

Las últimas novedades en materia de prestaciones de la Seguridad Social

José Andrés Álvarez Patallo

Director Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Asturias

Últimas novedades en materia de prestaciones

En los últimos meses hemos asistido a dos importantes novedades en materia de prestaciones de la Seguridad Social, a saber, la creación de una nueva prestación para la protección de las mujeres trabajadoras en caso de suspensión de la relación laboral por riesgo durante el embarazo (Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras —*B.O.E.* 6-11-99—) y las prestaciones por nacimiento de un tercer hijo o sucesivos, así como por parto múltiple (Real Decreto-Ley 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social —*B.O.E.* 17-1-00—).

Ello ilustra a las claras la pauta de evolución de nuestro sistema de Seguridad Social, que comenzó como un seguro de accidentes de trabajo y que hoy en día tiende a una mayor asistencialidad y universalidad de sus prestaciones de acuerdo con el mandato contenido en el art. 41 de la Constitución.

En tanto que las dos prestaciones anteriormente mencionadas difieren por completo en su espíritu, pues el riesgo por embarazo entronca más con la protección del trabajador y sus familiares que las prestaciones de protección familiar, que tienen más que ver con el fomento de la natalidad y la protección de la familia (art. 39 de la Constitución), voy a centrar mi análisis en la primera de ellas. La protección por riesgo durante el embarazo tiene además antecedentes importantes en nuestro ordenamiento jurídico y considero que, por sus implicaciones laborales y de seguridad e higiene, se presta a mayores posibilidades de reflexión.

Protección del riesgo durante el embarazo: concepto y naturaleza jurídica

Se configura como una suspensión de la relación laboral, con obligación de cotizar. La contingencia protegida es la existencia de un riesgo específico para la salud de la mujer trabajadora o del feto como consecuencia del desempeño de un determinado puesto de trabajo, y siempre que la adaptación de las condiciones de desempeño de dicho puesto o el traslado a otro exento de riesgo no sea técnica u objetivamente posible. Es importante destacar la condición ineludible de riesgo específico, ya que un riesgo genérico no derivado directamente del desempeño de un determinado puesto de trabajo se protegerá como incapacidad temporal. En segundo lugar debe destacarse que el riesgo debe darse durante el embarazo, ya que la lactancia se protege mediante la adaptación de las condiciones de desempeño del puesto de trabajo o el traslado a otro exento de riesgo, pero no mediante la suspensión de la relación laboral con abono de una prestación económica por la Seguridad Social.

En cuanto a la naturaleza jurídica, considero que, como en la maternidad, ha primado más su carácter de suspensión laboral que el de contingencia de la Seguridad Social, si bien esa suspensión de la relación es protegida mediante una prestación económica que se configura como un híbrido de la incapacidad temporal y la maternidad.

Medidas preventivas de carácter previo

La Ley 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, establecía en su art. 26, dedicado a la protección de la maternidad, que la evaluación de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores que impone como obligatoria en las empresas debe contemplar específicamente los riesgos para las trabajadoras embarazadas o en situación de parto reciente, bien por exposición a determinados agentes, o por los procedimientos o las condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto.

Dicha Ley preveía que, de existir esos riesgos, se deberán adaptar las condiciones del puesto de trabajo (incluyendo la no realización del trabajo a turnos) para evitar su repercusión negativa sobre la salud de la trabajadora o del feto.

Si dicha adaptación no es posible, o aún así persista el riesgo sobre la salud de la trabajadora o del feto, el empresario deberá trasladarla a otro puesto de trabajo correspondiente a su grupo o categoría profesional que esté libre de riesgo. A estos efectos el empresario deberá confeccionar,

previa consulta con los representantes de los trabajadores, una lista de puestos exentos de riesgo. Si no hubiera puesto compatible dentro de su grupo o categoría, la trabajadora podrá ser destinada a otro siempre que se le respeten las retribuciones correspondientes a su puesto de origen.

Para poder realizar el traslado de puesto de trabajo el facultativo que asista a la trabajadora «en el régimen de la Seguridad Social aplicable» deberá certificar que, a pesar de las adaptaciones realizadas en el puesto de trabajo de origen, si es que se han hecho, persiste el riesgo para la salud de la trabajadora o del feto. Aquí es donde se introduce la primera modificación por parte de la Ley de Conciliación, ya que, para el traslado de puesto, exige que ese certificado lo emitan «los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora». Aunque no se diga que el informe del médico que asista facultativamente a la trabajadora tiene que ser favorable al traslado, debemos entender que así es y que no se produce un recorte de esta competencia o su traslado hacia el INSS, toda vez que, en primer lugar, lo que pretende la Ley es reforzar la seguridad de que ese traslado es necesario, por lo que exige dos informes favorables, y en segundo lugar, para el traslado en los supuestos de riesgo para la trabajadora o el feto durante el período de lactancia, se exige expresamente, en idénticos términos a como establecía la Ley de Prevención de Riesgos originalmente, el certificado favorable del médico del Sistema Nacional de Salud.

A falta de desarrollo reglamentario, en las instrucciones provisionales elaboradas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social se configura el informe de los servicios médicos del INSS como decisivo, es decir, que la interesada deberá aportar ante el médico del INSS el informe favorable al traslado del facultativo que la venga atendiendo en el S.P.S. y el informe de la empresa acerca de las condiciones de su puesto de trabajo, así como certificación de que éste no se encuentra dentro de la lista de los que la empresa haya calificado de acuerdo con los representantes de los trabajadores como «exento de riesgo». En base a esta documentación y a los estudios que realice el propio médico, emitirá una decisión libremente, que lógicamente si fuera desfavorable impediría el traslado.

