

JOSEP MORENO GENÉ

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de Lleida

ANA M.^a ROMERO BURILLO

Profesora (TIEU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de Lleida

AGNÈS PARDELL VEÀ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de Lleida

Extracto:

LA preocupación del ordenamiento jurídico español por la protección del trabajo de la mujer y, en especial, durante la situación de maternidad, se ha manifestado de forma reiterada. Esta preocupación, sin embargo, no se ha trasladado con la misma intensidad a la protección de la salud de la trabajadora embarazada hasta fechas recientes, con la aprobación de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales que introdujo, por primera vez, diversas medidas de protección de la salud de la trabajadora embarazada, medidas que se vieron mejoradas posteriormente con la Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que introdujo, como principales novedades en materia de protección de la salud durante el embarazo, la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y una nueva prestación de Seguridad Social para la cobertura de esta contingencia.

La incorporación de esta nueva prestación requería de un desarrollo reglamentario, el cual, sin embargo, no se ha producido hasta la reciente aprobación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, por tanto, con dos años de retraso respecto a la ley que pretende desarrollar.

En este trabajo se aborda el estudio de este Real Decreto 1251/2001, analizándose, por tanto, el régimen jurídico previsto en el mismo para la prestación por riesgo durante el embarazo.

Sumario:

1. Antecedentes normativos de la prestación por riesgo durante el embarazo.
2. El subsidio por riesgo durante el embarazo de las trabajadoras por cuenta ajena.
 - 2.1. Situación protegida: la suspensión del contrato de trabajo.
 - 2.2. Beneficiarias.
 - 2.3. Cuantía de la prestación.
 - 2.4. Dinámica de la prestación.
 - A) Nacimiento, duración y extinción del derecho.
 - B) Denegación, anulación y suspensión del derecho.
 - 2.5. Gestión de la prestación económica y procedimiento para el reconocimiento del derecho.
3. El subsidio por riesgo durante el embarazo de las trabajadoras por cuenta propia.
 - 3.1. Consideraciones previas.
 - 3.2. Trabajadoras beneficiarias.
 - 3.3. Situación protegida.
 - 3.4. Requisitos y procedimiento para el reconocimiento del derecho al subsidio.
 - 3.5. Cuantía de la prestación.
 - 3.6. Dinámica de la prestación.

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

La aprobación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras ¹ incorporó, junto a diversas medidas tendentes a la consecución de la conciliación de trabajo y familia, que constituían el objetivo fundamental de la norma ², otras disposiciones dirigidas a completar la adaptación de nuestro ordenamiento a las Directivas comunitarias, entre las cuales se encontraba la Directiva 92/85/CEE, superando incluso los niveles mínimos de protección previstos en las mismas ³.

Por lo que respecta a la materia que es objeto de nuestro estudio, los cambios que se introdujeron se centraban esencialmente en el reconocimiento del derecho a la dispensa del trabajo para la trabajadora cuando se acredita una situación de riesgo para su salud y no sea posible ni la adapta-

¹ BOE de 6 de noviembre de 1999. Para un estudio en profundidad de las novedades que introduce esta norma en materia de protección de la salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente y en período de lactancia, *vid.*, BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral*. Ed. 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*, núm. 61/2000; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras». *Relaciones Laborales*, núm. 24/1999; LOUSADA AROCHENA, J.F.: «El riesgo durante el embarazo (I y II)». *Actualidad Laboral*, núm. 27/2001; MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: «La prestación por "riesgo durante el embarazo" tras la Ley 39/1999». *Aranzadi Social*, vol. V/1999; MELLA MÉNDEZ, L.: «Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y seguridad social». *Aranzadi Social*, vol. V/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*, núm. 19/1999; MONTOYA MELGAR, A.: «Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales». *Aranzadi Social*, vol. V/2000; MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: *Maternidad y Salud Laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000; PANIZO ROBLES, J.A.: «La Ley 39/1999 y su incidencia en la Seguridad Social». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 201/1999; PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/99 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales». *Temas Laborales*, núm. 52/1999; PIZA GRANADOS, J.: «Maternidad y prevención de riesgos laborales en la Ley 39/1999». *Aranzadi Social*, vol. V/1999; RIVAS VALLEJO, M.P.: «Las relaciones entre trabajo y familia: la Ley 39/1999, una reforma técnica». *Tribuna Social*, núm. 108/1999; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)». *Relaciones Laborales*, núm. 19/1999 y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 99/2000.

² En este sentido, y tal y como señalaba la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, la ley introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

³ *Vid.*, igualmente, la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999.

ción de las condiciones y/o del tiempo de trabajo, ni el cambio de puesto de trabajo o función, para lo cual se introduce un nuevo apartado tercero en el artículo 26 LPRL, en el que se prevé dicha posibilidad ⁴.

La trabajadora que se encuentre en la situación prevista en el artículo 26.3 LPRL pasa a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, durante el tiempo que resulte necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado, lo cual supone la incorporación de un nuevo supuesto de suspensión del contrato de trabajo que da lugar a un nuevo apartado 5.º en el artículo 48 ET denominado suspensión con reserva de puesto de trabajo en el supuesto de riesgo durante el embarazo.

En los supuestos en que se produzca la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, se interrumpe, entre otras obligaciones inherentes al contrato de trabajo, la obligación del empresario de abonar el salario correspondiente a la trabajadora. Para paliar la falta de rentas que ello produciría en la trabajadora, el artículo 14 de la Ley 39/1999 incorporó un nuevo Capítulo IV Ter, en la LGSS, que bajo el título de riesgo durante el embarazo abarca los artículos 134 y 135 de la citada norma ⁵.

La incorporación de esta nueva prestación en el ordenamiento jurídico ha supuesto la opción definitiva por hacer recaer el coste de la dispensa del trabajo por riesgo durante el embarazo en el sistema de la Seguridad Social, apartándose, por tanto, de aquellas opciones doctrinales que hacían recaer dicho coste sobre el empresario. Esta nueva prestación, además de ser perfectamente acorde con las previsiones del artículo 11.1 de la Directiva 92/85/CEE, resulta un mecanismo más idóneo para facilitar el acceso y la permanencia de la mujer en el mercado de trabajo.

Asimismo, se ha optado por establecer una prestación autónoma con respecto a las ya existentes de IT y maternidad, opción que entendemos acertada ya que el supuesto protegido no responde a ninguna de las contingencias cubiertas por estas prestaciones ⁶, si bien se ha tomado

⁴ Con este precepto, como se pone de manifiesto en el Dictamen elaborado por el CES sobre el Anteproyecto de la Ley de Conciliación de la vida familiar y laboral, «se da respuesta a la situación de inseguridad jurídica creada cuando un puesto de trabajo entraña riesgo para la mujer trabajadora embarazada, y no sea posible su adaptación, ni tampoco la empresa pueda ofertar otro».

⁵ Asimismo, la incorporación de esta nueva prestación supuso otras modificaciones de la LGSS, que se concretaron en los artículos 11 a 13 y 16 de la Ley 39/1999, entre las que destacan la modificación del artículo 38.1 c) LGSS, que introduce una nueva contingencia en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social y del artículo 106.4 LGSS, que establece la obligación de seguir cotizando durante la situación de riesgo durante el embarazo.

⁶ El profesor RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La conciliación de la vida familiar...», *op. cit.*, pág. 8, apoyándose en la Declaración del Consejo y de la Comisión, de 19 de octubre de 1992, relativa al punto 3 del artículo 11 de la Directiva 92/85/CEE, considera que el hecho de establecer una prestación distinta a la IT pone de manifiesto que el riesgo durante el embarazo no se considera una enfermedad. En este mismo sentido se manifiesta también SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «La suspensión...», *op. cit.*, pág. 43.

como punto de referencia la prestación por IT derivada de enfermedad común ⁷, por lo que habrá que estar a lo establecido para esta prestación en todas aquellas cuestiones no previstas por la normativa ⁸.

La situación protegida por el nuevo artículo 134 LGSS coincide con el supuesto de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo. En este sentido, el artículo 134 LGSS establece que, a efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida 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, 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.

Las modificaciones comentadas necesitaban de un desarrollo reglamentario que, si bien en relación con el reconocimiento de la prestación por riesgo durante el embarazo para las trabajadoras por cuenta ajena sería meramente técnico y de gestión dada la detallada regulación que se contenía en la LGSS, en el caso de las trabajadoras por cuenta propia dicho desarrollo resultaba más urgente, ya que la propia ley remitía los términos y condiciones de la concesión de la prestación a lo que se estableciera reglamentariamente ⁹.

Pese a ello, este desarrollo normativo no ha llegado hasta la reciente aprobación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo ¹⁰, por tanto, con dos años de retraso respecto a la ley que pretende desarrollar. Este dato contrasta cuanto menos con la utilización mediática con que el Gobierno acompañó la aprobación de la Ley 39/1999, que sin embargo no se ha visto correspondida con la diligencia necesaria en cuanto a su desarrollo, dificultándose de este modo su plena y satisfactoria aplicación.

El Real Decreto 1251/2001, tal y como se apunta en su Exposición de Motivos, sigue las líneas básicas de la Ley 39/1999, manteniendo la sistemática y estructura tradicional en el ordenamiento jurídico de las prestaciones económicas de la Seguridad Social. La regulación contenida en esta nor-

⁷ El profesor MIÑAMBRES PUIG, C.: «La protección social en el proyecto...», *op. cit.*, pág. 27, no comparte el criterio adoptado por el legislador, y considera que el riesgo durante el embarazo debería haberse configurado como una circunstancia más dentro de la situación protegida de maternidad, y no como una IT derivada de enfermedad común. El profesor GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999...», *op. cit.*, pág. 34, considera que hubiera sido preferible tomar como base la IT por riesgo profesional ya que la causa que motiva la suspensión del contrato se origina ante la posibilidad de sufrir un riesgo a consecuencia del trabajo.

⁸ Un estudio comparado del alcance y contenido de ambas prestaciones en BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación...*, *op. cit.*, págs. 45 a 47.

⁹ *Vid.*, Disposición Adicional 8.ª, apartado 3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la que se establece que «Lo previsto en los artículos 134, 135 y 166 será aplicable, en su caso, a los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales. Asimismo resultará de aplicación a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial del Mar, Régimen Especial Agrario y Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente».

¹⁰ BOE de 17 de noviembre de 2001.

mativa parte de la regulación prevista para las situaciones de IT, incorporando el Real Decreto las necesarias particularidades de adaptación, regulando con detalle el procedimiento y actuaciones precisas para el reconocimiento del derecho al subsidio ¹¹.

Ahora bien, el hecho de que la redacción definitiva de la Ley 39/1999 contemple en su artículo 17 que lo previsto en los artículos 134, 135 y 166 LGSS sea también de aplicación a las trabajadoras por cuenta ajena de los Regímenes Especiales y a las trabajadoras por cuenta propia incluidas en el Régimen Especial del Mar, Régimen Especial Agrario y Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, ha comportado que el Real Decreto lleve a cabo una regulación diferenciada para las trabajadoras por cuenta propia y para las trabajadoras por cuenta ajena ¹². En consecuencia, de acuerdo con esta sistemática, en los apartados siguientes se procederá a analizar el subsidio por riesgo durante el embarazo diferenciando las normas aplicables a las trabajadoras por cuenta ajena de aquellas aplicables a las trabajadoras por cuenta propia.

