, a cuya finalidad el empresario viene obligado a llamarle, especialmente con ocasión de su reincorporación. De igual modo, se sigue configurando la excedencia con reserva de puesto de trabajo, si bien mientras que en el primer año de excedencia ¹⁶³ existe una reserva al puesto de trabajo, por lo que, si se mantiene el puesto, han de mantenerse también las condiciones esenciales inherentes al mismo, si bien, al tratarse de un contrato que se halla en suspenso, el puesto de trabajo puede experimentar alteraciones, aunque el trabajador no desempeñe las funciones correspondientes al mismo. A su vez, durante los períodos subsiguientes, la reserva lo es a un puesto de trabajo de categoría equivalente ¹⁶⁴.

2. La incidencia de la excedencia en las prestaciones de Seguridad Social.

El disfrute de la excedencia puede presentar problema para sus beneficiarios, en relación con la Seguridad Social, ya que aquélla origina la baja en la empresa y, por tanto, la baja del trabajador en la Seguridad Social (salvo que el mismo haga uso, de forma voluntaria, de la suscripción del

¹⁶² Este límite no alcanzará a los supuestos de disfrute sucesivo por diferentes familiares respecto del mismo sujeto causante, ni tampoco al disfrute simultáneo, cuando los trabajadores presten servicios en diferentes empresas, ni cuando en su trabajo para el mismo empresario, basen el derecho a la excedencia en un sujeto causante distinto.

¹⁶³ El derecho a la reserva del puesto de trabajo se cuenta a partir del inicio del período de excedencia que, a su vez, comienza desde la fecha en que es solicitada, y no desde la fecha del nacimiento del hijo. *Vid.* SAN 8 de marzo de 1990.

¹⁶⁴ *Vid.*, STSJ Canarias (Las Palmas) de 25 de abril de 1997 o STSJ de Murcia de 24 de abril de 1990. El puesto de trabajo puede estar ubicado en centro de trabajo localizado en localidad diferente al anterior, ya que la reserva lo es dentro de la empresa, no del centro de trabajo. STSJ Castilla y León (Valladolid) de 25 de octubre de 1994.

Convenio especial en el sistema de la Seguridad Social ¹⁶⁵) produciendo con ello una ruptura en la *carrera de aseguramiento* de la persona que se ha acogido a la excedencia, con sus implicaciones en los futuros derechos de Seguridad Social.

De la normativa anterior al RDM, la incidencia de la excedencia por cuidado de hijo menor o de familiar imposibilitado a causa de la edad, de un accidente o por la enfermedad, en sus relaciones con la Seguridad Social, era la siguiente:

- Durante el primer año de excedencia, cuando la misma tenía su causa en el cuidado de hijos, el período se computaba como cotizado a la Seguridad Social, no así para el resto del período de excedencia ¹⁶⁶. El primer año de reserva de puesto de trabajo, en el caso de cuidado de hijos, se considera cotizado a efectos de las prestaciones de Seguridad Social, salvo las prestaciones por IT, la maternidad y el desempleo. Respecto a esta última prestación, el ordenamiento vigente determina que el período de excedencia (el período de 3 años) no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones de desempleo¹⁶⁷.
- El beneficio anterior no se extendía al supuesto de excedencia por cuidado de otros familiares, dada la literalidad del artículo 180 LGSS. Por ello, el período de un año de excedencia no se podía considerar como cotizado a la Seguridad Social, ni tampoco como situación asimilada al alta.

¹⁶⁵ En los términos y con los requisitos recogidos en la Orden del entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 18 de julio de 1991.

¹⁶⁶ La limitación no opera con relación a los funcionarios públicos incluidos en el Régimen de la Seguridad Social, ya que el artículo 29.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (en la redacción incorporada por la Ley 3/1989) establece que el período de excedencia surtirá efectos en los derechos pasivos. Habrá que entender que esta expresión se refiere a los derechos de Seguridad Social de los funcionarios –cualquiera que sea el Régimen de Seguridad Social en el que quedan incluidos, y no sólo a los pertenecientes al Régimen de «Clases Pasivas del Estado»– pues, en otro caso, se establecería un tratamiento diferenciado sin ninguna justificación. Un análisis de la prestación familiar no económica –constituida por la consideración como cotizado a la Seguridad Social del primer año de excedencia– en BLASCO LAHOZ, J.F.: «Las prestaciones familiares por hijo a cargo en el vigente sistema público de Seguridad Social». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros. N.º 216. Madrid. Marzo/2001; PANIZO ROBLES, J.A.: «Las prestaciones familiares del sistema de la Seguridad Social». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 29. Madrid. 2001, PÉREZ ALONSO, A. y MORRO LÓPEZ, J.J. «La protección familiar en el ámbito de la Seguridad Social: las prestaciones económicas por hijo a cargo». *Revista de Treball*. N.º 15. 1991.

