

XIII

LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL INTRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Azucena ESCUDERO PRIETO
Universidad de Valladolid

SUMARIO

	<u>Página</u>
I. LA INTRODUCCIÓN DE UNA NUEVA ORIENTACIÓN EN LA ORDENACIÓN DE LA MATERNIDAD	508
II. MATERNIDAD	511
1. Suspensión del contrato de trabajo por maternidad	511
1.1. Titulares del derecho.....	511
1.2. Supuestos que dan lugar a la suspensión del contrato de trabajo	512
1.3. Duración	512
1.4. Ejercicio del derecho	513
1.5. Medidas de protección del ejercicio del derecho	513
2. Prestación por maternidad	514
2.1. Situación protegida	514
2.2. Requisitos de acceso.....	514
2.3. Cuantía y duración de la prestación	515
2.4. Concurrencia entre la prestación por maternidad y el desempleo	515
Cómputo de período cotizado	515
2.5. Régímenes Especiales de la Seguridad Social	516
2.6. La prestación no contributiva por maternidad.....	516
2.6.1. Trabajadoras beneficiarias.....	516
2.6.2. Prestación	516

	Página
III. PATERNIDAD	516
1. Suspensión del contrato de trabajo por paternidad	517
1.1. Supuestos que dan lugar a la suspensión.....	517
1.2. Duración del derecho.....	517
1.3. Titulares del derecho.....	518
1.4. Ejercicio del derecho	518
1.5. Compatibilidad con otros derechos	519
1.6. Medidas de protección dirigidas al ejercicio del derecho.....	519
2. Prestación de Seguridad Social por paternidad.....	520
2.1. Situación protegida	521
2.2. Sujetos beneficiarios.....	521
2.3. Cuantía y duración de la prestación	521
2.4. Concurrencia de la paternidad y el desempleo.....	522
IV. RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA NATURAL DE MENORES DE NUEVE MESES	522

I. LA INTRODUCCIÓN DE UNA NUEVA ORIENTACIÓN EN LA ORDENACIÓN DE LA MATERNIDAD

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOI), introduce un amplio y extenso conjunto de medidas dirigidas a la protección de la maternidad. Del conjunto de las reformas introducidas por la LOI me referiré únicamente a aquellas que se dirigen a la protección de la maternidad, materia esta que adquiere un protagonismo propio empleado por la Ley como instrumento ordenador, dirigido a contribuir en el proceso de transformación hacia la igualdad real de las mujeres en el ámbito laboral, familiar y social.

Tras la Ley de Igualdad, la protección normativa de la maternidad en el ámbito laboral viene sustentada sobre tres principales ejes de actuación⁽¹⁾: la protección de la salud de la mujer y del hijo —suspensión del contrato por maternidad biológica durante las seis primeras semanas y por riesgo durante el embarazo y durante el período de lactancia—, el cuidado del hijo durante los primeros meses de vida —suspensión del contrato por maternidad durante diez semanas— y la corresponsabilidad del padre en el reparto de las cargas familiares derivadas del nacimiento del hijo —suspensión del contrato por paternidad—. Es sobre estas líneas de actuación

(1) Véase, más ampliamente, un análisis sobre las distintas facetas que componen la protección jurídica de la maternidad MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M.^a: «Reflexiones sobre el permiso de maternidad y su concordancia con la igualdad de género», *RL*, núm. 8, 2007.

donde se hacen converger un conjunto de acciones dirigidas a garantizar el ejercicio de los derechos que otorga la maternidad, para ello se contempla por el ordenamiento jurídico laboral el reconocimiento de medidas de protección económica y laboral de los trabajadores que los ejercen —las prestaciones por maternidad y paternidad y la conservación de los derechos laborales durante estos períodos o la declaración de nulidad de las medidas adoptadas unilateralmente por el empresario que supongan una vulneración del ejercicio de estos derechos— así como, el otorgamiento de un conjunto de concretas facultades dirigidas a compensar las mayores dificultades que presenta la conciliación de la vida familiar y laboral tras el nacimiento del hijo —reducción de jornada, reconocimiento de permisos, excedencias—.

Entre los factores que más negativamente influyen en el acceso en condiciones de igualdad entre mujeres y hombres al empleo y en el desempeño de la relación laboral, se encuentra la maternidad y el desigual reparto social de las responsabilidades entre mujeres y hombres en el cuidado de los hijos existente en la actualidad. De hecho, la existencia de hijos se sitúa como uno de los condicionantes que más negativamente influyen en el incremento y mantenimiento de las tasas de empleo de las mujeres⁽²⁾. De modo que, la íntima relación existente entre la igualdad de género y la maternidad en el ámbito laboral ha provocado que la protección de la maternidad adquiera sustantividad propia y se constituya en un valor social primordial. Ahora bien, no se puede abordar la maternidad y la igualdad por razón de sexo en el ámbito laboral si no se emplean instrumentos de distinto tipo que exceden del estricto ámbito de la relación laboral, puesto que son distintos factores los que están implícitos dentro de las dificultades existentes en la actualidad para lograr una plasmación real de la igualdad de trato y de oportunidades en el mundo laboral⁽³⁾. En este sentido, la exposición de motivos de la LOI reconoce y asume estas dificultades expresando que el logro de la igualdad efectiva en nuestra sociedad requiere no sólo el compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en el ámbito de las relaciones entre particulares.