2. EL SUBSIDIO POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO DE LAS TRABAJADORAS POR CUENTA AJENA

2.1. Situación protegida: la suspensión del contrato de trabajo.

El artículo 14.1 del Real Decreto 1251/2001 define la situación protegida de la prestación económica por riesgo durante el embarazo como aquella en la que se encuentra la trabajadora embarazada durante el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo ésta cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

Esta delimitación positiva de la situación protegida por el subsidio por riesgo durante el embarazo debe complementarse con la previsión contenida en el apartado 2.º del artículo 14 Real Decreto 1251/2001, en donde se establece que de conformidad con lo establecido en el apartado anterior, no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado.

¹¹ *Vid.*, Exposición de Motivos del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre.

¹² No debe olvidarse que las previsiones iniciales del Anteproyecto de la Ley 39/1999, únicamente reconocían la prestación por riesgo durante el embarazo a las trabajadoras por cuenta ajena, lo cual fue objeto de crítica en el Informe emitido por el CES al considerar que la ampliación del ámbito subjetivo de la prestación por riesgo durante el embarazo resultaba una exigencia derivada de las Directivas 86/378/CEE y 86/613/CEE, relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los Regímenes de Seguridad Social y que ejerzan una actividad autónoma, incluida la agraria, respectivamente.

Se observa que mientras la delimitación que se contiene en el apartado primero coincide con la redacción contenida en el artículo 134 LGSS, por el contrario, el contenido del apartado 2.º del artículo 14 Real Decreto 1251/2001 no se encontraba recogido en la normativa reguladora del subsidio de riesgo durante el embarazo. Esta circunstancia nos obliga, por tanto, a analizar si se trata únicamente de una precisión de lo contenido en el apartado 1 del artículo 14 o si, por el contrario, añade algún elemento nuevo a la delimitación de la situación protegida por este subsidio.

En este punto, la respuesta no puede ser más que considerar que dicho precepto delimita, desde un punto de vista negativo, lo que ya el apartado 1.º del artículo 14 Real Decreto 1251/2001 establecía desde un punto de vista positivo, constituyendo simplemente una exclusión declarativa de aquellos supuestos en que puedan existir riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto que no estén relacionadas con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo relacionados con el puesto desempeñado. No debemos olvidar que la prestación a que da lugar esta situación únicamente da cobertura a aquellos supuestos en los que el riesgo deriva del puesto de trabajo y no de la persona trabajadora, por lo que los riesgos o patologías que no deriven del trabajo no pueden ser objeto de protección por esta prestación, debiendo articular en estos supuestos otras medidas de protección, como por ejemplo, el recurso a la situación de IT por contingencias comunes ¹³. En consecuencia, cualquier otra interpretación de dicho apartado, que supusiera la exclusión de algún riesgo vinculado al puesto de trabajo desempeñado, constituiría una extralimitación de las funciones de desarrollo que corresponden al reglamento en relación con la Ley y, por tanto, resultaría inaceptable.

De acuerdo con esta interpretación, la situación protegida por el Real Decreto 1251/2001 coincide con las previsiones del artículo 134 LGSS, lo que hace necesaria la previa delimitación del supuesto de hecho consistente en la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo para conocer, de este modo, los supuestos en los cuales la trabajadora podrá solicitar la correspondiente prestación de Seguridad Social.

La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo se ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico por medio de la Ley 39/1999 que modificó la redacción del artículo 26 LPRL, incorporando un nuevo apartado en el que se prevé que se declare el paso a la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud, cuando no sea posible ni la adaptación de las condiciones y/o del tiempo de trabajo (art. 26.1), ni la movilidad funcional (art. 26.2), por no resultar técnica u objetivamente posible o por no poder razonablemente exigirse por motivos

¹³ Vid., GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999...», *op. cit.*, pág. 30, que indica que no se verán protegidos por este supuesto de suspensión aquellos casos en que, por las molestias propias del embarazo o las afecciones que dicho estado conlleva, la trabajadora no pueda desarrollar temporalmente la prestación de trabajo, debiéndose acudir en estos supuestos a la suspensión por IT y, asimismo, tampoco se trata de una suspensión por imposibilidad de la prestación, puesto que la trabajadora puede desarrollar otra prestación de trabajo en un puesto diferente en el que no se produzcan los riesgos para ella o para el embarazo.

justificados ¹⁴. Este nuevo supuesto de suspensión del contrato de trabajo se encuentra asimismo recogido en el artículo 45.1 d) ET que establece que el contrato de trabajo puede suspenderse por riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora, así como también en el artículo 48.5 ET ¹⁵. Se opta, de esta forma, por una configuración autónoma de esta nueva causa de suspensión contractual, distinta de las ya previstas para la maternidad y para la IT, lo cual responde tanto al protagonismo e importancia que quiere darse a ésta, como a las peculiaridades de su régimen jurídico en cuanto a contingencia protegida de la Seguridad Social ¹⁶.

El artículo 26.3 LPRL exige para acceder a la suspensión del contrato de trabajo dos requisitos: en primer lugar, la exigencia de una situación de riesgo para la salud de la trabajadora y/o del feto, lo cual deberá acreditarse por medio del certificado e informes correspondientes y, en segundo lugar, que no resulte técnica u objetivamente posible, o bien no pueda ser razonablemente exigible por motivos justificados el cambio de funciones o de puesto de trabajo de la trabajadora afectada.

Respecto al primer requisito, debe recordarse que la dispensa del trabajo al que se refiere el artículo 26.3 constituye el tercer nivel de protección de la salud de la trabajadora embarazada previsto en el artículo 26 LPRL y, por tanto, el certificado médico que se exige será necesario para acreditar que la adaptación de las condiciones y/o del tiempo de trabajo no resulta posible o, a pesar de llevarse a cabo la adaptación, las condiciones del puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la embarazada o del feto. El régimen jurídico previsto para la certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo de trabajadoras por cuenta ajena ha sido ampliamente desarrollado por el Real Decreto 1251/2001, en su Disposición Adicional 2.ª.

Este certificado debe ser expedido por los servicios médicos de la Entidad Gestora correspondiente (Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Instituto Social de la Marina) o de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social a la que esté asociada la empresa, a los efectos de la prestación económica de la IT, derivada de contingencias comunes (art. 26.3 LPRL y Disposición Adicional 2.ª, apartado 1.º RD 1251/2001), con el informe del médico del servicio de salud, que asista facultativamente a la trabajadora, en el que se exprese la situación de embarazo de la trabajadora, así como que las condiciones del puesto de trabajo desempeñado pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto (Disposición Adicional 2.ª, apartado 2.º RD 1251/2001).

¹⁴ El artículo 21 de la Ley 39/1999 establece igualmente una dispensa del trabajo para el supuesto de funcionarios, para lo cual ha introducido un nuevo apartado 3 en el artículo 69 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado en el que se prevé una licencia por riesgo durante el embarazo, lo cual es coherente con el ámbito de aplicación de la LPRL, que en su artículo 3 incluye expresamente a las relaciones de carácter administrativo y estatutario del personal civil al servicio de las Administraciones Públicas.

¹⁵ La introducción de este supuesto de suspensión del contrato de trabajo supone la incorporación a nuestro ordenamiento de las previsiones contenidas en el apartado 3.º del artículo 5 de la Directiva 92/85/CEE en la que se establece como tercer nivel de protección la posibilidad de que la trabajadora afectada fuera dispensada del trabajo durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o su salud, lo cual, sin embargo, sólo se ha conseguido de forma parcial.

¹⁶ MELLA MÉNDEZ, L.: «Situación de riesgo...», *op. cit.*, pág. 1.221 y LOUSADA AROCHENA, J.F.: «El riesgo...», *op. cit.*, pág. 580.

Esta exigencia de un doble control del riesgo para la salud de la trabajadora embarazada se aparta de la inicial redacción del artículo 26.1 y 26.2 LPRL, que consideraba suficiente que el certificado se efectuase por el médico que, en el respectivo régimen de Seguridad Social, prestase la asistencia a la trabajadora.

Por tanto, mientras la anterior redacción del artículo 26.2 LPRL únicamente exigía un certificado del médico que en el Régimen de la Seguridad Social aplicable asistiera facultativamente a la trabajadora, en el actual redactado se exige que el certificado sea realizado por los Servicios Médicos de la Entidad Gestora correspondiente o de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social con el informe del médico del Servicio Nacional de la Salud que asista facultativamente a la trabajadora.

El cambio producido supone, en primer lugar, una modificación del sujeto emisor del certificado médico que debe acreditar que las condiciones de un puesto de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, que pasa del médico de la Seguridad Social que asista facultativamente a la trabajadora ¹⁷ a los Servicios Médicos de la Entidad Gestora correspondiente o de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y, en segundo lugar, se introduce la exigencia de la emisión de un informe del médico del Servicio Nacional de la Salud que asista facultativamente a la trabajadora.

Respecto al primer cambio, deben plantearse cuáles pueden ser las finalidades que han impulsado al legislador a sustraer al médico de la Seguridad Social la emisión del certificado médico para atribuir dicha facultad a los Servicios Médicos de la Entidad Gestora o de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, si bien, se mantiene la participación del primero a través de un informe.

El protagonismo otorgado a las Entidades Gestoras por el nuevo artículo 26.2 LPRL se debe, con toda seguridad, a la inclusión a través del artículo 26.3 LPRL de una nueva prestación en el ámbito de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social justificada en el riesgo durante el embarazo, habiéndose querido introducir, de esta manera, un control de dicha prestación, cuya gestión, como hemos puesto de manifiesto, corresponde directamente a dichas Entidades (art. 134.4 LGSS). Esta explicación justificaría, asimismo, que no se hubiera introducido ningún género de participación de las Entidades Gestoras en el supuesto de protección de la trabajadora durante el período de lactancia, ya que en este caso no se prevé ni la suspensión del contrato de trabajo, ni la correspondiente prestación a cargo de la Seguridad Social.

¹⁷ Debe ponerse de manifiesto que no resulta comprensible que el certificado médico por el que se acredita la necesidad del cambio de puesto de trabajo debiera expedirse en todo caso por el médico que en el Régimen de la Seguridad Social asista facultativamente a la trabajadora, ya que parece más razonable que fuera el médico habitual de la trabajadora, con independencia de su adscripción a la sanidad pública o privada, ya que si ya resulta extremadamente difícil que un médico que no tiene por qué conocer las características del puesto de trabajo de la trabajadora afectada y, por tanto, sus riesgos, pueda certificar la existencia de los mismos, más difícil resultará si ni tan sólo conoce las características de la trabajadora por no ser ésta su paciente habitual. En este sentido, la única referencia que encontramos en la Directiva sobre la necesidad de presentar un certificado médico no exige que el facultativo pertenezca a la sanidad pública (art. 7.1).

Este argumento, sin embargo, podría plantear la duda de si dicha participación de las Entidades Gestoras era necesaria en el segundo nivel de protección, ya que en este supuesto de acreditarse riesgos para la salud no se tiene acceso a la suspensión del contrato y a la correspondiente prestación por riesgo durante el embarazo, sino que debe procederse en primer lugar al cambio de funciones o puesto de trabajo de la trabajadora afectada. Únicamente cuando no es posible este cambio de funciones o puesto de trabajo debe llevarse a cabo la suspensión del contrato de trabajo que origina, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la ley, el derecho a la percepción de la prestación por riesgo durante el embarazo y, por tanto, podría defenderse que la participación de los médicos de la Entidad Gestora correspondiente, en la declaración del riesgo se situase en esta fase ¹⁸.

La opción adoptada por el legislador, si bien puede plantear ciertas valoraciones críticas, supone una homogeneización de los requisitos exigidos para llevar a cabo la acción protectora prevista para la trabajadora embarazada, puesto que de optarse por distintos tipos de actuaciones/controles en esta materia podría comportar problemas de gestión. Así, por ejemplo, podríamos encontrarnos ante un supuesto en que habiéndose emitido el certificado por el médico de la Seguridad Social que facultativamente asiste a la trabajadora, en el que se considerara que existe un riesgo para la seguridad y la salud, en el momento en que no fuera posible la movilidad funcional de la trabajadora y, por tanto, se requiriese la certificación por parte de la Entidad Gestora correspondiente, ésta considerara que no existe tal riesgo para la seguridad y salud de la trabajadora, lo cual sería, sin duda, fuente de innumerables conflictos ¹⁹.

En cualquier caso, lo que sí es cierto es que la introducción de la participación de la Entidad Gestora en el proceso de adopción de las diversas medidas previstas en el artículo 26.2 LPRL (movilidad funcional ordinaria y extraordinaria), comportará que la Entidad Gestora intervenga en una materia que es ajena a la gestión de las prestaciones de la Seguridad Social y, por tanto, ajena a su ámbito de competencia ²⁰.

Aún más sorprendente, resulta la inclusión de las Mutuas entre los sujetos facultados para emitir la certificación en estos supuestos ²¹, puesto que en este caso, dichas entidades colaboradoras no asumen en ningún caso la gestión de la prestación por riesgo durante el embarazo y, en cualquier

¹⁸ PANIZO ROBLES, J.A.: «La Ley 39/1999...», *op. cit.*, pág. 75.

¹⁹ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: *Maternidad...*, *op. cit.*, pág. 76.

²⁰ *Ibid.*, págs. 75 y 76.

²¹ Durante los debates parlamentarios del Proyecto de Ley de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras fueron presentadas varias Enmiendas que proponían la exclusión de la actuación de las Mutuas en estos supuestos. Así, se puso de manifiesto en la Enmienda Núm. 54 presentada por el Grupo Socialista del Congreso, en la que se consideraba que con la inclusión de las Mutuas se introducía una burocratización en el procedimiento que no existía y suponía un plus de confusión. Otras Enmiendas a este mismo apartado del artículo 26 LPRL en las que se elimina la participación de las Mutuas son la Enmienda Núm. 4, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, que proponía el mantenimiento de la redacción prevista en el artículo 26 de la Ley 31/1995 LPRL y exigir únicamente el certificado del médico que en el régimen de la Seguridad Social aplicable asista facultativamente a la trabajadora; la Enmienda Núm. 114, presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, proponía además de la exclusión de la participación de

caso, ya con la legislación anterior se había interpretado por un sector doctrinal que el certificado médico exigido por el artículo 26.2 LPRL podía ser igualmente emitido por el médico de la Mutua ²², interpretación que ya se venía realizando también a través de la negociación colectiva ²³.

Finalmente, respecto a la exigencia de un informe del médico de la Seguridad Social que asista facultativamente a la trabajadora, pese a que nada se especifica en cuanto a la naturaleza del mismo, debe entenderse que tendrá carácter preceptivo puesto que el precepto exige que la certificación se lleve a cabo con este informe, pero no tendrá carácter vinculante, puesto que la facultad de la certificación corresponde a los servicios médicos de la Entidad Gestora o de las Mutuas, pudiendo, por tanto, coincidir o no, con el informe.

En todo caso, consideramos que la certificación de los Servicios Médicos de la Entidad Gestora o de las Mutuas, con carácter general, debería ceñirse a lo dispuesto en el informe, dado que el médico que lo emite, al ser el que asiste facultativamente a la trabajadora, cuenta con más elementos de juicio para adoptar dicha decisión.

En cuanto a la tramitación administrativa de este certificado, la Disposición Adicional 2.ª del Real Decreto 1251/2001 establece los pasos que han de llevarse a cabo para la obtención de dicha certificación, distinguiendo según la entidad competente para expedirla sea la Entidad Gestora o la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Cuando la Entidad Gestora sea la competente, será requisito previo el informe del médico del INSALUD o del Servicio Público de la Salud equivalente en las CC.AA., que asista facultativamente a la trabajadora, en el que deberá expresarse la situación de embarazo de la trabajadora, así como que las condiciones del puesto de trabajo desempeñado pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto. Dicho informe deberá presentarse ante la Dirección Provincial de la Entidad Gestora correspondiente al domicilio de la trabajadora, acompañando una declaración de la empresa en la que consten los cometidos desempeñados por la interesada en la empresa, así como que el puesto de trabajo desempeñado no se encuentra dentro de los puestos de trabajo exen-

las Mutuas, que el certificado fuera emitido por el médico que en el régimen de la Seguridad Social aplicable asista a la trabajadora y que el informe fuera emitido por el médico del Servicio Nacional de la Seguridad Social; finalmente, en la Enmienda Núm. 129, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (CIU) se propone que la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo sea declarado por el médico que asista facultativamente a la trabajadora en el Régimen de Seguridad Social aplicable, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. *Vid., Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VI. Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 29 de junio de 1999. Núm. 172-5.*

²² En este sentido, se ha entendido que dicho precepto abarca también a facultativos externos de la Entidad Gestora de la Asistencia Sanitaria, a través de la colaboración voluntaria de las empresas, a través de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales e incluso en el ámbito de los funcionarios públicos, debido a que en estos casos la asistencia sanitaria sigue manteniendo su carácter público e integrada en el sistema de la Seguridad Social, por tanto, el citado precepto únicamente estaría excluyendo el certificado realizado por un médico privado al que la trabajadora pueda acudir. *Vid., GORELLI HERNÁNDEZ, J.: La protección..., op. cit., pág. 295.*

²³ La negociación colectiva, sin embargo, ha extendido la atribución de la emisión de dichos certificados a los servicios médicos de empresa; así, por ejemplo, Convenio Colectivo «Hero España, S.A.» (BOE 24 de marzo de 1995); Convenio Colectivo «Repsol Química, S.A.» (BOE 20 de octubre de 1995), etcétera.

tos de riesgo a efectos de embarazo, en los términos señalados en el artículo 26.2 LPRL. En el caso de tratarse de trabajadoras integradas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar el informe que deberá acompañarse consistirá en una declaración del responsable del hogar familiar en el que conste la inexistencia de un puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora.

Una vez aportada toda esta documentación, los Servicios Médicos procederán a emitir certificado en el que quede acreditado que las condiciones de trabajo influyen negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o en el feto y que, en consecuencia, debería desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. Cuando la Dirección Provincial de la Entidad Gestora correspondiente no disponga de Servicios Médicos propios la mencionada certificación será emitida por la Inspección de Servicios Sanitarios del INSALUD u órgano equivalente de las CC.AA.

La expedición de este certificado será de tramitación preferente y constará de un original, que se entregará a la trabajadora y dos copias, de las cuales se entregará una a la empresa o, en su caso, al responsable del hogar familiar, quedándose la otra copia en poder del Servicio Médico.

Cuando sea la Mutua la competente para emitir la certificación médica de riesgo durante el embarazo también será requisito previo el informe del médico del INSALUD o del Servicio Público de Salud equivalente en las CC.AA., que asista facultativamente a la trabajadora en el que se exprese la situación de embarazo de la trabajadora así como que las condiciones del puesto de trabajo desempeñado pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto. Se observa que, a pesar de ser la Mutua la competente para expedir la certificación, se sigue exigiendo el informe del médico del INSALUD o del Servicio Público de Salud equivalente en las CC.AA., sin que pueda sustituirse dicho informe por el emitido por el médico de la Mutua, aunque fuera éste el que de forma habitual asistiera a la trabajadora embarazada. Dicho informe deberá ser entregado a la Mutua por la interesada junto con la declaración de la empresa en la que consten los cometidos desempeñados 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 a efectos de embarazo, en los términos señalados en el artículo 26.2 LPRL.

Con esta documentación los Servicios Médicos de la Mutua emitirán 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.

La certificación médica, a cuya tramitación se dará un carácter preferente, constará de un original que se entregará a la trabajadora y tres copias con destino a la empresa, la Entidad Gestora correspondiente y el propio Servicio Médico de la Mutua.

Una vez obtenida la certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo, de acuerdo con el artículo 26.3 LPRL, se exige un segundo requisito consistente en que no resulte técnica u objetivamente posible el cambio de puesto de trabajo o bien que no pueda exigirse por motivos justificados.

Se observa cómo la redacción dada por el artículo 26.3 LPRL coincide literalmente con la redacción prevista en el artículo 5.3 de la Directiva 92/1985, al establecer como criterios válidos para justificar el no proceder al cambio de puesto de trabajo, «que no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados». Resulta sorprendente que la nueva redacción del artículo 26.3 LPRL se aparte de los criterios utilizados por el artículo 26.2 LPRL para justificar la no adaptación de las condiciones y/o tiempo de trabajo que se basa únicamente en que ésta no sea posible, lo cual pone de manifiesto la necesidad de una homogeneización de los criterios empleados por los diversos apartados del precepto, puesto que en caso contrario podría dar lugar a interpretaciones diversas ²⁴.

En este sentido, la expresión «no resultara técnica u objetivamente posible» debe interpretarse en relación a la propia organización de la empresa que impide hacer efectivas las diversas medidas de protección previstas en el artículo 26 LPRL, mientras que la expresión «que no pueda exigirse por motivos razonablemente justificables» no hace referencia a la imposibilidad de adoptar dichas medidas, pero sí a la presencia de circunstancias suficientes que hagan razonable la no exigencia al empresario de la adopción de dichas medidas, lo que puede interpretarse como la no obligación de proceder a la adaptación o a los cambios de puesto de trabajo, siempre que el empresario alegue motivos justificados ²⁵.

En cualquier caso, corresponde al empresario la prueba de las circunstancias que impiden la adopción de las otras medidas establecidas con carácter previo a la suspensión del contrato de trabajo.

Una vez más, de acuerdo con el resto de las medidas contenidas en el artículo 26 LPRL, nos encontramos ante medidas que serán de obligado cumplimiento tanto por parte del empresario, en su adopción, como para las trabajadoras, en su cumplimiento ²⁶. Por tanto, una vez acreditado el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 26.3 LPRL, la trabajadora debe ser declarada en situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, aunque ésta no quisiera, ya que el bien jurídico protegido en estos casos no sólo es la salud o seguridad de la trabajadora, sino también del feto.

Por tanto, acreditados los requisitos, la trabajadora pasa a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo contemplado en el artículo 45.1 d) ET, interrumpiéndose temporalmente los efectos de la relación laboral existentes entre la trabajadora y el empresario; así, la

²⁴ En este sentido, sería conveniente que la redacción del artículo 26.2 LPRL se adaptara a la redacción del artículo 5.2 de la Directiva 92/85 CEE, que utiliza como criterios que la adaptación «no resulte teórica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados».

²⁵ Vid., BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, pág. 44, y VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*. Ed. Colex. Madrid, 1999, pág. 137.

²⁶ Esta interpretación parece la más coherente con el espíritu de la norma, si bien algún autor considera que debido al tenor literal del precepto que introduce el término «podrá declararse» se desprende el carácter potestativo de las medidas previstas. Vid., MIÑAMBRES PUIG, C.: «La protección social...», *op. cit.*, pág. 28.

trabajadora no deberá prestar sus servicios y el empresario no deberá retribuirla, lo cual ha supuesto, como ya hemos señalado, la aparición de una nueva prestación que cubre esta falta de rentas del trabajo ²⁷.

Esta interrupción de los efectos del contrato de trabajo tiene, como cualquier otro supuesto de suspensión de la relación laboral, una duración temporal, la cual viene establecida por los artículos 26.3 LPRL y 48.5 ET. En este sentido, el artículo 26.3 LPRL establece de forma genérica el período de duración de la suspensión del contrato, al señalar que la duración será por «el período necesario» para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora y, «mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado» ²⁸, y el artículo 48.5 ET establece que la suspensión del contrato «finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica» o «desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado».

De acuerdo con el tenor literal del precepto, se pueden distinguir distintas causas que pueden motivar la finalización del período de suspensión por riesgo durante el embarazo, de lo que puede deducirse que no necesariamente dicho período de suspensión debe extenderse hasta el momento de la gestación, sino que puede finalizar con anterioridad, cuando se den las circunstancias exigidas para ello. Por tanto, nos encontramos ante un supuesto de suspensión del contrato de trabajo que si bien tiene una duración limitada en el tiempo, ésta no está prevista de una manera precisa y determinada en el momento del inicio de la situación suspensiva, sino que por el contrario, se encuentra indeterminada respecto al momento final de la misma. No obstante, la duración de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo no podrá ir más allá de los nueve meses que aproximadamente transcurren desde el momento de la gestación, puesto que antes no puede haber riesgo para el embarazo, hasta el momento del alumbramiento ²⁹.

En primer lugar, puede finalizar en el momento en que desaparezcan, por cualquier motivo, los riesgos que justificaron la suspensión; en segundo lugar, también finalizaría el período de suspensión si el puesto de trabajo y/o las condiciones de trabajo pudieran *a posteriori* ser adaptadas a la situación de la trabajadora, en cuyo caso sería necesario un certificado médico que acreditara que el puesto de trabajo asignado, así como las condiciones y/o tiempo de trabajo no suponen un riesgo para la salud de la trabajadora embarazada y/o el feto; en tercer lugar, la posibilidad de hacer efec-

²⁷ En cualquier caso, al igual que ocurre en el resto de supuestos de suspensión del contrato de trabajo, pueden subsistir otras obligaciones inherentes al contrato de trabajo, en la medida en que son necesarias para la protección de los intereses de los sujetos y en ocasiones para la efectividad de la reanudación de la relación laboral, como sucede, por ejemplo, con el deber de buena fe. Un análisis de algunos problemas en relación a la subsistencia de dichos derechos y obligaciones en LOUSADA AROCHENA, J.F.: «El riesgo...», *op. cit.*, págs. 581 y 582.

²⁸ El profesor VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral...*, *op. cit.*, pág. 137, critica esta redacción y propone que la redacción debería haber sido la de que el período de suspensión se mantendría mientras persistiese la imposibilidad de reincorporarse al puesto anterior o a otro puesto incompatible con su estado.

²⁹ Un tema interesante lo constituye la protección que puede ser necesaria en el supuesto de fecundación artificial, en las que el puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora dificultara los tratamientos conducentes a la propia concepción, por lo que podría ser interesante establecer algún tipo de medida dirigida a posibilitar y favorecer estos supuestos.

tiva la movilidad ordinaria o extraordinaria de la trabajadora afectada a un puesto o función de trabajo diferente y compatible con el estado de la trabajadora, ya sea un puesto o función ya existente en la empresa, pero que hasta este momento no ha podido ser ocupado por la trabajadora, o bien, se trate de un puesto o función de nueva creación en la empresa; y, finalmente, el día que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, si bien en estos casos lo normal es que la trabajadora opte por disfrutar de la suspensión por maternidad sólo a partir del parto, para de esta manera prolongar el período de protección ³⁰.

Una vez se produzca alguna de las circunstancias que hemos enumerado, que justifican la finalización de la suspensión del contrato de trabajo, la relación laboral volverá a reanudarse en las mismas condiciones existentes en el momento de producirse la suspensión ³¹, lo que constituye una manifestación del derecho de la trabajadora a la reserva de su puesto de trabajo y, por tanto, a la reincorporación inmediata y automática al cesar las causas de la suspensión.

No podemos finalizar la delimitación de la situación protegida por esta prestación sin poner de manifiesto que la misma se limita al supuesto de situación de embarazo y no alcanza a la trabajadora que se encuentra en período de lactancia ³², a diferencia de lo previsto por la Directiva 92/85/CEE, que no establece distinciones a este respecto. Esta limitación queda recogida en el apartado 4.º del artículo 26 LPRL, al extender únicamente a la situación de lactancia las medidas previstas en el apartado 1 (adaptación de condiciones y/o tiempo de trabajo) y 2 (movilidad funcional ordinaria y extraordinaria) de dicha disposición, sin hacer mención al apartado 3 (suspensión del contrato de trabajo).

³⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999...», *op. cit.*, pág. 31. La profesora RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1999, pág. 387, considera, si bien en relación con la prestación que se deriva de este supuesto de suspensión, que cuando no desaparezca el riesgo, el precepto parece impedir el disfrute de la prestación por maternidad hasta después del parto. En este mismo sentido, la profesora SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «La suspensión...», *op. cit.*, pág. 43, considera que puede pensarse que un beneficio derivado, aun cuando no perseguido por la norma, surge para la trabajadora cuyo contrato estuviese suspendido por riesgo durante el embarazo, que podría prolongar la suspensión contractual por tal causa hasta el mismo momento del alumbramiento, sin necesidad de invocar la posibilidad permitida por la Ley de adelantar, en su caso, la suspensión del contrato por maternidad antes del parto. De este modo, las dieciséis semanas quedan incólumes y listas para ser disfrutadas a partir del momento del nacimiento.

³¹ Esta solución, por tanto, se distingue de otras soluciones dadas por la doctrina para hacer efectiva la dispensa del trabajo en estos supuestos, así, por ejemplo, se diferencia de la solución basada en el artículo 30 ET que constituye un supuesto de interrupción transitoria de la prestación con plena vigencia de esa relación, por lo que el empresario debía abonar la retribución correspondiente.

³² En relación a esta cuestión fueron presentadas diversas enmiendas de varios grupos parlamentarios al Proyecto de Ley de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y que fueron rechazadas, en las que se proponía la extensión de la suspensión del contrato y de los beneficios que acompañan a dicha suspensión a la situación de período de lactancia, basándose en el hecho de que durante este tiempo también pueden producirse riesgos para la salud existiendo la imposibilidad de cambiar a la mujer de puesto de trabajo. En este sentido, se manifiestan las Enmiendas Núms. 55, 60 y 61, presentadas por el Grupo Socialista del Congreso y las Enmiendas Núms. 89, 92, 94, 115, 116 y 117, presentadas por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida. *Vid., Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VI. Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley. 29 de junio de 1999. Núm. 172-5.*

La no extensión de la dispensa del trabajo al período de lactancia cuando las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en la salud no sólo de la trabajadora, sino también del hijo, constituye no sólo un incumplimiento de la Directiva, sino que rompe con la coherencia mantenida a lo largo del artículo 26 LPRL que intenta evitar los perjuicios de la salud de la mujer trabajadora sino también la del feto y/o hijo³³. Asimismo, la redacción del artículo 26 LPRL no recoge en este punto las indicaciones realizadas por el CES en su Dictamen a la Ley 39/1999, en las que se había señalado que dado que el riesgo para la salud en determinados supuestos puede afectar por igual a la embarazada y al feto y a la trabajadora que ha dado a luz y a la que se encuentra en período de lactancia, la proyección debería ser la misma³⁴.

2.2. Beneficiarias.

Junto a los requisitos relativos a la situación protegida, el disfrute de la prestación del subsidio por riesgo durante el embarazo, de acuerdo con la remisión que se efectúa en el artículo 135 a la IT derivada de contingencias comunes, queda supeditada al cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 130 LGSS. Estos requisitos a los que remitía la LGSS han sido expresamente recogidos por el artículo 16 Real Decreto 1251/2001, que establece que serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras por cuenta ajena, en situación de suspensión del contrato de trabajo 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 cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo.

Por lo que respecta a la exigencia de que la trabajadora se encuentre afiliada y en alta o en una situación asimilada al alta en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social, de acuerdo con la normativa aplicable a la IT por enfermedad común, en supuesto de incumplimiento el sujeto responsable será el empresario, pero no se aplicará el principio de automaticidad de las prestaciones³⁵. En cuanto a las situaciones asimiladas al alta, la doctrina ha afirmado su ausencia «a efectos de las prestaciones de riesgo durante el embarazo, ya que, dejando aparte los convenios especiales, la única situación asimilada a efectos de incapacidad temporal es la percepción de prestaciones contributivas de desempleo resultando claramente inaplicable al faltar un puesto de trabajo al cual imputar riesgo alguno»³⁶.

³³ Vid., en este sentido MIÑAMBRES PUIG, C.: «La protección social...», *op. cit.*, pág. 26, consideraba respecto al proyecto y, por tanto, al no haberse modificado el mismo en este punto, que no se satisface plenamente la letra ni el espíritu de la Directiva 92/85/CEE.

³⁴ Vid., MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: *Maternidad...*, *op. cit.*, págs. 61 a 63.

³⁵ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «El riesgo...», *op. cit.*, pág. 592 y MELLA MÉNDEZ, L.: «Situación de riesgo...», *op. cit.*, págs. 1.221 y 1.222.

³⁶ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «El riesgo...», *op. cit.*, pág. 592 y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999...», *op. cit.*, pág. 33, nota 73.

La exigencia de estos requisitos adicionales plantea el problema de qué sucede cuando cumpliéndose con el supuesto de hecho del artículo 26.3 LPRL, no es posible acceder a la prestación por falta de cumplimiento del período de carencia, y si ello supone un incumplimiento del artículo 11.1 de la Directiva 92/85/CEE, que establece que en los supuestos contemplados en el artículo 5 deben garantizarse los derechos inherentes en el contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o del beneficio de una prestación adecuada ³⁷.

En el supuesto planteado, nos encontraríamos ante una trabajadora que se encuentra en el supuesto previsto en el artículo 5.3 de la Directiva 92/85/CEE (art. 26.3 LPRL) y, en cambio, excepto interpretaciones forzadas que de nuevo pretendieran hacer recaer sobre el empresario los costes de la suspensión del contrato, no recibiría ni remuneración ni prestación. Sin embargo, esta posibilidad queda descartada por el propio artículo 11.4 de la Directiva 92/85/CEE, que establece la facultad de los Estados de someter el derecho, en este caso, a obtener la prestación al cumplimiento de determinados requisitos, siempre que no se exijan períodos de trabajo previos superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto ³⁸.

Ahora bien, aunque la regulación es acorde con la Directiva, siempre que no suponga la exigencia de períodos de trabajo previos superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto, entendemos que dado que el carácter de estas medidas va dirigido a la protección de la salud de la trabajadora y/o del feto, la normativa debería haber sido más generosa para evitar que la trabajadora, por necesidades económicas, continúe trabajando con riesgo para su salud y la del hijo, pese a que podrían existir los elementos desencadenantes de la protección del artículo 26.3 LPRL ³⁹.

El artículo 16.1 Real Decreto 1251/2001 en su apartado final incluye, entre las beneficiarias del subsidio por riesgo durante el embarazo a las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar que presten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo, siempre que las mismas se encuentren afiliadas y en alta y acrediten un período mínimo de cotización de 180 días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo.

Finalmente, el artículo 16.2 Real Decreto 1251/2001 también incluye expresamente a las trabajadoras contratadas a tiempo parcial, si bien, de acuerdo con las peculiaridades establecidas en el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, para la prestación de IT derivada de contingencias comunes. La remisión que se efectúa a dicho Real Decreto, entre otros aspectos, al cálculo del período de cotización agravan aún más las dificultades de acceso a dicha prestación y, por tanto, acentúan las críticas ya efectuadas respecto a aquellas situaciones en que quedando acreditada la existencia de un riesgo para la salud de la trabajadora no podrá acceder a esta prestación por no tener acreditados los períodos mínimos de carencia.

³⁷ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: *Maternidad...*, *op. cit.*, pág. 70.

³⁸ En este sentido GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999...», *op. cit.*, pág. 34.

³⁹ También se muestra crítico con la exigencia de un período mínimo de carencia MIÑAMBRES PUIG, C.: «La protección social...», *op. cit.*, pág. 27.

2.3. Cuantía de la prestación.

Para la determinación de la prestación económica del subsidio durante el embarazo deberá obtenerse la correspondiente base reguladora la cual, conforme a los artículos 135.3 LGSS y 17.1 Real Decreto 1251/2001, será equivalente a la que esté establecida para la prestación de IT, derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha en que se inicia la suspensión del contrato de trabajo.

Una vez obtenida la base reguladora, para determinar la cuantía de la prestación económica, deberá aplicarse a la misma el porcentaje fijado en los artículos 135.3 LGSS y 15 Real Decreto 1251/2001, consistente en el 75 por 100 de la correspondiente base reguladora.

Si bien, la cuantía de esta prestación supone una mejora respecto a la ofrecida para los supuestos de IT por contingencias comunes (60% del 4.º al 20.º día de baja y el 75% sólo a partir del 21.º día de baja), coherente con las distintas situaciones protegidas por ambas prestaciones⁴⁰, aún es inferior a la cuantía prevista para los supuestos de maternidad (100% de la base reguladora)⁴¹. En cualquier caso, esta regulación satisface el concepto de «prestación adecuada» contenido en el artículo 11.1 y 11.3 de la Directiva 92/85/CEE, en tanto que se garantizan unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud⁴².

Se ha planteado en el seno de la doctrina cómo pueden influir en la cuantía de la prestación futuros incrementos salariales producidos durante la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo. Pese a que nada se establece en la normativa, lo que dificulta cualquier repercusión de dicho incremento salarial en la cuantía de la prestación, se ha acudido a la solución dada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las CE, que ha considerado que «el principio de igualdad de retribución (supone que)... en la medida en que el cálculo de estas prestaciones (salarios durante el permiso de maternidad) se base en el salario percibido por el trabajador femenino antes del comienzo del permiso por maternidad, su importe deberá incluir, a partir de su entrada en vigor, los aumentos de salario que hayan tenido lugar entre el comienzo del período cubierto por los salarios de referencia y el final del permiso de maternidad»⁴³.

⁴⁰ En este sentido, tradicionalmente se habían justificado los distintos porcentajes aplicables durante la situación de IT, en la voluntad de evitar el absentismo laboral o el trasladar costes empresariales a la Seguridad Social. *Vid.*, por ejemplo GARCÍA NINET, J.I.: «La incapacidad temporal» en AA.VV.: *La incapacidad temporal*. Ed. Tecnos. Madrid, 1996, págs. 54 y 55; PÉREZ ALONSO, M.A.: *La incapacidad temporal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995, pág. 44. Esta finalidad no es aplicable en el supuesto de riesgo durante el embarazo ya que no se prevé la utilización de esta prestación para encubrir situaciones de absentismo u otros usos fraudulentos.

⁴¹ Sobre esta cuestión y con ocasión de la discusión parlamentaria de la Ley 39/1999, fueron presentadas diversas Enmiendas por parte de varios grupos parlamentarios que proponían el reconocimiento, en estos casos, de una prestación equivalente al 100 por 100 de la base reguladora, al considerarse que no existe razón alguna para dar un tratamiento distinto al que se da a la prestación económica durante el permiso de maternidad. Concretamente esta propuesta fue recogida en la Enmienda Núm. 25 presentada por el Grupo Parlamentario Mixto-Nueva Izquierda, la Enmienda Núm. 63, presentada por el Grupo Socialista del Congreso y la Enmienda Núm. 93, presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida. *Vid.*, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IV. Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley*. 29 de junio de 1999. Núm. 172-5.

⁴² MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: *Maternidad...*, *op. cit.*, págs. 71 y 72.

⁴³ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «El riesgo...», *op. cit.*, pág. 593.

Una vez establecida la regla general para el cálculo de la prestación, el artículo 17 Real Decreto 1251/2001, se detiene en las peculiaridades que dicho cálculo plantea en relación a las situaciones de pluriempleo, pluriactividad y contrato a tiempo parcial.

Por lo que respecta a las situaciones de pluriempleo, una primera posibilidad que se prevé, parte de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo en todas y cada una de las actividades que realice simultáneamente la trabajadora, en cuyo caso, para la determinación de la base reguladora del subsidio deberán computarse 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, una segunda posibilidad parte de la suspensión del contrato de trabajo en una o algunas de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no en todas, en cuyo caso para 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 asignadas.

En cuanto a las situaciones de pluriactividad, el artículo 17 Real Decreto 1251/2001 se remite a lo previsto en su artículo 29, que prevé que en los supuestos en que la trabajadora realice simultáneamente actividades incluidas en varios Regímenes de la Seguridad Social, deberá distinguirse de aquellos supuestos en que la situación de riesgo afecte a todas las actividades desempeñadas por la trabajadora o únicamente a alguna de éstas. En el primer caso se prevé que la trabajadora tenga derecho al subsidio en cada uno de los Regímenes si reúne los requisitos exigidos de manera independiente en cada uno de ellos; mientras que en el segundo caso únicamente tendrá derecho al subsidio en el Régimen en el que estén incluidas las actividades en las que exista dicho riesgo, siendo la percepción de este subsidio compatible con el mantenimiento de aquellas actividades que ya viniera desempeñando o pudiera empezar a desempeñar y no impliquen riesgo durante el embarazo.

Finalmente, respecto a las trabajadoras a tiempo parcial, para la determinación de la base reguladora del subsidio se efectúa una nueva remisión a lo establecido para el subsidio de IT en el párrafo b) del artículo 4 del Real Decreto 144/1999, de 29 de enero.

2.4. Dinámica de la prestación.

A) Nacimiento, duración y extinción del derecho.

Cumplidos los requisitos que dan acceso a la prestación por riesgo durante el embarazo, conforme a los artículos 135.2 LGSS y 18.1 Real Decreto 1251/2001, el derecho al subsidio nace el mismo día en que se inicia la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo. El nacimiento de esta prestación desde el primer día de inicio de la suspensión del contrato se aleja de lo previsto para la IT derivada de contingencias comunes, en el que el empresario

debe asumir parte del pago de la prestación (4.º al 15.º día de baja), lo que como ya hemos puesto anteriormente de manifiesto, podría suponer un dificultad añadida al acceso de la mujer al mercado de trabajo ⁴⁴.

Esta prestación abarcará todo el período que dura la suspensión del contrato de trabajo que ya ha sido objeto de estudio con anterioridad ⁴⁵. En este sentido, el artículo 135.2 LGSS y el artículo 18.2 Real Decreto 1251/2001 establecen que dicha prestación se abonará durante el período necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora y/o del feto y, finalizará, 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.

Para aquellas trabajadoras que hayan sido contratadas a tiempo parcial, el artículo 18.3 Real Decreto 1251/2001 prevé que dicho subsidio se abonará durante todos los días naturales en que se mantenga la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo.

El derecho al subsidio se extinguirá, conforme al artículo 135.2 LGSS y al artículo 18.4 Real Decreto 1251/2001, además de por las causas ordinarias ya expuestas de suspensión del contrato de trabajo por maternidad y de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado, en los supuestos de extinción del contrato de trabajo por las causas legalmente establecidas y de fallecimiento de la beneficiaria ⁴⁶.

Se resuelve, de este modo, la cuestión planteada en el seno de la doctrina en torno a aquellos supuestos en que iniciada la prestación por riesgo durante el embarazo se extingue la relación laboral, si debe mantenerse el abono del subsidio, como sucede en los supuestos de IT, o bien, atendiendo a la naturaleza de esta prestación la misma debe extinguirse paralelamente a la extinción del contrato de trabajo ⁴⁷. La normativa expuesta, por tanto, ha optado por esta segunda solución al haber recogido entre las causas de extinción del subsidio la extinción del contrato de trabajo por las causas legalmente establecidas.

⁴⁴ El profesor RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La conciliación de la vida familiar...», *op. cit.*, pág. 8, entiende que éste es posible el motivo que ha llevado a crear una prestación diferenciada de la de maternidad y de la IT.

⁴⁵ Esta circunstancia, tal y como apunta MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: «La prestación...», *op. cit.*, pág. 1.193, constituye una diferencia con respecto a la prestación de IT, puesto que a diferencia de ésta no se supedita su duración a un período máximo previamente fijado, sino que se subordina a que quede eliminado el riesgo para la salud de la trabajadora embarazada o del feto.

⁴⁶ Tal y como apunta LOUSADA AROCHENA, J.F.: «El riesgo...», *op. cit.*, pág. 594, pese a la similitud de las causas de extinción de la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y del subsidio correspondiente, puede apreciarse una diferencia consistente en que mientras que cuando a la situación de riesgo durante el embarazo le sucede la situación de maternidad, la norma estatutaria concreta la extinción «el día en que se inicie aquella suspensión», la norma prestacional la concreta en el día anterior.

⁴⁷ El profesor GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999...», *op. cit.*, pág. 35, plantea el supuesto en que iniciada la prestación por riesgo durante el embarazo se extinga el contrato de trabajo. En este supuesto el autor considera que de acuerdo con la finalidad perseguida por la prestación ésta debería extinguirse, ya que parece exigirse una prestación de trabajo de la que derive un riesgo para la mujer y/o feto y, asimismo, al estar vinculada la prestación a la situación de suspensión del contrato de trabajo, si ésta se extingue, la prestación también.

Esta solución, sin embargo, puede plantear una situación de desprotección en aquellos supuestos en que extinguido el contrato de trabajo durante la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, se extinguen las prestaciones, ya que, si la trabajadora no ostentase derecho a desempleo, no se encontraría en alta o situación asimilada a los efectos de la prestación por maternidad ⁴⁸.

Otra cuestión que no queda claramente resuelta en el Real Decreto 1251/2001, son los términos en que debe producirse la sucesión entre el subsidio por riesgo durante el embarazo y el subsidio por maternidad, puesto que si bien se prevé como causa de extinción del subsidio por riesgo durante el embarazo el acceso al subsidio por maternidad, no se facilita esta solución al no haberse resuelto de forma expresa la concatenación o sucesión de ambas contingencias ⁴⁹.

B) Denegación, anulación y suspensión del derecho.

Asimismo, el artículo 19 Real Decreto 1251/2001 ha previsto que el derecho al subsidio pueda ser denegado, anulado o suspendido de conformidad con lo establecido para el subsidio por IT en el artículo 132.1 LGSS. Es decir, cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio, o bien, cuando realice cualquier trabajo o actividad, bien por cuenta ajena o por cuenta propia, iniciados con posterioridad a la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, incompatibles con su estado.

2.5. Gestión de la prestación económica y procedimiento para el reconocimiento del derecho.

Finalmente, en relación a la gestión de la prestación, el artículo 135.4 LGSS establece que esta prestación se gestionará directamente por el INSS siguiendo el procedimiento que reglamentariamente se establezca. Tal y como se establece respecto a la gestión de la prestación por maternidad y, a diferencia de lo que sucede con la prestación por IT, la remisión exclusiva que realiza el precepto al INSS –Entidad Gestora–, parece excluir la posibilidad de colaboración por parte de sujetos privados y de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, sin que, por tanto, tampoco tenga lugar el pago delegado por parte del empresario ⁵⁰. Esta exclusión en la colaboración en la gestión de la prestación por parte de las empresas se ha visto expresamente recogida por el artículo 20.1 Real Decreto 1251/2001, al establecer expresamente que no cabe fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas.

⁴⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «El riesgo...», *op. cit.*, pág. 594.

⁴⁹ MARTÍNEZ MORENO, C.: «Los perfiles de la maternidad como contingencia protegida por el sistema de Seguridad Social: algunas cuestiones pendientes». *Aranzadi Social*, vol. V/2000, pág. 953. La autora considera que al haberse configurado la contingencia de suspensión por riesgo durante el embarazo como una situación parecida o equiparable a la IT, y habida cuenta de que también el artículo 106.4 LGSS extiende a tal situación el mantenimiento o subsistencia de la obligación de cotizar, cabría aplicar los mismos criterios previstos en relación con la sucesión de situación de IT y de maternidad.

⁵⁰ Por lo que hace referencia a la responsabilidad de la prestación serán de aplicación las previsiones reguladas para la IT. *Id.*, sobre esta materia PANIZO ROBLES, J.A.: «La Ley 39/1999...», *op. cit.*, pág. 87.

La remisión que el artículo 135.4 LGSS hacía al desarrollo reglamentario para determinar el procedimiento que debe seguirse para el reconocimiento del derecho al subsidio por riesgo durante el embarazo se contiene en el artículo 21 Real Decreto 1251/2001, el cual pasamos a continuación a exponer.

El órgano competente para reconocer el derecho al subsidio por riesgo durante el embarazo es la Dirección Provincial de la Entidad Gestora de la provincia en la que tenga su domicilio la interesada. El procedimiento se iniciará a instancia de la trabajadora mediante solicitud en modelo normalizado dirigida a dicho organismo en el que deberán constar los siguientes datos: 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.

Junto con esta solicitud la trabajadora deberá acompañar de forma preceptiva los siguientes documentos:

- a) Informe médico del facultativo del INSALUD o del Servicio Público de la Salud equivalente.
- b) Certificación médica expedida por los Servicios Médicos de la Entidad Gestora correspondiente o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, que cubra la prestación de IT, derivada de contingencias comunes, en la que se acredite la situación de embarazo y que las condiciones del puesto desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud y/o en la del feto. Esta documentación no será necesaria acompañarla a la solicitud cuando la certificación médica haya sido expedida por los Servicios Médicos de la Entidad Gestora correspondiente.
- c) Declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora, con el informe sobre este particular 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 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, con la cualificación o acreditación suficiente para esa tarea.

Dicha declaración deberá reflejar también 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 de inicio de la suspensión del contrato de trabajo, o a los tres meses anteriores, en los casos de contratos a tiempo parcial.

En los supuestos de trabajadoras integradas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, dicha declaración consistirá en la declaración del responsable del hogar familiar sobre la inexistencia de puesto de trabajo incompatible con el estado de la trabajadora.

Una vez presentada a la Dirección Provincial de la Entidad Gestora competente la solicitud, junto con la citada documentación, el Director provincial de dicho organismo, tras realizar el oportuno examen de la misma si no observa contradicciones en las declaraciones y certificaciones presentadas con la solicitud o que concurren indicios de posible connivencia para obtener la prestación, dictará resolución expresa y la notificará, en el plazo de treinta días en orden al reconocimiento del derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo. En el supuesto en que se aprecien dichas contradicciones o indicios de connivencia, el Director provincial podrá solicitar informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a fin de que ésta manifieste, en el plazo de quince días, su conformidad o su discrepancia en relación a las medidas adoptadas por la empresa que puedan determinar el derecho al subsidio por riesgo durante el embarazo. Dicho informe no tendrá carácter preceptivo, puesto que esto es una facultad que se otorga al Director provincial, ni vinculante, puesto que éste podrá dictar la correspondiente resolución sin tener en cuenta el mismo.

En el caso de que la resolución de la Dirección Provincial de la Entidad Gestora sea estimatoria y, por tanto, se reconozca el derecho al subsidio por riesgo durante el embarazo, el artículo 20.2 Real Decreto 1251/2001 prevé que el pago del mismo se efectúe por períodos vencidos.

El procedimiento previsto por el Real Decreto 1251/2001 para el reconocimiento del subsidio por riesgo durante el embarazo adolece de cierta complejidad y excesivos controles que parecen partir de la convicción de la actuación fraudulenta por parte de la trabajadora e, incluso, de la empresa, para obtener el reconocimiento de dicha prestación ⁵¹.

Así, a título de ejemplo, llama la atención que para el reconocimiento del subsidio por riesgo durante el embarazo se exijan, nuevamente, los informes y certificaciones que ya han servido de base para proceder a la suspensión del contrato de trabajo de la trabajadora, sin que la suspensión del contrato de trabajo sirva, por sí misma, para justificar el acceso a la prestación, siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos (períodos de carencia).

Asimismo, resulta sorprendente que mientras que para acceder a la suspensión del contrato de trabajo se consideraba suficiente la mera declaración de la empresa, ahora se exige que la misma venga acompañada del informe sobre este particular 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 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, con la cualificación o acreditación suficiente para esa tarea.

⁵¹ En este mismo sentido crítico se manifiestan PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999 de la conciliación...», *op. cit.*, págs. 60 y 61, que al analizar el proyecto de reglamento de desarrollo de la Ley 39/1999 pone de manifiesto que «es evidente que el procedimiento proyectado para reclamar la prestación es largo y complejo, sobre todo teniendo en cuenta que el riesgo para el feto suele ser inmediato y normalmente más grave al comienzo del embarazo con lo que del proyecto de Real Decreto puede resultar un retroceso frente a la práctica actual de acudir a las bajas médicas» y LOUSADA AROCHENA, J.F.: «El riesgo...», *op. cit.*, pág. 565, que considera incluso que la exigencia de tantos requisitos supone la huida de la normativa española, cada vez más, del espíritu de la norma comunitaria.

Finalmente, tampoco entendemos cuál es el papel que debe desempeñar la Inspección de Trabajo en la concesión del subsidio por riesgo durante el embarazo, puesto que no creemos que sus conocimientos médicos deban prevalecer sobre los criterios manifestados previamente por el médico del INSALUD o del Servicio Público de la Salud correspondiente que facultativamente asista a la trabajadora, o bien, por los Servicios Médicos de la Entidad Gestora correspondiente o de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

No obstante, también es cierto que la complejidad que acompaña a esta prestación puede resultar útil a efectos de garantizar un mínimo de imparcialidad y para evitar que el empresario al que no le interese adaptar las condiciones de trabajo de la mujer embarazada o cambiarla de puesto o de función, cuando haya riesgos específicos, acuda directamente a la suspensión del contrato de trabajo, con el consiguiente traspaso del coste económico a la Seguridad Social ⁵².

3. EL SUBSIDIO POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO DE LAS TRABAJADORAS POR CUENTA PROPIA

3.1. Consideraciones previas.

La aplicación de los principios de la Recomendación 4.ª del Pacto de Toledo y del apartado I del Acuerdo Social de 1996 ha dado lugar a avances en la convergencia de determinados Regímenes Especiales de la Seguridad Social con el Régimen General.

Si bien dichos avances se habían planteado básicamente en temas de cotización, especialmente por parte del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), se requería también que se produjeran en el ámbito de las prestaciones y, por ello, el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, suscrito, el 9 de abril de 2001, entre el Gobierno, CC.OO., CEOE y CEPYME contempló diversas propuestas en este sentido. Sirva a título de ejemplo, la inclusión dentro de la acción protectora dispensada por el RETA de la prestación de incapacidad permanente total cualificada y su aplicación también a los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes Especiales Agrario y de Trabajadores del Mar, etc. En definitiva, con dicho Acuerdo, y a partir de los compromisos derivados del mismo, se impone continuar caminando hacia la convergencia y simplificación de Regímenes en el sistema de la Seguridad Social.

El subsidio por riesgo durante el embarazo para las trabajadoras por cuenta propia, al cual nos referiremos a continuación, es un botón de muestra de cómo se procede a la extensión del número de trabajadoras beneficiarias de esta protección contemplando como situación protegida no sola-

⁵² En esta dirección, PIZA GRANADOS, J.: «Maternidad...», *op. cit.*, pág. 1.185.

mente aquella derivada de una relación contractual sino aquella derivada de la realización de una actividad profesional prestada por cuenta propia y con independencia del Régimen de la Seguridad Social al cual pertenezca la trabajadora, constituyendo un ejemplo más de esa convergencia prestacional.

El Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, ha efectuado una regulación detallada de la prestación por riesgo durante el embarazo, conteniendo entre sus disposiciones, el reconocimiento del subsidio económico para las trabajadoras por cuenta propia de los distintos Regímenes Especiales de la Seguridad Social y también para las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar. Dicha disposición normativa mantiene, sin embargo, una regulación distinta del subsidio por riesgo dependiendo del Régimen de Seguridad Social al cual pertenezca la trabajadora, ya que, siguiendo la estructura del Real Decreto 1251/2001, el Capítulo III dedica la Sección 1.ª a las normas aplicables a las trabajadoras por cuenta ajena, reserva la Sección 2.ª a las normas aplicables a las trabajadoras por cuenta propia y la Sección 3.ª contiene las normas comunes a las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia.

3.2. Trabajadoras beneficiarias.

Históricamente la protección social de la maternidad había carecido de autonomía dentro del esquema protector de la Seguridad Social y hasta fechas no muy lejanas la maternidad había sido una contingencia sin prestación propia, protegida en la esfera laboral por su inclusión en el ámbito de la incapacidad laboral transitoria, es decir, recibiendo el mismo tratamiento legal que la enfermedad⁵³. Además, la protección social de la maternidad se había realizado en torno al trabajo asalariado⁵⁴.

La ampliación del ámbito de protección de la maternidad a todas las trabajadoras embarazadas con independencia del Régimen de Seguridad Social al cual estén integradas era obligada si tenemos en cuenta que la prestación económica por riesgo durante el embarazo trata de proteger la salud de la trabajadora y de cubrir la pérdida de ingresos que se produce durante el período de inactividad a la cual se ve obligada la trabajadora por razones de salud.

Los artículos 22 y 23 del Real Decreto 1251/2001 al referirse a la condición de beneficiarias de la prestación alude a las trabajadoras por cuenta propia incluidas en los distintos Regímenes de la Seguridad Social y también a las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar.

⁵³ Interesante el panorama que se describe en el Informe 4/2000 del CES sobre *La protección social de las mujeres* aprobado en sesión plenaria el 26 de julio de 2000. *Vid.*, pág. 97.

⁵⁴ En este sentido, y como antecedentes normativos, tenemos la labor realizada por la OIT, Convenio 103 sobre la protección de la maternidad (1952) y la Recomendación 95 sobre la protección de la maternidad (1952). Dichos textos han sido revisados por la Conferencia General de la OIT, reunida en Ginebra el 30 de mayo de 2000 en su 88.ª reunión.

La Disposición Adicional 8.ª del TRLGSS ya estableció, a partir de la Ley 39/1999, que lo previsto en los artículos 134, 135 y 166 era aplicable en su caso a los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales y a las trabajadoras incluidas en el Régimen Especial Agrario y Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en los términos y condiciones que se estableciese reglamentariamente.

Han tenido que transcurrir dos años para que se produzca el desarrollo reglamentario aludido en dicha Disposición Adicional y, en este momento, esta nueva prestación, incluida dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, se otorga a las trabajadoras por cuenta ajena del Régimen General y, en su caso, de los Regímenes Especiales, así como a las trabajadoras por cuenta propia incluidas en el Régimen Especial del Mar, Régimen Especial Agrario y Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.

Mención aparte requiere el hecho de que expresamente se extienda la protección a las trabajadoras pertenecientes al Régimen Especial de Empleados de Hogar (art. 23 del RD 1251/2001), si tenemos en cuenta el actual panorama de la afiliación femenina a la Seguridad Social⁵⁵ y, en concreto, el porcentaje de afiliadas al Régimen Especial de Empleados de Hogar donde la presencia de mujeres es del 93,3% (1999)⁵⁶. La inclusión de dichas trabajadoras cubre un vacío y olvido difícilmente explicable y justificable después de la Ley 39/1999.

Así pues, la Sección 2.ª del Capítulo III se refiere como beneficiarias, a los efectos de esta prestación, a las trabajadoras por cuenta propia integradas en alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social y, en los mismos términos, también se consideran beneficiarias las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar⁵⁷, cuando no presten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo y, en consecuencia, sean responsables de la obligación de cotizar. Recordemos que aquellas trabajadoras integradas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar que presten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo se registrarán por las normas aplicables a las trabajadoras por cuenta ajena (art. 16 del RD 1251/2001).

En este sentido, el Real Decreto 1251/2001 nos recuerda que el Régimen Especial de Empleados de Hogar extiende su ámbito de aplicación a aquellas personas sometidas a una relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, entendiéndose como tal la que concierne al titular del mismo, como empleador, y la persona que, bajo la dependencia y por cuenta de aquél, presta servi-

⁵⁵ *Vid.*, *La protección social de las mujeres*, *op. cit.*, Capítulo 4 sobre «La situación sociolaboral de las mujeres y su proyección en el sistema de protección social», págs. 51 a 95.

⁵⁶ *Ibid.*, págs. 71-72. En todos los Regímenes se observa un fuerte crecimiento de afiliación de las mujeres. Así en el Régimen General el porcentaje de afiliadas en 1999 fue un 37 por 100; en el otro gran Régimen, el RETA el 40,3 por 100. En los dos Regímenes Especiales donde había menor proporción de mujeres, Carbón y Mar, también aumentó la presencia femenina, sobre todo en el último año donde pasó del 7,3% al 11,4%. En el Régimen de Empleados de Hogar se produjo un ligero descenso de la proporción de mujeres, aunque éstas siguen constituyendo la gran mayoría de la afiliación al mismo.

⁵⁷ El Régimen Especial de Empleados de Hogar fue regulado por Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre. Actualmente está en vigor parcialmente dadas las modificaciones que se han producido por la vía de los Reglamentos generales de inscripción, altas y bajas y cotización y liquidación.

cios retribuidos en el ámbito del hogar familiar⁵⁸, y que existen distintas modalidades de prestación de servicios. Por ello, la referencia a una modalidad en concreto como es la dedicación a diversos hogares, es decir, para uno o más cabezas de familia, no es baladí, puesto que la modalidad de la prestación de servicios determina el sujeto responsable de las obligaciones de afiliación, altas, bajas y cotización a la Seguridad Social y determina que, a los efectos de esta prestación, sean aplicables las normas previstas para las trabajadoras por cuenta propia.

Según el Real Decreto 84/1996, la obligación de afiliación y cotización difiere según el número de horas de servicio efectivo en el hogar. La obligación de afiliación y cotización nace para el empleador a partir de la realización de 80 horas o más de servicio al mes, mientras que dicha obligación corresponde a la empleada cuando los servicios que preste tengan una duración mínima de 72 horas al mes, efectuadas al menos, durante 12 días cada mes.

Este particular régimen y cómputo de horas necesarias para poder afiliarse y cotizar a la Seguridad Social conlleva que en la práctica haya muchas mujeres que no alcancen dichos umbrales de prestación efectiva del servicio y que por ello se mantengan al margen del sistema de Seguridad Social y dentro de la economía sumergida.

La ampliación del ámbito prestacional sin duda es una motivación más para regularizar la situación de estas mujeres, teniendo en cuenta que en muchos casos es la propia empleada la responsable de su afiliación y cotización al no prestar sus servicios para un hogar con carácter exclusivo.

3.3. Situación protegida.

Según el artículo 22.1 del Real Decreto 1251/2001, y a los solos efectos de esta prestación económica, se considera 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 y/o del feto, y así se certifique por los servicios médicos de la Entidad Gestora correspondiente».

Así pues, la consideración de situación protegida se produce a partir de que:

- a) Se desempeñe una actividad profesional. En este sentido debe ser una actividad susceptible de enmarcar dentro de alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, siendo la normativa propia de cada uno de los Regímenes la determinante de su inclusión.

⁵⁸ Vid., BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, págs. 172 a 180.

- b) Se acredite la existencia de un doble nexo causal entre, por una parte, el desempeño de dicha actividad profesional y la influencia negativa de la misma en la salud de la trabajadora embarazada y/o del feto y por otra parte que dicha influencia negativa sea de tal intensidad que imposibilite el continuar realizando la actividad profesional.
- c) Se certifique por los servicios médicos de la Entidad Gestora que el desempeño de la actividad profesional influye negativamente en la salud de la trabajadora embarazada y/o el feto y por ello debe ser interrumpida dicha actividad.

El apartado 2 del artículo 22 reproduce, en los mismos términos que lo hace el artículo 14 para las trabajadoras por cuenta ajena, la delimitación de la situación protegida y en este sentido se refuerza la exigencia del doble nexo causal al no considerarse como situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora y/o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo de la actividad desempeñada.

Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, se trata de una exclusión declarativa que obliga a determinadas reflexiones si pensamos en cómo se realiza la prestación de determinadas actividades, especialmente aquellas que se realizan dentro del hogar familiar, pues puede darse el caso de que la existencia del riesgo no se constate hasta que afloren sus consecuencias, ya que las medidas preventivas que contempla la LPRL no están pensadas para ser aplicadas a determinadas actividades y establecimientos y por ello la casuística que pueda presentar la prestación de servicios en un hogar familiar se escapa en buena medida de las previsiones de la LPRL.

3.4. Requisitos y procedimiento para el reconocimiento del derecho al subsidio.

El artículo 23 del Real Decreto 1251/2001 establece los requisitos para tener la condición de trabajadora beneficiaria del subsidio en el caso de trabajadoras por cuenta propia o integradas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar.

Para ser beneficiaria de la prestación económica debe partirse de la premisa que se da en la situación protegida, es decir, que existe la situación de riesgo para la salud de la trabajadora y/o feto y que ello sea acreditado mediante el correspondiente informe y certificado médico.

A partir de dicha premisa las trabajadoras para obtener la condición de beneficiarias y tener el correspondiente reconocimiento y abono de la prestación deben justificar:

- a) Afiliación y alta en cualquiera de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, incluido el Régimen Especial de Empleados de Hogar.

- b) Cotización que acredite un período mínimo de ciento ochenta días, dentro de los cinco años anteriores a la fecha en que emita el certificado por los servicios médicos de la Entidad Gestora correspondiente.
- c) Estar al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.

En este caso existe una identificación entre el sujeto responsable de la afiliación, alta y pago de la cotización, sujeto causante de la prestación y sujeto beneficiario, y se admite que se aplique a todas las trabajadoras por cuenta propia, incluidas las afiliadas al Régimen Especial de Empleados de Hogar, el mecanismo de la invitación al pago previsto en el apartado 2 del artículo 28 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, y por ello puede producirse una invitación de la Entidad Gestora a la interesada para que en el plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas. Si la interesada atendiese la invitación e ingresase las cuotas adeudadas dentro del plazo señalado se le considerará al corriente en las mismas a los efectos de la prestación solicitada. En el supuesto de que el ingreso se realizase fuera de dicho plazo la Entidad Gestora concederá la prestación menos un 20 por 100, al tratarse de un subsidio temporal.

Una vez acreditados estos requisitos existe un procedimiento específico que debe seguirse para el reconocimiento del derecho, al que nos referiremos a continuación.

Al definir la situación protegida ya se hace alusión a la exigencia de acreditación de la misma por los servicios médicos correspondientes a la Entidad Gestora, pero además se instaura, en el artículo 28 del Real Decreto 1251/2001, un procedimiento para el reconocimiento del derecho al subsidio que contiene una serie de pasos a seguir de forma sucesiva.

El reconocimiento del derecho se inicia a petición de la trabajadora interesada, mediante solicitud a la Dirección Provincial de la Entidad Gestora de la provincia en que tenga su domicilio la interesada (art. 28.1 RD 1251/2001).

De suma importancia es que la solicitud, además de cuestiones formales como son la obligada utilización de los modelos normalizados establecidos al efecto por la propia Administración de la Seguridad Social, contenga los datos relativos a la actividad profesional desempeñada por la trabajadora afectada, descripción del trabajo concreto que realiza, así como del riesgo específico que presenta para el embarazo (art. 28.1 del RD 1251/2001).

La solicitud deberá acompañarse de una serie de documentos dirigidos a acreditar la situación en que se encuentra la trabajadora embarazada respecto a la situación de riesgo/actividad.

En primer lugar, se requiere el informe del médico del INSALUD o del Servicio Público de Salud correspondiente, que asiste facultativamente a la trabajadora, a través del cual se acredite la existencia del doble nexo causal al que antes hemos hecho referencia, es decir, por una parte la situa-

ción de embarazo, y, por otra parte, que las condiciones de trabajo o actividad desempeñada tienen una influencia negativa en la salud de la trabajadora embarazada y/o del feto y por ello debe interrumpirse la actividad.

Dicho informe médico expedido por el facultativo que asiste a la trabajadora es preceptivo aunque no es vinculante y se dará traslado del mismo a los servicios médicos de la Dirección Provincial de la Entidad Gestora, a fin de que por los mismos se emita certificación en que se acredite que las condiciones de actividad desempeñada influyen negativamente en la salud de la trabajadora y/o del feto. Este doble mecanismo de control médico del riesgo en manos de profesionales de la salud, además de apartarse de la inicial redacción de los artículos 26.1 y 26.2 de la LPRL, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, puede evidenciar discrepancias en cuanto a la valoración del riesgo y su incidencia en la salud de la trabajadora. Ante dicha discrepancia se produce de hecho una remisión a lo dispuesto en el artículo 28.6 del Real Decreto 1251/2001 que contiene los mecanismos de solución de las contradicciones que puedan darse tanto a nivel médico (informe-certificación) como a nivel de la veracidad de los datos que se contienen en las declaraciones, o cumplimiento de las obligaciones inherentes a la percepción de la prestación, mecanismo al que más adelante haremos referencia.

En segundo lugar, se requiere declaración de la trabajadora sobre la actividad desarrollada, así como sobre la inexistencia de un trabajo o función en tal actividad compatible con su estado que puede ser llevada a cabo por aquella en su condición de trabajadora por cuenta propia o de empleada de hogar. Dicha declaración debe tener presunción de veracidad admitiéndose prueba en contrario y en este sentido la intervención de la Inspección de Trabajo adquiere una determinada relevancia frente a la Dirección Provincial de la Entidad Gestora que deberá dictar su resolución.

Cuando la trabajadora autónoma preste servicio en sociedades cooperativas o sociedades laborales o mercantiles, dicha declaración deberá ser realizada por el administrador de la sociedad.

Se establece, además, en el apartado 4 del artículo 28 del Real Decreto un mecanismo específico para garantizar el cumplimiento de la inactividad por parte de la trabajadora y evitar situaciones de riesgo para su salud y situaciones fraudulentas que pueden producirse de compatibilizar actividad y percepción del subsidio económico.

Dicho mecanismo consiste en la obligación, cuando se trate de trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos, de presentar por parte de la interesada una declaración de situación de la actividad, en la que conste la persona que gestiona directamente, en tanto que exista el riesgo durante el embarazo, el establecimiento mercantil o industrial o de otra naturaleza del que aquéllas sean titulares o, en su caso, el cese temporal o definitivo de la actividad. Dicha declaración deberá presentarse si el certificado de los servicios médicos de la Dirección Provincial de la Entidad Gestora correspondiente es favorable al cese en la actividad y antes de que se dicte la resolución correspondiente (art. 28.4 del RD 1251/2001).

La declaración de situación de la actividad mencionada *supra* abre muchos interrogantes acerca de los términos de suficiencia de la misma en el caso de proseguirse la actividad negocial. Es decir, ¿es suficiente que se señale la persona que se va a hacer cargo de la gestión del establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza durante la situación de riesgo? ¿Puede ser un familiar y hasta qué grado? ¿Debe acreditarse la situación de alta de dicha persona encargada de la gestión en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social? ¿Qué significa que la persona deba hacerse cargo de la gestión directa del establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza? ¿Qué sucede cuando no se está ante una actividad acompañada de la existencia de establecimiento? ¿Qué mecanismos de control se contemplan al efecto? Éstos son algunos de los interrogantes que se presentan ante la realización de actividades por cuenta propia y que no encuentran respuesta en el Real Decreto 1251/2001.

Por otra parte, dicha declaración se exige solamente respecto a las trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de Trabajadoras por Cuenta Propia o Autónomas y uno se pregunta qué sucede en el caso de trabajadoras integradas en el Régimen de Empleados de Hogar, amparadas por las normas aplicables a las trabajadoras por cuenta propia. Al parecer, para dichas trabajadoras será necesaria la presentación de su declaración (art. 28.2.b del RD 1251/2001) sobre la inexistencia de un trabajo o función compatible con su estado. En este caso podría haberse exigido una declaración del responsable del hogar familiar sobre la inexistencia de actividad compatible con el estado de la trabajadora, al igual que sucede con las personas integradas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar a las que se aplican las normas de las trabajadoras por cuenta ajena (art. 21.2.c del RD 1251/2001), pero no se produce tal exigencia y por ello es suficiente con la declaración de la trabajadora afectada.

En tercer lugar, se requiere una acreditación de la cotización con los recibos del abono de cuentas, cuando sean 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 (art. 28.2. c del RD 1251/2001).

El procedimiento para el reconocimiento del derecho prevé, como ya mencionábamos, un mecanismo al cual acudir cuando se produzcan contradicciones en las declaraciones y certificaciones presentadas o concurren indicios de actuaciones dirigidas a obtener indebidamente la prestación. Dicho mecanismo consiste en la intervención de la Inspección de Trabajo, la cual deberá informar a la Dirección Provincial de la Entidad Gestora sobre su conformidad o su discrepancia en relación con las medidas adoptadas por la trabajadora.

En este caso, la Inspección de Trabajo podrá realizar las comprobaciones que estime pertinentes, para poder realizar el informe requerido, el cual deberá ser emitido en el plazo de quince días, y transcurrido el mismo, el Director Provincial de la Entidad Gestora podrá dictar la correspondiente resolución. Este informe de la Inspección de Trabajo no es vinculante pues se puede dictar la resolución sin tener en cuenta al mismo.

Finalmente, corresponde pues al Director Provincial de la Entidad Gestora dictar resolución expresa, a la vista de la documentación presentada y una vez comprobados todos los requisitos exigidos para acceder al subsidio, la cual la notificará en el plazo de treinta días, en orden al reconocimiento del derecho a la prestación económica (art. 28.5 del RD 1251/2001).

3.5. Cuantía de la prestación.

La determinación de la cuantía de la prestación económica requiere también en este caso conocer la base reguladora, la cual según el artículo 24 del Real Decreto 1251/2001 será equivalente a la que esté establecida para la prestación de IT, derivada de contingencias comunes⁵⁹, tomando como referencia la fecha en que se emita el certificado médico de la Entidad Gestora correspondiente y la prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 75 por 100 de dicha base reguladora.

El artículo 29 del Real Decreto 1251/2001 contempla, por su parte, las situaciones de pluriactividad, estableciendo unas normas comunes tanto para las trabajadoras por cuenta ajena como para las trabajadoras por cuenta propia. Las normas en estas situaciones conducen a la posibilidad de compatibilizar la realización de un trabajo o actividad profesional con la percepción del subsidio económico y ante una situación de pluriactividad se puede producir una situación de heterogeneidad de soluciones y de ello deriva la compatibilidad entre actividad e inactividad y percepción simultánea del subsidio económico siempre y cuando no exista riesgo para la salud de la mujer embarazada y el feto y pueda realizarse en parte esa actividad profesional.

En la práctica, y pensando en trabajadoras por cuenta propia y trabajadoras del Régimen Especial de Empleados de Hogar, pueden plantearse tres supuestos y no dos como prevé el artículo 29 del Real Decreto 1251/2001.

En un primer supuesto, referido a la afectación de todas las actividades y en todos los Regímenes, la solución que se prevé es que la trabajadora tenga derecho al subsidio en cada uno de ellos si reúne los requisitos exigidos de manera independiente [art. 29 a) del RD 1251/2001].

El segundo supuesto hace referencia a cuando la situación de riesgo durante el embarazo afecte solamente a alguna de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no a todas. En este caso tendrá derecho únicamente al subsidio en el Régimen en el que estén incluidas las actividades en las que exista el riesgo [art. 29 b) del RD 1251/2001]. El legislador en este caso también está pensando en la realización de una pluriactividad acompañada de una inscripción a distintos Regímenes e inclu-

⁵⁹ Actualmente la normativa aplicable en materia de cotización en el Régimen Especial de Empleados de Hogar parte del Reglamento General de cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, de 22 de diciembre de 1995, Real Decreto 2064/1995, así como en la Orden de cotización para cada año. La base de cotización es única para todas las contingencias y situaciones en que exista obligación de cotizar y se corresponderá con la cuantía mínima prevista para la base de cotización del grupo 10 (peones) mientras que el tipo se establece en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

so se establece que la percepción de este subsidio será compatible con el mantenimiento de aquellas actividades que ya vinieran desempeñando o pudieran desempeñar y no implicasen riesgo para el embarazo.

El tercer supuesto, no identificable con ninguno de los anteriores, se plantea en el caso de que la trabajadora esté inscrita en un solo Régimen, por ejemplo empleados de hogar, y realice una prestación de servicios en distintos hogares y se produzcan situaciones de riesgo que le impidan desempeñar determinadas actividades, las que realiza en un determinado hogar familiar, pero en cambio pueda continuar prestando sus servicios para los demás hogares familiares a los que también acude. ¿Sería posible compatibilizar actividad y subsidio? La respuesta debería ser positiva dado que éste es el espíritu y la solución dados a los casos de pluriempleo y pluriactividad. No obstante, en este caso no se ha previsto cómo se produce el reparto y distribución entre subsidio y mantenimiento de la retribución económica por la actividad realizada.

3.6. Dinámica de la prestación.

El derecho al subsidio nace el día siguiente a aquel en que se emite el certificado médico por los servicios médicos de la Entidad Gestora correspondiente.

Los efectos económicos se producen a partir de la fecha del cese efectivo en la actividad profesional correspondiente (art. 25.1 del RD 1251/2001) y el pago se producirá por períodos vencidos (art. 27.2 del RD 1251/2001).

El subsidio se percibirá durante el período necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora y/o del feto, mientras exista la posibilidad de reanudar su actividad profesional (art. 25.2 del RD 1251/2001).

La gestión será realizada a cargo de la Entidad Gestora correspondiente (art. 27 del RD 1251/2001), ya sea el INSS o el Instituto Social de la Marina (ISM), ya que es la Entidad Gestora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y como tal encargada de la gestión, administración y reconocimiento del derecho a las prestaciones de dicho Régimen ⁶⁰.

La extinción se puede producir por la concurrencia de alguna de las causas que prevé el apartado 3 del artículo 25 y que son de diversa naturaleza:

- a) Inicio del período de descanso por maternidad.
- b) Reanudación de la actividad profesional desempeñada por la mujer trabajadora.

⁶⁰ Vid., Real Decreto 1414/1981, de 3 de julio, que en su artículo 2 enumera las competencias y funciones del ISM.

- c) Causar baja en el Régimen Especial de la Seguridad Social en el que la trabajadora estuviese incluida.
- d) Fallecimiento de la beneficiaria.

El subsidio puede ser denegado, anulado o suspendido, en los términos que prevé el artículo 132 del TRLGSS, es decir, cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio o cuando realice cualquier trabajo o actividad, bien por cuenta propia o por cuenta ajena, iniciados con posterioridad al nacimiento del derecho al subsidio, e incompatibles con su estado (art. 26 del RD 1251/2001). En este punto solamente poner de manifiesto la identidad de regulación que se produce entre las previsiones referidas a las trabajadoras por cuenta ajena y las referidas a las trabajadoras por cuenta propia, identidad que se explica por el hecho de que en ambos casos la norma de referencia es la que regula el subsidio por IT.