

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre hombres y mujeres: las novedades incorporadas en el cambio de la maternidad, la paternidad y los riesgos durante el embarazo y la lactancia natural

Dra. Carolina Gala Durán

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

I. Introducción

Dentro del amplio conjunto de medidas que, en materia laboral en general, recoge el Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre hombres y mujeres, destacan, de una forma especial, aquellos artículos destinados precisamente a modificar la normativa de Seguridad Social.

Se trata, en efecto, de un Anteproyecto que modifica diversos –bastantes– artículos de la Ley General de la Seguridad Social, afectando, además, a materias diversas, unas nuevas –especialmente el ya, muy conocido, permiso de paternidad y las nuevas prestaciones de riesgo durante la lactancia natural y de maternidad no contributiva–, y otras ya existentes. Asimismo, en algunos casos se dan pasos muy importantes y se resuelven incluso cuestiones actualmente objeto de recurso de inconstitucionalidad y de cuestión prejudicial ante el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, y en otros supuestos, se pretende seguir avanzando en el difícil y largo camino hacia la conciliación de la vida laboral y familiar.

No hay duda, a nuestro entender, que algunas de las modificaciones previstas son importantes y suponen, de por sí, un cambio fundamental en el panorama actual.

II. Los cambios introducidos en el marco de la prestación por maternidad

En este ámbito cabe partir del hecho de que el Anteproyecto de Ley da una nueva redacción a los artículos 133 bis y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social e incorpora una nueva prestación, el denominado subsidio no contributivo por maternidad.

Las modificaciones esenciales previstas en este marco son las siguientes:

1ª) Se tendrá derecho a la correspondiente prestación, de cumplirse los requisitos previstos legalmente, también en los casos de acogimiento provisional de menores. Con ello se amplía el número posible de beneficiarios de la prestación y se resuelve una situación que, en el pasado, había dado lugar a varias reclamaciones judiciales.

2ª) Se modifica el período de carencia exigido, al preverse ahora que éste será bien de 180 días a cumplir dentro de los 7 años (antes 5 años) inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso o, alternativamente, de 365 días cotizados a lo largo de la vida laboral del beneficiario con anterioridad a dicha fecha.

Como fecha de inicio del descanso a estos efectos se tendrá en cuenta la fecha del parto en el caso de la madre, y la fecha de la resolución judicial o decisión administrativa o judicial en los casos de adopción o acogimiento. En el supuesto de maternidad biológica, el padre deberá acreditar el período de 180 días señalado anteriormente dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha en que inicie su período de descanso.

3ª) El período de descanso por maternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como período de cotización efectiva a los efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

4ª) Tal y como señalábamos anteriormente, se crea una nueva prestación (que, sin embargo, no se recoge en la lista de prestaciones del también reformado artículo 38 de la Ley General de la Seguridad Social), el denominado subsidio no contributivo por maternidad cuyas beneficiarias exclusivas son las trabajadoras por cuenta ajena que, en caso de parto, reúnen todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad, salvo el período mínimo de cotización.

La cuantía de esta nueva prestación es la misma que el subsidio por desempleo (artículo 217.2 de la Ley General de la Seguridad Social), fijándose en función de las responsabilidades familiares apreciadas conforme al artículo 215.2 de la Ley General de la Seguridad Social, salvo que la base reguladora calculada conforme a las reglas de la prestación por maternidad contributiva fuese de cuantía inferior, en cuyo caso se estará a ésta.

La duración de la prestación será de 42 días naturales a contar desde el parto, pudiendo denegarse, anularse o suspenderse el derecho a la misma por las mismas causas previstas para el caso de la modalidad contributiva.

Esta prestación tiene la consideración de no contributiva a los efectos de su financiación, conforme a lo establecido en el artículo 86.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

Cabe señalar, finalmente, que se trata de una vía de ampliación de la protección en los casos de maternidad, aunque únicamente limitada a las mujeres, y con una duración y cuantía inferiores a las previstas, con carácter general, para la modalidad contributiva de la prestación por maternidad. Asimismo, cabe señalar que si bien esta prestación se reconoce a las trabajadoras por cuenta ajena incluidas en los distintos Regímenes Especiales de la Seguridad Social, no tienen derecho a la misma –inexplicablemente- las trabajadoras por cuenta propia. Tampoco se prevé para los casos de adopción o acogimiento de menores.

III. La incorporación del nuevo permiso por paternidad.

Una de las cuestiones que más debate ha planteado en los últimos meses ha sido precisamente la incorporación expresa en nuestro marco laboral y de Seguridad Social de un permiso por paternidad, medida ya existente en el marco de la función pública en algunas CC.AA.

Las características del permiso por paternidad recogido en el Anteproyecto de Ley Orgánica son las siguientes:

a) Se consideran situaciones protegidas el nacimiento de un hijo, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, aunque éstos sean provisionales, durante el período de suspensión que, por tales situaciones, se disfrute de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores. Ello supone una duración de 8 días ininterrumpidos, ampliables, en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo.

En el caso de adopción o acogimiento se tendrá derecho cuando se trate de un menor de hasta 6 años, o de menores de edad que sean mayores de 6 años cuando se trate de discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

b) Serán beneficiarios de la prestación los trabajadores por cuenta ajena que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 124.1 de la Ley General de la Seguridad Social, acrediten un período mínimo de cotización de 180 días, dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión, o, alternativamente, 365 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la citada fecha.

También tienen derecho los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social.

c) La prestación corresponde en exclusiva al padre y es independiente del disfrute compartido de la prestación por maternidad.

d) El padre podrá ejercer el derecho durante el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, prevista legal o convencionalmente, o 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 o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión.

Cabe tener presente que este permiso de paternidad puede disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50 por 100, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se prevea reglamentariamente.

El padre deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.

e) La cuantía de la prestación es la misma que para el caso de la prestación por maternidad y podrá ser denegada, anulada o suspendida por las mismas causas establecidas para aquélla. Durante el tiempo de su percepción se mantiene la obligación de cotizar a la Seguridad Social.

f) Finalmente, el período de descanso por paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como período de cotización efectiva a los efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

IV. Las modificaciones llevadas a cabo en el marco de la prestación por riesgo durante el embarazo y la incorporación de la nueva prestación por riesgo durante la lactancia natural

En este ámbito cabe destacar, en primer lugar, que se pretende modificar el artículo 135.1 de la Ley General de la Seguridad Social con el objetivo de prever que, para acceder a la prestación por riesgo durante el embarazo, no se exigirá ningún período previo de cotización,

con lo que se mejoraría la situación actual, en la que se exige el cumplimiento de un período de cotización de 180 días dentro de los últimos 5 años.

Se trata de una modificación legal totalmente justificada, dado el origen laboral del riesgo que causa la prestación, asimilable a los casos de accidente de trabajo y que venía siendo reclamada, desde hace años, por la doctrina.

Y en segundo lugar, y con el objetivo de acercar definitivamente la legislación interna a lo previsto en las normas comunitarias, se introduce una nueva prestación, fundamentada en una situación de riesgo durante la lactancia natural. Con tal objetivo se incorpora un nuevo Capítulo IV quinquies en el texto de la Ley General de la Seguridad Social y se modifica el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Las características esenciales de esta nueva prestación de Seguridad Social son las siguientes:

1ª) Se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos por el artículo 26.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

2ª) La prestación económica se concederá cumpliendo los mismos requisitos previstos para la prestación por riesgo durante el embarazo y se extinguirá en el momento en que el hijo cumpla 9 meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación.

3ª) La cuantía de la prestación es la misma prevista legalmente para el caso de la prestación por riesgo durante el embarazo. Asimismo, se mantiene la obligación de cotizar durante el tiempo de su percepción.

4ª) A esta prestación tendrán derecho también los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, así como también los trabajadores por cuenta propia incluidos en los Regímenes Especiales de trabajadores del mar, agrario y de trabajadores autónomos, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente.

Finalmente, cabe destacar que, conforme a la nueva redacción propuesta del artículo 125.1 de la Ley General de la Seguridad Social, el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato de trabajo no tendrá la consideración de situación asimilada al alta en lo que respecta a los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural.

© Carolina Gala, 2006

© IUSLabor 2/2006

ISSN: 1699-2938