En relación con ello, la LOI no sólo presta especial atención a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales, sino que emplea

(2) En un informe publicado por EUROSTAT, la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas, sobre las diferencias entre las mujeres y los hombres relativas a la conciliación de la vida profesional y la vida familiar. En 2003, el porcentaje de empleo en la Unión Europea era de un 75 por 100 para las mujeres con edades comprendidas entre 20 y 49 años que no tenían un hijo menor de 12 años, frente a un 60 por 100 para las que tenían hijos menores de 12 años. El fenómeno opuesto se observaba en los hombres: con un porcentaje de empleo ocupado de un 86 por 100 para aquellos que no tienen hijo y un 91 por 100 para los que tienen hijos menores de 12 años. Entre las mujeres que tienen un empleo, una proporción más importante trabaja a tiempo parcial cuando tienen hijos. En la UE, más de una mujer sobre tres, teniendo hijos y un empleo, trabajaban a tiempo parcial en 2003, mientras que para las mujeres sin hijo solamente una sobre cinco trabajaban a tiempo parcial.

(3) La doctrina ya venía apuntando que la conciliación de la esfera familiar y laboral constituye uno de los principales «caballos de batalla» para lograr una plasmación real de la igualdad de trato y de oportunidades en el mundo laboral, CASAS BAAMONDE, M.^ªE.: «Transformaciones del trabajo, trabajo de mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», RL, tomo I, 1998.

nuevos instrumentos para conseguir este objetivo. Reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares. Ahora bien, asume en su ordenación que la corresponsabilidad va más allá de la conciliación y que, por tanto, la eliminación de la desigualdad no se logrará otorgando más derechos a las mujeres para compatibilizar la esfera privada y la laboral, pues esta medida ha mostrado a lo largo del tiempo que no es un instrumento eficaz para conseguir erradicar los estereotipos sociales que están en el origen de la discriminación sino que, al contrario, los perpetúa. Pero la corresponsabilidad, tanto en el ámbito privado como en el ámbito laboral necesita un pacto social que no se produce por sí mismo, sino que éste necesita ser promovido a través de la adopción de medidas ordenadoras que contemplen el ejercicio, por parte de todos los sujetos implicados, de acciones concretas que vayan dirigidas a constituir a los hombres y a las mujeres en titulares de los mismos derechos, situándose de este modo, ambos sexos, en una posición de responsabilidad equiparada en la asunción de obligaciones y deberes en el ámbito familiar y laboral. De modo que, la remoción de los obstáculos que presenta el mercado laboral para las mujeres, necesita urgentemente constituir derechos de titularidad directa para los hombres en los mismos términos y con el mismo alcance en su configuración que los que vienen siendo otorgados a las mujeres, con el objeto de compensar las diferencias existentes entre ambos sexos⁽⁴⁾.

Es en la maternidad la circunstancia donde convergen con mayor intensidad las dificultades que encuentran las mujeres en el acceso al empleo y en el reparto de responsabilidades en la tarea del cuidado de los hijos. Por ello, la LOI dirige su actuación hacia estos dos frentes, apostando decididamente por la introducción de un modelo social más igualitario, configurado no sólo desde el recurso a las clásicas acciones positivas sino que, dando un paso más, avanza por la senda de la transversalidad desde la perspectiva de género. Ello implica una modificación y una importante evolución respecto de la construcción jurídica que sobre igualdad por razón de sexo existía con anterioridad a la Ley en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que su significado se traduce en la necesidad de que los poderes públicos se impliquen en la gestión de la igualdad, mediante la incorporación de la dimensión de género en todas sus actuaciones⁽⁵⁾ y, lo que es más importante, éste se erige en un modelo normativo alejado de las políticas específicas dirigidas sólo a las mujeres. En esta dirección, se introducen dos propuestas en el ámbito de las relaciones laborales que avanzan en

(4) Como sostiene MOLINA NAVERRETE, C.: «El impacto laboral de la «Ley de Igualdad de Sexos»: lo que queda después de vender el «humo político», Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 290, 2007, p. 105. La Ley de Igualdad es una típica norma de «Derecho Antidiscriminatorio», cuya referencia básica es la prohibición de discriminación y su corrección, pero no de un «Derecho Desigual», que reconozca específicos «derechos sexuados» o «de género», faceta esta más positiva para lograr el objetivo de la igualdad.

(5) El origen del término transversalidad empleado desde la perspectiva de género fue acuñado en la Conferencia Mundial de la Mujer de Pekín de 1995, procede del vocablo anglosajón *mainstreaming* y hace referencia a la necesidad de implementar de forma coordinada y sistemática una serie de medidas de política de género en todas aquellas decisiones que puedan afectar a las mujeres.

este sentido: los planes de igualdad en las empresas y los permisos de paternidad exclusivos para los hombres, medidas ambas que a todas luces son insuficientes cuantitativamente, dada la timidez con la que se ha llevado a cabo su incorporación, pero que cualitativamente, sin duda, son la representación en el escenario jurídico de un importante cambio en la dirección a seguir a partir de la LOI para lograr la igualdad real entre hombres y mujeres.

En la protección de la maternidad, la LOI ha incorporado un amplio elenco de medidas entre las que destacan aquellas que se han dirigido: a la corrección de las limitaciones existentes en la protección integral de la salud de la mujer y del hijo en los procesos de maternidad biológica, ampliando la tutela frente a los riesgos de la función reproductora de la mujer al período de lactancia natural, a la mejora de la protección económica y laboral y a la introducción de la corresponsabilidad de los sexos en el cuidado del hijo a través de la creación del permiso de paternidad, todo ello encuadrado dentro del amplio marco de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y que ha supuesto la introducción de modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores (ET), en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), en la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y en la normativa de Seguridad Social (TRLGSS) que trataremos de sistematizar atendiendo a las materias afectadas.

II. MATERNIDAD

1. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MATERNIDAD

1.1. Titulares del derecho

La regulación introducida por la LOI se adapta a la terminología utilizada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, en materia de derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales, artículo 48.4 del ET.

En el supuesto de parto la mención al padre se sustituye por la referencia al otro progenitor en los supuestos en los que la madre cede el derecho o no puede hacer uso del mismo por fallecimiento o bien por no tener reconocido en su régimen profesional el derecho a la suspensión con prestaciones de la Seguridad Social.

En el supuesto de parto procedente de técnicas de reproducción humana asistida se puede reconocer como progenitor a la esposa de la madre si esta última manifiesta ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge se determine a su favor la filiación respecto del nacido⁽⁶⁾.

En el supuesto de adopción o acogimiento, los términos madre y padre se sustituyen por el de progenitores.

(6) Artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, apartado modificado por la disposición adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

1.2. Supuestos que dan lugar a la suspensión del contrato de trabajo

La novedad en este aspecto se refiere a la figura del acogimiento de modo que se produce una ampliación de los supuestos de suspensión del contrato por maternidad. La LOI incluye dos nuevas situaciones. Por un lado, los acogimientos simples junto a los preadoptivos o permanentes, siempre que la duración del acogimiento no sea inferior a un año. Por otro lado, extiende el derecho a los casos de acogimiento preadoptivo, tanto permanente como simple, aún cuando aquel tenga carácter provisional, artículo 45.1 d) del ET. Se trata, en definitiva, de hacer coincidir el periodo de suspensión con la llegada del menor al hogar, con independencia del título jurídico que ha permitido esa incorporación del menor.

1.3. Duración

Se introducen en el artículo 48.4 del ET dos supuestos en los que la duración del derecho queda ampliado: En los casos de partos prematuros y aquellos otros supuestos en los que el neonato necesite permanecer hospitalizado después del parto⁽⁷⁾, el período de suspensión del contrato de trabajo podrá computarse a instancia de la madre, o en su defecto del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Aunque se excluyen en dicho cómputo las seis semanas inmediatamente posteriores al parto que, en este supuesto, también son de suspensión obligatoria del contrato de trabajo de la madre. Además, siempre que la duración del período de hospitalización del neonato sea superior a siete días, se amplía simultáneamente el período de suspensión del contrato de trabajo con un límite máximo de trece semanas adicionales, medida esta última que requiere el desarrollo reglamentario que se ocupe de determinar los términos en los que se llevará a cabo el ejercicio de esta ampliación.

En el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido⁽⁸⁾, la suspensión tendrá una duración adicional de dos semanas. Cuando ambos progenitores trabajen, este período adicional se distribuirá a opción de los interesados, pudiendo disfrutarlo los dos progenitores de manera simultánea o sucesiva, pero siempre de forma ininterrumpida. Por tanto los titulares de estas dos semanas adicionales son indistintamente ambos progenitores.

(7) La disposición adicional tercera del RD 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia establece que en estos casos serán tenidos en cuenta los internamientos hospitalarios iniciados durante los treinta días naturales siguientes al parto.

(8) La determinación de la existencia de discapacidad de menores de tres años hay que estar a la escala de valoración establecida por el RD 504/2007, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. La propia disposición adicional tercera del RD 504/2007 contempla el reconocimiento de la ampliación del período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad siempre que la valoración sea al menos del grado I moderado. Para los mayores de tres años, hay que estar a lo dispuesto en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre y en el RD 1251/2001, de 16 de noviembre, que considera discapacitado al menor adoptado o acogido cuando se acredita una minusvalía de grado igual o superior al 33 por 100.

1.4. Ejercicio del derecho

Se contempla en el artículo 48.4 del ET que en el caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad del período de suspensión o, en su caso, del período que reste de éste computado desde la fecha del parto, sin que se descuente, por tanto, la parte que la madre hubiera podido disfrutar del período de suspensión del contrato por maternidad con anterioridad al parto. Este derecho, pues, es concedido al otro progenitor a título individual y con carácter absoluto al desvincularse el mismo del requisito de que la madre fuera o no trabajadora ⁽⁹⁾.

En el supuesto de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo. Antes de la LOI sólo se protegían las seis semanas de descanso obligatorio.

Además, cuando la madre haya optado por que el otro progenitor disfrute de una parte del período de descanso, la cesión seguirá surtiendo efectos a pesar de que en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

Se amplía la protección a los supuestos de parto en los que la madre no tiene reconocido el derecho a la suspensión de su actividad profesional con prestaciones de acuerdo con las normas que regulan dicha actividad ⁽¹⁰⁾. En estas circunstancias, se reconoce el derecho al otro progenitor a suspender el contrato de trabajo por todo el período que hubiera correspondido a la madre. Este supuesto es compatible con el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por paternidad.

El acceso a la suspensión del contrato en las situaciones de acogimiento provisional producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión.

1.5. Medidas de protección del ejercicio del derecho

Se introduce en el artículo 48.4 del ET el derecho de los trabajadores a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido acceder durante la suspensión del contrato.

(9) Este supuesto incorporado al artículo 48.4 del ET, venía siendo reconocido ya previamente desde el año 2004 por el INSS, otorgando la prestación por maternidad al padre aunque la madre fallecida no fuera trabajadora, supuesto este que fue introducido con posterioridad al RD 1251/2001, de 16 de noviembre, que regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

(10) Como es el caso de la Mutualidad de Ingenieros de Caminos, de la Mutualidad General de la Abogacía o de los Registradores de la Propiedad.

2. PRESTACIÓN POR MATERNIDAD

2.1. Situación protegida

El artículo 133 bis del TRLGSS se adapta a lo establecido en el ET. De modo que las situaciones protegidas son la maternidad, la adopción y el acogimiento tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes autonómicas que lo regulen, siempre que en este último caso su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten de acuerdo con el artículo 48.4 del ET.

2.2. Requisitos de acceso

Se introduce en la regulación de la prestación por maternidad la flexibilización del período de carencia requerido para acceder a la prestación. Tras la LOI además de reunir el trabajador la condición básica de encontrarse afiliado y en alta o situación asimilada alta, los beneficiarios deberán reunir un período previo de cotización diferenciado en función de la edad del trabajador en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

- Trabajador menor de 21 años, en este supuesto no se exige período mínimo alguno de cotización previa.
- Trabajador entre 21 y 26 años cumplidos, el período mínimo de cotización que se exige en este tramo de edad es de 90 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento del inicio de la suspensión del contrato por maternidad o, alternativamente, 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad también a dicha suspensión.
- Trabajador mayor de 26 años el período mínimo de cotización exigido será de 180 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al inicio de la suspensión o, alternativamente, 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a esta última fecha.

Además se concreta el momento que se toma como referencia tanto para computar la edad como, asimismo, el que sirve para verificar la acreditación del período de carencia exigido.

- En el supuesto de parto, la edad será la que tenga la madre biológica en el momento del inicio del descanso, tomándose como referencia el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.
- En el supuesto de adopción internacional, cuando sea necesario que los progenitores se desplacen al país de origen del adoptado, la edad que se toma como referencia es la que tengan los interesados en el momento del inicio del descanso, sirviendo el momento de la resolución a efectos de

verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.

Para las madres biológicas que habiendo cumplido 21 años, no reúnan los requisitos de cotización previa exigidos, se introduce el reconocimiento de una prestación no contributiva por maternidad.

2.3. Cuantía y duración de la prestación

En este aspecto no se introduce modificación alguna. No obstante, debe tenerse en cuenta que el período de prestación tiene el mismo alcance que el período de suspensión, por lo que aquél ha quedado ampliado por éste en los supuestos de parto prematuro o neonato hospitalizado y también en los supuestos de hijos o menores acogidos discapacitados. La cuantía del subsidio sigue siendo el 100 por 100 de la base reguladora para la incapacidad temporal por contingencias comunes, tomando como referencia la fecha del inicio del período de descanso.

2.4. Concurrencia entre la prestación por maternidad y el desempleo

La LOI modifica el artículo 222 del TRLGSS para mejorar la regulación de la concurrencia de ambas situaciones:

Si el contrato de trabajo se extingue durante la situación de maternidad, por alguna de las causas que constituyen situación legal de desempleo, el trabajador continuará percibiendo la prestación por maternidad y, cuando ésta se extinga, accederá a la prestación por desempleo si reúne los requisitos exigidos legalmente para ello. En este supuesto no se descuenta de la prestación contributiva por desempleo el tiempo que hubiera permanecido en situación de maternidad.

Si el trabajador se encuentra percibiendo la prestación por desempleo total y accede a la situación de maternidad, se suspende la prestación por desempleo y pasa a percibir la prestación de maternidad, gestionada directamente por el INSS por el período y en la cuantía que corresponda. Una vez extinguida la prestación por maternidad se reanuda la de desempleo, previa solicitud de la persona interesada, por la duración y cuantía que le restaba por percibir. En este punto se mejora la situación anterior que suponía la pérdida del período por desempleo que coincidiera con la maternidad.

Cómputo de período cotizado

Paralelamente a esta nueva regulación se introduce un nuevo apartado 6 al artículo 124 del TRLGSS para establecer que el período por maternidad que subsista una vez extinguido el contrato de trabajo o, bien que se inicie durante el percibo de la prestación por desempleo total, será computado como tiempo efectivamente cotizado a efectos del percibo de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

2.5. Regímenes Especiales de la Seguridad Social

La prestación por maternidad se reconoce en todos los Regímenes Especiales del sistema de Seguridad Social con la misma extensión y en los mismos términos que los previstos para los trabajadores del Régimen General, como dispone la disposición adicional undécima bis del TRLGSS.

2.6. La prestación no contributiva por maternidad

La LOI introduce tramos por edad para determinar el período de carencia exigido para acceder a la prestación por maternidad, eliminando con carácter general para los trabajadores menores de 21 años y flexibilizándolo para aquellos que ya han cumplido 21 años en los términos vistos previamente. No obstante, se introduce una nueva prestación por maternidad de carácter no contributivo para las madres trabajadoras que no tienen acceso a la prestación por maternidad de carácter contributivo por no reunir el requisito exigido de cotización previa. La lógica del sistema es otorgar cobertura a aquellas mujeres trabajadoras durante el período de suspensión obligatoria del contrato de trabajo en el supuesto de parto.

2.6.1. Trabajadoras beneficiarias

Lo serán aquellas madres biológicas trabajadoras que reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad, salvo el período mínimo de cotización previa exigido a partir de los 21 años de edad. Esta prestación se reconoce tanto a las trabajadoras del Régimen General como a las que estén integradas en alguno de los Regímenes Especiales, disposición adicional undécima bis del TRLGSS.

2.6.2. Prestación

La cuantía será el equivalente al 100 por 100 del indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento, salvo que la base reguladora de la incapacidad temporal por contingencias comunes sea inferior, en cuyo caso la cuantía de la prestación será esta última.

La duración de la prestación será de 42 días naturales a contar desde la fecha del parto. Duración que coincide con el período de descanso obligatorio.

Esta protección se complementa con lo dispuesto en el artículo 4 del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, que establece que en caso de parto si la madre trabajadora no reúne el período mínimo de cotización exigido, el otro progenitor, a opción de la madre, podrá percibir la prestación económica por maternidad durante la totalidad del permiso de descanso que corresponda, descontando un período de seis semanas, siempre que aquél acredite el cumplimiento de dicho requisito de cotización previa.

III. PATERNIDAD

Ya hemos señalado que el reconocimiento del permiso por paternidad se sitúa entre las medidas más novedosas que la LOI establece para que los derechos de

conciliación de la vida personal, familiar y laboral sirvan de instrumento eficaz para lograr el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, de modo que a través de la Ley se pueda favorecer desde una perspectiva de igualdad de género que los trabajadores puedan conciliar sus responsabilidades familiares y laborales, impulsando un mayor equilibrio entre ambos sexos en el reparto de las responsabilidades que subyacen en el cuidado de los hijos. El artículo 44 de la LOI establece las acciones adoptadas para ello: Por una parte, el reconocimiento de estos derechos de conciliación tanto a los trabajadores como a las trabajadoras, con el objeto de que ello contribuya a fomentar la asunción equilibrada de responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio. Y, de otro lado, el reconocimiento del permiso y de la prestación por paternidad, como derecho individual del trabajador, para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares.

La regulación del derecho a la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto y derecho a percibir prestaciones de la Seguridad Social, se recoge en el artículo 48 bis del ET y en el capítulo IV ter en el título II del TRLGSS, artículos 133 octies a 133 decies.

1. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR PATERNIDAD

1.1. Supuestos que dan lugar a la suspensión

Son los mismos que los previstos para la suspensión por maternidad: el nacimiento de hijo y adopción o acogimiento de menores de seis años, o de menores de edad que sean mayores de seis años, cuando se trate de discapacitados o que, por circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes, artículo 45.1.d) del ET.

El acogimiento al igual que en el supuesto de maternidad puede ser preadoptivo, permanente o simple, siempre que, en este último caso, tenga una duración no inferior al año, también se reconoce el derecho aunque el acogimiento sea provisional.

1.2. Duración del derecho

El trabajador tiene derecho a la suspensión del contrato de trabajo durante tan solo trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimientos múltiples, en dos días más por cada hijo a partir del segundo. De entrada, la escasa duración reconocida al permiso por paternidad en la actualidad no va a servir para alterar sustancialmente el tradicional reparto de roles familiares. Pues, en mi opinión, sólo cuando este permiso tenga una duración suficiente, al menos igual a la que se concede a la madre —seis semanas— para que el padre se implique en el cuidado del hijo, será entonces el momento en el que el legislador coloque, al padre, en una posición de igualdad real de condiciones con respecto a la madre para ocuparse del cuidado del hijo.

No obstante, está previsto que la duración de este derecho debe ampliarse hasta alcanzar el objetivo de las cuatro semanas el 24 de marzo de 2013. A estos efectos la disposición transitoria novena de la LOI ordena al gobierno que amplíe, de forma progresiva y gradual, la duración del permiso por paternidad hasta alcanzar dicho objetivo.

1.3. Titulares del derecho

El permiso de paternidad es un derecho personal otorgado a los hombres. Lo que ocurre es que al introducirse una estructuración por sexos en el reconocimiento del permiso por maternidad, en función de que el origen del mismo sea un hijo biológico o no, y puesto que el reconocimiento del permiso por paternidad persigue como objetivo principal una participación mayor de los hombres en las tareas del cuidado de los hijos, provoca que la ordenación de la titularidad de la paternidad refleje la misma línea organizativa. Por ello, el artículo 48 bis del ET distingue entre los supuestos de parto y los de adopción o acogimiento, siguiendo el eje marcado para la consecución, desde la perspectiva de género, de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares.

En el supuesto de parto, la suspensión del contrato de trabajo corresponde exclusivamente al otro progenitor, es decir con carácter general al padre. Ahora bien, cuando se trate de matrimonios entre mujeres en los supuestos de nacimiento de hijos mediante técnicas de reproducción asistida, el derecho puede corresponder también a la esposa de la madre ⁽¹¹⁾.

Cuando se trate de adopción o acogimiento el derecho corresponde a uno solo de los progenitores, a elección de los interesados, siempre que el descanso por maternidad se haya disfrutado de forma compartida por ambos. No obstante si este descanso por maternidad de dieciséis semanas se ha ejercitado por uno solo de los progenitores, en este caso la suspensión por paternidad le corresponde únicamente al otro progenitor, con independencia de cuál sea su sexo. Aunque, en la práctica mayoritaria cuando la baja por maternidad se disfruta por uno solo de los progenitores éste es la mujer.

En definitiva, se trata de un permiso personal e intransferible que en todo caso debe ser disfrutado por uno solo de los progenitores con carácter exclusivo, sin que pueda ser compartido por ambos.

1.4. Ejercicio del derecho

El permiso por paternidad debe disfrutarse de forma ininterrumpida. Es el titular del derecho el sujeto que puede ejercerlo, a su elección, durante todo el período

(11) Ello es posible tras la reforma del artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, llevada a cabo por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, siempre que la mujer casada con otra mujer manifieste, ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del recién nacido.

comprendido desde el momento del parto o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por maternidad del artículo 48.4 del ET o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión. En definitiva, puede disfrutarse el permiso por paternidad durante todo el tiempo que el otro progenitor se encuentre en situación de suspensión por maternidad o inmediatamente después de finalizado éste o, también, antes o después del período de suspensión por maternidad que haya sido cedido por la madre o haya sido distribuido entre los dos progenitores. También, como la maternidad, el permiso por paternidad podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial con una reducción de jornada mínima, en este caso, del 50 por 100, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador. En fin, se trata de dotar al titular del derecho de múltiples posibilidades para fomentar su uso y para adaptarlo a la situación concreta de cada familia.

Para poder ejercer este derecho, únicamente, se exige al trabajador la comunicación previa a la empresa, con la debida antelación, en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos. En cuanto a la debida antelación, ésta debe ser razonable y no hacer que este requisito impida el ejercicio del derecho, pues se pueden presentar supuestos en los que no sea posible la comunicación previa por parte del trabajador con una antelación muy dilatada en el tiempo, dado que no es posible conocer con exactitud en muchos de los supuestos el momento exacto en el que se va a producir el acontecimiento, parto o resolución, que genera el derecho. Por ello, se concreta que el preaviso, en defecto de concreción en el convenio colectivo, deberá efectuarse con tiempo suficiente para que sirva a su finalidad y conforme a la regla de la buena fe en el ejercicio de los derechos.

1.5. Compatibilidad con otros derechos

La suspensión del contrato por paternidad es un derecho independiente del permiso por nacimiento de hijo previsto en el artículo 37 del ET.

Ya hemos señalado que es compatible con el derecho a la suspensión del contrato por maternidad que haya podido ceder la madre y con el ejercicio compartido con el otro progenitor de la suspensión regulada en el artículo 48.4 del ET, en los casos de adopción o acogimiento.

Es compatible con la suspensión del contrato por maternidad que pueda ejercer el otro progenitor, en caso de fallecimiento de la madre.

También es compatible con el derecho a la suspensión por maternidad que pueda ejercer el otro progenitor, en el supuesto de que la madre no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de Seguridad Social por no estar integrada en un sistema de previsión que tenga reconocido dicho derecho.

1.6. Medidas de protección dirigidas al ejercicio del derecho

Se incorporan, en este aspecto, las mismas medidas que las reconocidas a la maternidad equiparándose ambas situaciones. De modo que, se reconoce durante el

período de suspensión por paternidad el derecho del trabajador afectado a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera podido acceder si no se hubiese encontrado en esta situación.

Igualmente, se introducen un conjunto de medidas dirigidas a proteger al trabajador que ejerce este derecho, de este modo se amplían los supuestos de nulidad de las decisiones extintivas del contrato de trabajo y del despido o de la percepción de las indemnizaciones establecidas legalmente en caso de ejercicio a tiempo parcial de la paternidad.

Y, asimismo, bonificación de cuotas a la Seguridad Social como medida de protección del ejercicio del derecho, en los mismos términos de coste cero establecidos para la suspensión por maternidad del artículo 48.4 del ET, con la introducción simultánea de incentivos al empresario para la contratación interina de trabajadores desempleados, con el objeto de sustituir al trabajador durante el período de suspensión del contrato por paternidad establecido en el artículo 48 bis del ET⁽¹²⁾.

2. PRESTACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL POR PATERNIDAD

Ya hemos señalado que resulta muy positiva la introducción de un permiso de paternidad como mecanismo de actuación del poder público en la esfera privada dirigido a remover los obstáculos que impiden en la actualidad eliminar y corregir la desigualdad entre mujeres y hombres procedentes del ámbito laboral y, claro es, del social. En este sentido, el permiso por paternidad contribuye a realizar una labor educativa orientada a adiestrar a los distintos agentes intervinientes en el ámbito de las relaciones laborales y, extensivamente, a la sociedad en general. De modo que, mediante la introducción de un permiso de paternidad dirigido al sujeto excluido socialmente de las responsabilidades familiares, favorece por un lado que gradualmente se logre superar la desigualdad existente en el ámbito laboral derivada de la maternidad existente en el ámbito laboral y por otro lado, el reconocimiento del permiso de paternidad es una medida que también contribuye en la labor de introducir unos hábitos distintos en la sociedad que en la actualidad se encuentran muy arraigados, por lo que se trata también de una medida de actuación desde la perspectiva de la igualdad en el ámbito social, pues lo que persigue la paternidad es favorecer una mayor participación de los hombres en el cuidado de los hijos que no se logrará hasta que no se amplíe cuantitativamente mucho más su duración, hasta conseguir su equiparación con la maternidad y se constituya en toda su extensión o alguna parte

(12) Medidas previstas en el artículo 1 del RD Ley 11/1998, de 4 de septiembre, que regula las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad celebrados con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento y en la disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, preceptos ambos que han sido modificados respectivamente por la disposición adicional decimoquinta y decimosexta de la LOI con el objeto de adaptarlos a los nuevos supuestos de suspensión del contrato de trabajo por paternidad y por riesgo durante la lactancia natural.

de la misma como un permiso obligatorio, como lo es el de maternidad durante las primeras seis semanas posteriores al parto. No obstante, en este aspecto, estamos de acuerdo en que habrá que otorgar un plazo de tiempo razonable que sirva para analizar el alcance y la eficacia del permiso de paternidad y para que se promueva un cambio de sensibilidades de todos los sujetos implicados que, a su vez, facilite la modificación de su régimen⁽¹³⁾.

Ahora bien, el derecho de suspensión del contrato por paternidad no sería eficaz si no fuera acompañado de la garantía de una renta de sustitución del salario que la empresa deja de abonar al trabajador durante dicho período. Para ello, se crea una nueva prestación económica dentro de la acción protectora de la Seguridad Social.

2.1. Situación protegida

Suspensión del contrato de trabajo por paternidad en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento en los términos previstos en los artículos 45.1.d) y 48 bis del ET.

2.2. Sujetos beneficiarios

Lo son los trabajadores por cuenta ajena que se acojan al derecho de suspensión del contrato por paternidad siempre que se encuentren afiliados y en alta en la Seguridad Social o en situación asimilada al alta y acrediten un período de cotización previa de 180 días cotizados, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha del inicio de la suspensión o, alternativamente, 360 días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha, artículo 133 nonies del TRLGSS.

Además, la prestación por paternidad se reconoce en todos los Regímenes especiales del sistema de Seguridad Social con la misma extensión y en los mismos términos que están previstos para el Régimen General. Se incluyen, de este modo, los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia de los regímenes especiales agrario, de empleados de hogar, trabajadores del mar, trabajadores autónomos y minería del carbón, disposición adicional undécima bis del TRLGSS.

2.3. Cuantía y duración de la prestación

La prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y su duración alcanza a todo el período de suspensión del contrato por paternidad, artículo 133 decies del TRLGSS.

(13) Véase, en este sentido, las reflexiones que sobre este aspecto realiza PÉREZ DEL RÍO, M.^ªT.: «La Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres: aproximación para el debate», RDS, núm. 37, 2007, pp. 231-232.

2.4. Concurrencia de la paternidad y el desempleo

Se contemplan los mismos derechos en este supuesto que los previstos para la maternidad en el artículo 22 del TRLGSS. También se extiende el régimen de la maternidad a la cobertura del período de paternidad a efectos de los distintos períodos de cotización exigidos para el derecho a otras futuras prestaciones, artículos 106 y 124 del TRLGSS.

IV. RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA NATURAL DE MENORES DE NUEVE MESES

La protección de la salud de la mujer durante la situación de embarazo y en el período de lactancia natural viene fundamentada en la específica condición biológica de la mujer que la distingue del varón⁽¹⁴⁾, teniendo en cuenta que la protección no se limita a la salud de la mujer durante el embarazo o que haya dado a luz, sino que el bien jurídico a proteger en estos supuestos va más allá, extendiéndose también a la salud del feto y a la del hijo durante el período de lactancia.

El origen de la protección de la salud de la mujer trabajadora embarazada tiene su origen en el Convenio núm. 3 de la OIT de 1919 sobre protección de la maternidad⁽¹⁵⁾, revisado por el Convenio núm. 183 de 2000 en base a la necesidad de seguir promoviendo la seguridad y la salud de la madre y del niño y de brindar protección al embarazo, tratando de promover la elaboración por parte del legislador de una lista que, a priori, determine las actividades que generan riesgos para la mujer embarazada o en período de lactancia⁽¹⁶⁾. En el ámbito del Derecho Comunitario, la protección de seguridad y de la salud de los trabajadores en su medio de trabajo se inicia con la reforma de los Tratados fundacionales por el Acta Única Europea en 1986 y la aprobación de la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores en 1989 culminando con la aprobación de la Directiva 89/391/CEE, única Directiva genérica (Marco) en este ámbito, donde se prevé la adopción de Directivas particulares relativas a disposiciones mínimas de seguridad y salud en determinados ámbitos y sec-

(14) El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la supresión de todas aquellas normas jurídicas que tienen como finalidad la protección de la mujer como ser fisiológicamente más débil y que, por tanto, implican reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo, véase la STC 229/1992, de 14 de diciembre.

(15) Este Convenio prevé el descanso postparto de la mujer trabajadora durante un período de seis semanas, período que fue ampliado con posterioridad por el Convenio núm. 103 de 1952 a doce semanas.

(16) El artículo 3 impone a todo Estado miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleve un riesgo significativo para la salud de la madre y del hijo.

tores⁽¹⁷⁾. La protección específica de la maternidad de la mujer trabajadora se regula por la Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia⁽¹⁸⁾.

La transposición de esta Directiva se incorpora al ordenamiento interno por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales en el artículo 26 que establece las medidas que debe adoptar el empresario para la protección de la maternidad. La primera obligación es evaluar los riesgos que puedan afectar a la trabajadora, al feto o al hijo durante la situación de embarazo, de parto reciente o en el período de lactancia, esta evaluación debe ser realizada por el empresario con carácter inicial y general⁽¹⁹⁾, por lo que abarca no sólo cuantos aspectos del diseño productivo afecten a la actividad prestada por la trabajadora y que impliquen riesgos para su salud, sino que el artículo 16.2.a) de la LPRL tras su modificación por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, exige que estos aspectos sean valorados de manera conjunta. La evaluación, pues, alcanza a todos los puestos de trabajo y en ella deben ser evaluadas las condiciones en las que se desarrolle el mismo, pero también se tomará en consideración las características del trabajador que deba ocupar dicho puesto de trabajo, llevando implícito el impacto del puesto de trabajo para la salud de la mujer o del hijo en situación de embarazo cuando dicho puesto de trabajo sea ocupado por una mujer puesto que la actividad reproductiva es una característica biológica propia y específica de la mujer⁽²⁰⁾. En consecuencia, el deber del empresario

(17) Sobre las acciones que en el ámbito comunitario se han llevado a cabo para la protección de la mujer trabajadora, véase, ORTIZ LALLANA, M.^a C.: «Protección comunitaria de la maternidad», AL, núm. 8, 1991.

(18) La Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación establece expresamente en su considerando 24 que esta Directiva no afecta a lo dispuesto en la Directiva 92/85/CEE.

(19) La evaluación detectará con anterioridad a la situación de embarazo o lactancia natural el estado de los riesgos en que se encuentra la empresa para reconocer los existentes y poder adoptar las medidas oportunas para mantener la máxima seguridad del puesto de trabajo en que desarrolle la prestación laboral la mujer en situación conocida de embarazo o en período de lactancia.

(20) La falta de existencia en nuestro ordenamiento de un listado que concrete cuáles son los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que originen riesgos que afecten negativamente a la salud de la trabajadora, del feto o del hijo durante la lactancia natural a diferencia de la Directiva 92/85 que contiene tres listas no exhaustivas donde se citan expresamente los agentes, los procedimientos industriales y las condiciones de trabajo, precisando de este modo el contenido de la evaluación. Esta ausencia puede resolverse tras la LOI mediante la labor que se encomienda a las Administraciones públicas en materia de seguridad y salud de la mujer trabajadora en aplicación del principio de transversalidad en el ámbito de la prevención de riesgos laborales y que se traduce en la introducción por la disposición adicional duodécima de la LOI de un nuevo apartado 4 al artículo 5 de la LPRL, precepto que se ocupa de marcar los objetivos de la política a seguir en materia de prevención de riesgos laborales con el objeto de proteger la seguridad y salud en el trabajo, ordenando a las Administraciones públicas la promoción de la salud laboral de la mujer, si bien ésta se limita a la consideración del sexo en la recogida y tratamiento de datos estadísticos y en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objeto de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores. Principio

implica que en la planificación de la actividad preventiva a desarrollar en la empresa se determinen las concretas actividades y puestos de trabajo o funciones específicas que puedan implicar un riesgo importante para la salud de la mujer, del feto o del hijo lactante durante el embarazo, parto reciente o lactancia natural.

Si la valoración de los factores de riesgo advierte que éstos pueden afectar negativamente a la mujer en estas situaciones, el empresario cuando conozca la situación de embarazo deberá adoptar las medidas precisas para evitar la exposición de la trabajadora al riesgo, mediante la adaptación de su puesto de trabajo a través de las modificaciones de orden técnico que sean necesarias para lograr que una vez que hayan sido éstas incorporadas se anule el riesgo o a través de una reducción del tiempo de trabajo o la no realización de trabajo a turnos, cuando fuese necesario ⁽²¹⁾.

Cuando la adaptación de las condiciones en las que se ejecuta el trabajo, la reducción del tiempo de permanencia en el mismo o la no realización de trabajo nocturno a turnos no resulte posible o, aun siéndolo, las condiciones del puesto incidan negativamente en la salud de la mujer el empresario deberá cambiar a la trabajadora a un puesto de trabajo libre de riesgos que previamente ha debido ser determinado por el empresario, previa consulta con los representantes legales, artículo 26.2 de la LPRL.

Cuando este cambio no sea posible por razones técnicas u objetivas, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, la trabajadora pasará a la situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, a lo largo de todo el embarazo si subsiste la causa que ocasionó dicha suspensión, artículo 26.3 de la LPRL o durante el período de lactancia natural de hijos menores de nueve meses, artículo 26.4 de la LPRL modificado por la disposición adicional duodécima de la LOI.

La introducción de esta causa de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia por la LOI, responde a la exigencia de la Directiva 92/85/CEE que prevé la dispensa de prestación laboral de la mujer trabajadora cuando exista riesgo durante el embarazo y durante el período de lactancia que no había sido transpuesta en su totalidad al ordenamiento interno. Quedaba resuelta con anterioridad a la Ley de Igualdad la exigencia de la norma comunitaria de dispensar de prestación laboral a la trabajadora cuando exista riesgo durante el embarazo y durante el período de lactancia por el artículo 26 de la LPRL, de esta forma se abordaba el cumplimiento

que pone de relieve la necesidad de una acción positiva de las Administraciones públicas mediante el ejercicio de actuaciones concretas de política activa que tras la LOI ha de centrarse también en la introducción de la perspectiva de género en las políticas de salud laboral, por lo que el desarrollo reglamentario, la coordinación de las distintas Administraciones públicas con competencia en materia preventiva y la participación institucional de las organizaciones empresariales y sindicales serán los tres campos de actuación desde donde se promoverá la efectividad del principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia de prevención de riesgos laborales, haciendo hincapié el legislador en que el objetivo es detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores.

(21) Véase SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F.: Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 110.

de la normativa comunitaria en aquellas empresas en las que por la presencia de riesgos que influyan negativamente en la salud de la mujer o del feto, debiendo la trabajadora afectada cambiar de puesto de trabajo, eventualmente, no existan puestos de trabajo exentos de riesgo para la protección de la salud de la mujer en situación de embarazo o de parto reciente. Si bien la Ley nacional a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras contempla la situación de que el cambio de puesto de trabajo no sea posible o viable, supuesto este en el que se permite la suspensión del contrato de trabajo y que la trabajadora pase a la situación protegida por la Seguridad Social de riesgo durante el embarazo regulada en los artículos 134 y 135 del TRLGSS, aunque la incorporación de esta prestación al ordenamiento jurídico en respuesta a la exigencia de la normativa comunitaria, se limitó al embarazo y no lo hacía extensible al período de lactancia por lo que no sólo se producía una carencia en el sistema protector, sino que además provocaba una distorsión en el sistema al ser reconducidas estas situaciones a la incapacidad temporal por contingencias comunes aunque en realidad no lo eran.

La LOI introduce una importante novedad en esta materia, además de regular como nueva prestación de Seguridad Social la situación de riesgo durante la lactancia natural de menores de nueve meses, corrigiendo así el déficit protector existente para esta contingencia a la que configura en los mismos términos protectores que los establecidos, con carácter general, para la situación de riesgo durante el embarazo.

La novedad anunciada afecta a la modificación de la naturaleza de esta prestación de riesgo durante el embarazo, que tras la Ley de Igualdad se considera derivada de contingencias profesionales⁽²²⁾. Medida esta que permite corregir el desajuste existente entre la regulación del riesgo durante el embarazo por el artículo 26 de la LPRL, como riesgo profesional, y la protección otorgada por el sistema de Seguridad Social, que la ordenaba dentro de los riesgos derivados de contingencias comunes. La transformación de su naturaleza, pues, supone la reformulación de distintos aspectos que rodean la ordenación de la prestación.

Por consiguiente, esta nueva configuración obliga a ordenar el sistema por lo que se elimina la exigencia de un período mínimo de cotización previa para poder acceder al reconocimiento del derecho al cobro de la prestación económica de riesgo durante el embarazo, artículos 134 y 135 del TRLGSS. Paralelamente, también se incrementa la cuantía de la prestación económica equiparándola a la prestación por maternidad, con lo que se logra corregir el defectuoso encuadramiento que el legislador había otorgado a esta situación. Por lo que la prestación económica pasa a ser del 100 por 100 de la base reguladora establecida para la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, artículo 135.3 del TRLGSS. Además, el cambio de

(22) Desde luego que la base en la que se asienta el riesgo es la actividad laboral por lo que se trata de una contingencia profesional, como ya venía reclamándose tras la aprobación de la Ley 39/1999, véase, por todos, GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, CES, Madrid, 2004, p. 207.

naturaleza de la prestación, hace también necesaria la reformulación del sistema de gestión de la prestación, puesto que al derivar ésta de contingencias profesionales la gestión le corresponde ahora a la Entidad gestora o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en función ello de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, artículos 135.4 del TRLGSS y 26.2 de la LPRL.