¹⁶⁷ Artículo 4.º de la Ley 4/1995. En relación con el desempleo, con anterioridad a la Ley 4/1995, la jurisprudencia había entendido que gozaba del beneficio de lo dispuesto en el artículo 180 b) LGSS, es decir, que el primer año de excedencia se consideraría como cotizado a efectos de esta prestación –dado que en dicho artículo no existía previsión en contrario, respecto al desempleo–. Tras la entrada en vigor de la Ley 4/1995, la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre si la misma implica una derogación tácita del artículo 180 b) LGSS –en lo que respecta al desempleo– o no.

En consecuencia, el interesado, tanto en los dos últimos años de la excedencia por cuidado de hijo o menor acogido, como en la excedencia por otros familiares se encuentra en una situación de baja, respecto a la Seguridad Social, salvo que suscriba un Convenio especial, al que se refiere la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 9 de enero de 2001 ¹⁶⁸, ya que el Convenio especial está configurado en el ordenamiento de la Seguridad Social como una situación de asimilación al alta ¹⁶⁹. Sin embargo, la eventualidad de suscripción del Convenio especial no siempre resulta fácil, dado el coste que supone la cuota a abonar durante el mismo ¹⁷⁰, coste que se enmarca en un período de pérdida de las retribuciones, consustancial con la interrupción en la prestación de servicios. Por tanto, de no suscribirse ese Convenio especial, la situación de excedencia por cuidado de hijos o de otros familiares podía presentar dificultades a los interesados para acceder a las prestaciones, tanto por tratarse de las que requieren, entre otros requisitos, que el beneficiario se encuentre en alta o en una situación asimilada, o por no poder acceder a las mismas por no cumplir el requisito del período de cotización.

EL RDM ¹⁷¹ pretende dar solución, siquiera sea de forma parcial, a la problemática señalada, al establecer:

- La consideración, como situaciones de asimilación al alta, a efectos de todas las prestaciones de Seguridad Social (salvo IT y maternidad), de los períodos de excedencia por cuidado de hijo (lo sea por naturaleza o adopción, así como en los casos de acogimiento familiar, permanente o preadoptivo) o por cuidado de familiar, todo ello con la finalidad de hacer posible el nacimiento, en las indicadas situaciones, de la protección adecuada frente a las contingencias sobrevenidas. Con ello, los beneficios de la nueva regulación de excedencia no sólo se proyectan sobre el contrato de trabajo, sino que inciden también de modo positivo sobre la relación de Seguridad Social.
- En lo que respecta a la excedencia por cuidado de hijo, la nueva regulación no modifica la consideración, como período cotizado, a efecto de las prestaciones de Seguridad Social (salvo IT y maternidad) del primer año de la excedencia.

¹⁶⁸ Dictada para la aplicación y el desarrollo de la Adicional 2.ª LCVF. A través de la misma se modifica el artículo 14 de la Orden de 18 de julio de 1991, reguladora del Convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.

¹⁶⁹ Artículo 125 LGSS y artículo 36 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variación de datos de los trabajadores en el sistema de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

¹⁷⁰ Que supone el 94% de la cuota que se aplicaría en activo (siempre que el interesado hubiese mantenido la base de cotización que tenía en activo). De acuerdo con la normativa reguladora del Convenio especial –Orden del entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 18 de julio de 1991–, durante la situación de Convenio especial el interesado, a efectos de la base de cotización, tiene una triple opción: mantener la base de cotización por la que se venía cotizando antes de suscribir el Convenio; la base mínima de cotización correspondiente al Régimen en el que se suscribe el Convenio; cualquier base de cotización que esté comprendida entre las dos anteriores.

Por ejemplo, para un trabajador con una base mensual de cotización de 200.000 ptas. (y de mantener la misma), la cuota durante el período del Convenio sería de 53.204 ptas.

¹⁷¹ Disposición Adicional 3.ª.

- Por lo que se refiere a la excedencia por cuidado de familiares, la legislación laboral (art. 46.3 ET) establece la posibilidad de que, en estos casos, el período de excedencia pueda tener una duración superior a un año, a través de la negociación colectiva. La redacción de la Disposición Adicional permite contemplar y dar cabida a dicha posibilidad, de manera que todo el período de duración de la excedencia por cuidado de familiares –aunque sea superior a un año– que se haya pactado en el convenio colectivo respectivo, tiene la consideración de situación asimilada al alta, con los efectos indicados.
- Por último, en cuanto a las prestaciones por desempleo, se extiende a la excedencia por cuidado de familiares lo previsto para la excedencia por cuidado de hijos (art. 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo).