

## **Los aspectos de Seguridad Social de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres**

**Dra Carolina Gala Durán**

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Autónoma de Barcelona

### **1. Introducción**

Dentro de los numerosos contenidos de la reciente –y transversal- Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOIEMH), cabe destacar, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, las importantes reformas incorporadas en el ámbito de la acción protectora de nuestro sistema de Seguridad Social.

Reformas que se caracterizan, a nuestro entender, por dos notas: 1ª) la ampliación de la protección otorgada, tanto desde una perspectiva subjetiva como material; y, 2ª) especialmente, por la voluntad de fomentar –como ocurre en otros ámbitos de la LOIEMH- la corresponsabilidad de hombres y mujeres frente a las obligaciones familiares. Prueba de esta segunda nota es precisamente la instauración del –a estas alturas, “*famosísimo*”- permiso de paternidad.

El objetivo de este trabajo es poner de manifiesto el alcance de dichas reformas en el marco del Régimen General de la Seguridad Social; reformas que, tal y como señalábamos anteriormente, son muy favorables y suponen un avance positivo desde la perspectiva de Seguridad Social, aunque no están exentas, como veremos, de alguna crítica.

### **2. Las novedades incorporadas en el ámbito de la maternidad**

En este ámbito, las reformas llevadas a cabo por la LOIEMH persiguen una mejora de la protección otorgada –se crea una nueva prestación, como veremos- y, a la vez, se flexibilizan y reducen los requisitos exigidos para acceder a las prestaciones. En este marco las novedades, de diferente intensidad, son las siguientes:

1ª) En concordancia con la reforma introducida por la LOIEMH en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, se podrá acceder a la prestación contributiva por maternidad en todos los supuestos de acogimiento de menores, esto es, tanto en el caso del acogimiento preadoptivo, como permanente o simple, aunque sean provisionales, si bien en el supuesto del acogimiento simple se requiere que su duración no sea inferior a un año.

A lo que cabe añadir, que el citado artículo 48.4 amplía la duración del descanso por maternidad en el caso de hijos o menores discapacitados (2 semanas más) y en los supuestos de parto prematuro con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un período superior a 7 días. En este último caso el permiso –y la prestación de Seguridad Social- se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de 13 semanas adicionales, en los términos que reglamentariamente se establezcan. Ello supone que el descanso –y la correspondiente prestación por maternidad- puede alcanzar las 29 semanas de duración.

Por otra parte, también cabe tener en cuenta que, tras la LOIEMH, es posible acceder al permiso –y a la prestación- en el caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta trabajase o no, y que el otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de IT.

Y, en fin, también como novedades –con trascendencia en el marco de la Seguridad Social- se prevé que, en caso de fallecimiento del hijo, la madre tendrá derecho a la totalidad del permiso y que si ésta no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulan dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre.

Con todo ello se amplía, desde una perspectiva material y subjetiva, el ámbito de protección de la prestación por maternidad.

2ª) Desde una perspectiva formal, se ha cambiado la terminología empleada, sustituyendo las referencias legales al “*padre*”, por la del “*otro progenitor*”, con el objetivo de no excluir los casos de las parejas homosexuales.

3ª) Se modifica el período de cotización exigido para tener derecho a la prestación contributiva por maternidad, favoreciéndose con ello el acceso a la prestación no sólo con carácter general sino también en el caso concreto de las madres jóvenes. Y para ello se utiliza como elemento clave la edad del beneficiario (ya sea la madre o el otro progenitor, los adoptantes o las personas que acogen menores), así: a) si tiene menos de 21 años de edad no se exige período de cotización; b) si tiene entre 21 y 26 años, se requieren 90 días cotizados dentro de los 7 años anteriores al inicio del descanso o, alternativamente, 180 días cotizados a lo largo de la vida laboral; y, c) si tiene más de 26 años de edad se requiere contar con 180 días cotizados dentro de los últimos 7 años o, alternativamente, 360 días a lo largo de la vida laboral.

En todos los casos resultan aplicables los denominados “*días cuota*”, y el período de cotización se computa a partir de la fecha del parto o de la decisión administrativa o judicial por la que se constituya el acogimiento o la adopción.

Respecto de la exigencia de la edad, el nuevo artículo 133 ter.2 de la LGSS incorpora dos reglas adicionales: para el supuesto de maternidad biológica y con aplicación exclusiva para el caso de la madre, la edad a considerar es la que tenga en el momento de inicio del descanso, si bien se tiene en cuenta la edad en el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, se le exija. Y, por otro lado, si se trata de una adopción internacional, la edad a tener presente es la que tenga cumplida el solicitante en el momento de inicio del descanso, tomándose como referencia el momento de la resolución a efectos de verificar que se cumple el período de cotización que, en su caso, resulte necesario.

4ª) Tal y como señalábamos anteriormente, se ha creado una nueva prestación de maternidad, de carácter no contributivo o asistencial, pensada para las trabajadoras –por tanto, no para las madres en general- que, en caso de parto, reúnen todos los requisitos para acceder a la prestación por maternidad contributiva salvo el correspondiente período de cotización.

En este supuesto se percibirá una prestación equivalente al 100 por 100 del IPREM (499,20 euros para 2007) vigente en cada momento, salvo que la base reguladora calculada conforme a las reglas que rigen la prestación contributiva, fuese inferior, en cuyo caso se recibirá ésta última cuantía. Su duración es escasa, ya que sólo abarca 42 días naturales a contar desde la fecha del parto (6 semanas), aunque el contrato de trabajo podría estar suspendido hasta agotar el plazo previsto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores. Durante el tiempo de suspensión del contrato subsiste la obligación de cotizar a la Seguridad Social.

Cabe tener presente que es posible que la madre trabajadora perciba esta prestación asistencial o no contributiva y que ceda el resto del permiso por maternidad al otro progenitor, que podrá acceder, si cumple los requisitos, a la prestación contributiva por maternidad durante el tiempo que reste.

Sin duda, el establecimiento de esta nueva prestación asistencial o no contributiva es muy favorable, ya que garantiza que todas las madres “*trabajadoras*” puedan acceder a una prestación por maternidad, aunque puede resultar discutible su escasa duración –sólo el tiempo de descanso obligatorio- así como el hecho de que el nuevo artículo 133 sexies de la LGSS, la limite exclusivamente a los casos de parto, olvidando los supuestos de adopción o acogimiento. A nuestro entender, también esos casos deberían haberse incluido.

5ª) En la nueva disposición adicional 44ª de la LGSS se señala que, a efectos de las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación, se tendrá derecho a que se computen 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y 14 días más por cada hijo a partir del segundo, si se tratase de parto múltiple, salvo que el tiempo de suspensión del contrato por maternidad ya se hubiera cotizado, como consecuencia del desarrollo de una actividad profesional.

Se trata de una medida interesante y que se ha puesto en práctica en otros países, aunque resulta muy discutible que sólo se computen 112 días cotizados por cada hijo, si tenemos en cuenta las medidas adoptadas en países como Alemania, donde por cada hijo el cómputo de cuotas es de 10 años de cotización<sup>1</sup>.

Y, 6ª) se ha modificado la compleja –y cambiante- relación entre la prestación por maternidad y el desempleo, previéndose, en primer lugar, que el período de descanso por maternidad que subsista tras la extinción del contrato de trabajo se computará como cotizado a los efectos de las prestaciones por maternidad y paternidad y de las pensiones, evitándose así futuras lagunas de cotización (nuevo art. 222.6 de la LGSS).

Y, en segundo lugar, se prevé que cuando el trabajador está percibiendo la prestación por desempleo y pasa a la situación de maternidad, se le suspenderá la prestación por desempleo y pasará a cobrar la correspondiente prestación por maternidad, sin que el tiempo en que esté percibiendo ésta se le descuente de la prestación por desempleo que le restase por percibir. Con ello, la prestación por maternidad, de forma muy acertada, se convierte en un paréntesis que no tiene efectos negativos en el ámbito de la prestación por desempleo.

### **3. El nuevo permiso de paternidad**

Siguiendo recomendaciones comunitarias, la LOIEMH crea un permiso de paternidad y la correspondiente prestación de Seguridad Social, regulada en los nuevos artículos 133 octies a 133 decies de la LGSS. En este marco cabe señalar lo siguiente:

a) La prestación se percibirá en los supuestos de descanso por paternidad recogidos en el nuevo artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores. Precepto que fomenta la corresponsabilidad frente a las obligaciones familiares, lo que impide acumular, en una misma persona, la totalidad del permiso por maternidad y el permiso de paternidad.

b) Para tener derecho a la prestación se requiere estar en alta o situación asimilada al alta y acreditar un período mínimo de cotización de 180 días, dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión del contrato, o, alternativamente, 360 días a lo largo de la vida laboral.

En este punto cabe señalar que, dada la flexibilidad incorporada por la LOIEMH en la exigencia de los requisitos para acceder a la prestación contributiva por maternidad, antes vista, hubiera sido interesante –si se pretende fomentar realmente la corresponsabilidad- que también se hubiera flexibilizado el cumplimiento del requisito de cotización en el caso del permiso de paternidad.

c) La cuantía de la prestación por paternidad es la misma prevista para la prestación contributiva de maternidad y puede ser denegada, anulada o suspendida por las mismas causas establecidas para aquélla.

d) La duración de la prestación es de 13 días, si bien el Gobierno se compromete a ampliar progresivamente dicha duración hasta que alcance las 4 semanas en el año 2013. En este ámbito cabe destacar que, en Comunidades Autónomas como Cataluña, el permiso de paternidad previsto para los funcionarios públicos ya alcanza en estos momentos las citadas 4 semanas.

Y, e) la gestión de la prestación corresponde exclusivamente al INSS.

Aunque, desde la lógica de la corresponsabilidad frente a las obligaciones familiares, es importante el establecimiento de este permiso de paternidad, resultará interesante ver –dentro de unos años- cuál ha sido su aplicación práctica, máxime teniendo en cuenta el escaso éxito que, hasta el momento, ha alcanzado el disfrute compartido del permiso por maternidad, implantado en 1999.

### **4. Los cambios introducidos en la prestación por riesgo durante el embarazo y el establecimiento de la nueva prestación por riesgo durante la lactancia natural**

Es importante señalar que, en este ámbito, el mayor logro de la LOIEMH es identificar como laboral el riesgo protegido tanto por la prestación por riesgo durante el embarazo como por la nueva prestación por riesgo durante la lactancia natural.

En este ámbito cabe hacer también varias consideraciones:

1) En el caso de la prestación por riesgo durante el embarazo el efecto de la identificación antes apuntada, implica que ya no es exigible ningún período de cotización para poder acceder a la misma –salvándose una de las críticas que se habían vertido respecto de la anterior regulación-, y que la base reguladora se calcula teniendo en cuenta la base reguladora de la IT derivada de riesgos profesionales, esto es, la base de cotización de contingencias profesionales del mes anterior al inicio de la suspensión del contrato. Asimismo, el porcentaje aplicable a la base reguladora pasa del 75 por 100 al 100 por 100.

Asimismo, para poder tener derecho a la prestación se requiere la correspondiente certificación médica de la existencia de riesgo para la trabajadora o para su hijo, a cargo de los servicios médicos del INSS o –como novedad- de los servicios médicos de la Mutua de Accidentes de Trabajo en la que la empresa tenga protegidos sus riesgos profesionales.

Todos esos elementos y características son asimismo aplicables en el caso de la prestación por riesgo durante la lactancia natural.

2) A la nueva prestación por riesgo durante la lactancia natural, recogida en el artículo 26 de la LPRL y en los nuevos artículos 135 bis y ter de la LGSS- se accederá en los supuestos en que, debiendo la trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

Se tendrá derecho a la correspondiente prestación, en los mismo términos previstos para la prestación por riesgo durante el embarazo, hasta el momento en que el hijo cumpla 9 meses, salvo que la trabajadora se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación.

Y, 3) es muy importante señalar otro aspecto, común a ambas prestaciones, consistente en que se prevé la posibilidad de que las Mutuas de Accidentes de Trabajo las gestionen, como consecuencia de su vinculación con los riesgos profesionales. En efecto, la LGSS prevé ahora que dichas prestaciones las gestionarán la entidad gestora o las Mutuas en función de donde tenga protegidos la empresa sus riesgos profesionales.

Sin embargo, al margen de la conexión existente entre estas prestaciones y los riesgos laborales, esa opción de la LOIEMH también implica ampliar el campo de actuación de las Mutuas, que poco a poco van incrementando su papel como gestores de prestaciones dentro del sistema de Seguridad Social. Antes o después será necesario abordar, en profundidad, cuál es el papel real que dichas Mutuas tienen que asumir dentro de nuestro sistema de Seguridad Social.

## **5. Medidas de conciliación de la vida laboral y familiar y prestaciones de Seguridad Social: Una cuestión todavía pendiente**

Es de todos conocido que el recurso a medidas de conciliación de la vida laboral y familiar – mayoritariamente por mujeres- como la reducción de jornada o la excedencia por cuidado de hijos o familiares tiene o puede tener efectos negativos sobre las futuras prestaciones de Seguridad Social.

Y en este ámbito también la LOIEMH ha adoptado algunas medidas:

a) Modifica el artículo 211 de la LGSS, zanjando un largo debate administrativo y judicial respecto al cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo en los casos en que el trabajador se encontraba –en el momento de perder el empleo- en una situación de reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares.

En este tema el Tribunal Supremo venía defendiendo que debían tenerse en cuenta las bases de cotización reales y no las correspondientes a un trabajo a tiempo completo. Ahora, tras la LOIEMH, se prevé que en los supuestos de reducción de jornada por cuidado de hijos prematuros, por cuidado de hijos o familiares y en el caso de las víctimas de violencia de género, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.

b) También se prevé que las cotizaciones realizadas durante los 2 primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menores se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a los efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Ese incremento sólo alcanzará al primer año en el resto de los supuestos de reducción de jornada.

Si bien esta medida es favorable, cabe realizar dos críticas: 1) el que sólo alcanza a los dos –o 1 año- primeros años de la reducción de jornada, cuando la Ley prevé que dicha reducción en el caso de los hijos puede llegar hasta los 8 años de edad, lo que supone que, aunque en menor medida que antes de la LOIEMH, las prestaciones futuras de Seguridad Social se pueden seguir viendo afectadas; y, 2) el diferente trato que se da a los distintos tipos de reducción de jornada. A nuestro entender, el trato debería ser el mismo, máxime cuando el cuidado de personas dependientes que no son hijos o menores será cada vez más habitual en el futuro.

c) Los dos primeros años del período de excedencia por cuidado de hijos tendrán la consideración de período de cotización efectiva a los efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Período que se incrementa hasta los 30 meses en el caso de familias numerosas de categoría general y hasta 36 meses en los supuestos de familias numerosas de categoría especial. En el caso de la excedencia por cuidado de familiares ese plazo es sólo de un año.

Cabe señalar que si bien esta medida mejora la situación anterior a la LOIEMH –donde el período considerado como cotizado sólo alcanzaba al primer año-, sigue quedando desprotegido el tercer año de la excedencia por cuidado de hijos (salvo en el caso de familias numerosas de categoría especial) y el segundo año de la excedencia por cuidado de familiares, surgiendo, además, nuevamente la diferenciación entre el cuidado de uno y otro tipo de familiares. La situación ha mejorado pero no se han cubierto todos los vacíos.

Y, d) cuando las situaciones de excedencia hubieran estado precedidas por una reducción de jornada, a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo.

En definitiva, si bien se avanza en el camino de evitar que el recurso a las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar tenga efectos negativos a la hora de acceder a las futuras prestaciones de Seguridad Social, en este ámbito la LOIEMH deja todavía huecos pendientes, que podrían determinar incluso una discriminación indirecta por razón de sexo.

En este ámbito es necesario seguir avanzando.

© Carolina Gala Durán

© IUSLabor 2/2007

ISSN: 1699-2938

---

<sup>i</sup> Al respecto, PANIZO ROBLES, J.A., “Igualdad de género, conciliación familiar y laboral y Seguridad Social”, Revista Trabajo y Seguridad Social, mayo 2007, p. 58.