Ahora bien, se plantean una serie de dudas sobre la nueva redacción que se da a la Ley de Prevención en este punto. En primer lugar, ¿qué sentido tiene que se emita un informe por los «Servicios Médicos del INSS»? Los únicos órganos que a nivel provincial vienen consagrados como tales en la legislación vigente son la Dirección Provincial y el Equipo de Valoración de Incapacidades, siendo los servicios médicos una simple unidad sin entidad orgánica. Pero, a mayor abundamiento, se está atribuyendo a un facultativo médico la emisión de un informe

que tiene fuertes implicaciones laborales y jurídicas, toda vez que, a los efectos puramente médicos, esa función ya la cumple el facultativo del Servicio de Salud.

Ahora bien, mayores dudas plantea aún que el certificado para el traslado de puesto pueda ser emitido por los Servicios Médicos de las Mutuas, ya que, si se quiere prevenir la percepción fraudulenta de las prestaciones económicas derivadas de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por la Ley de Conciliación, se cuida muy bien de recalcar por dos veces (art. 135.2 y 4) que la gestión de estas prestaciones la realizará directamente el INSS, sin dejar espacio para ninguna forma de colaboración voluntaria u obligatoria. Asimismo, si se entiende que el certificado de necesidad de traslado a un puesto compatible deben darlo los servicios de prevención de la empresa, lo que resultaría muy coherente con su objeto y funciones, no necesariamente tienen que estar constituidos dichos servicios de prevención por una Mutua.

Antecedentes jurídicos

Para establecer un paralelismo deberíamos acudir a una figura muy similar existente en nuestro ordenamiento jurídico, que es el traslado de puesto por enfermedad profesional. Viene regulado en los arts. 45 y ss. del Reglamento de Enfermedades Profesionales, aprobado por Orden de 9 de mayo de 1962, y aún vigente por mandato del art. 133.2 LGSS («lo dispuesto en el apartado anterior —período de observación por enfermedad profesional— se entenderá sin perjuicio de las obligaciones establecidas o que puedan establecerse en lo sucesivo, a cargo de este Régimen General o de los empresarios, cuando por causa de enfermedad profesional se acuerde respecto de un trabajador el traslado de puesto de trabajo, su baja en la empresa u otras medidas análogas»). Igualmente cabe deducir la vigencia de la referida normativa del art. 142 LGSS («los Reglamentos Generales de desarrollo de la presente Ley adaptarán, en cuanto a enfermedades profesionales, las normas de esta Sección —incapacidad permanente en su modalidad contributiva— a las peculiaridades y características especiales de dicha contingencia»). Y, finalmente, se han pronunciado reiteradamente a favor de la vigencia de la regulación contenida en los arts. 45 y siguientes del reglamento de enfermedades profesionales la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (ss. de 27 de junio y 22 de diciembre de 1994) y del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (s. de 17-5-96). A nadie se le oculta no obstante la escasísi-

ma aplicación de estos preceptos, que han caído claramente en desuso, por lo que su traída a colación se efectúa únicamente con fines de ilustrar los antecedentes jurídicos de la prestación objeto de análisis.

Así, el referido reglamento establece en su art. 45 que «en los casos en que, como consecuencia de los reconocimientos médicos se descubra algún síntoma de enfermedad profesional que no constituya incapacidad temporal, pero cuya progresión sea posible evitar mediante el traslado del obrero a otro puesto de trabajo exento de riesgo, se llevará a cabo dicho traslado dentro de la misma empresa». Asimismo establece que «los médicos que en el ejercicio de sus funciones descubran dicha situación informarán de tal circunstancia a las empresas, especificando si el cambio tiene carácter temporal o definitivo, debiendo hacerlo también a la Delegación de Trabajo». Si el nuevo puesto tuviera asignadas unas retribuciones inferiores al puesto de origen, el trabajador conservará éstas excepto los complementos específicos asignados al puesto. El art. 46 establece que «las empresas están obligadas a cumplir los dictámenes médicos de traslado de los trabajadores afectos de síntomas de enfermedad profesional sin incapacidad temporal» y que «cuando las empresas o los trabajadores discrepen por causa justificada del dictamen médico que aconseje el cambio de trabajo, someterán el caso a los Tribunales Médicos Provinciales que funcionan en las Delegaciones del Instituto Nacional de Previsión, aportando los antecedentes médicos y especificando los motivos de su oposición. El Tribunal Médico resolverá en el plazo de 15 días y su dictamen tendrá carácter ejecutivo para ambas partes».

Como puede apreciarse, la regulación de ambas situaciones es paralela y los supuestos análogos, si bien debe decirse que la regulación del reglamento de enfermedades profesionales es mucho más concreta, incluso procedimentalmente, lo que para la protección por riesgo durante el embarazo debería corregirse mediante un desarrollo reglamentario que, hasta la fecha y desde que se promulgó la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en 1995, no se ha producido.

Por otra parte, se aprecia un sistema más simple e incluso más seguro jurídicamente en el reglamento de enfermedades profesionales que en la Ley de Conciliación. Así, sólo se exige para el traslado de puesto el dictamen favorable (y obligatorio) del médico que venga atendiendo al trabajador y es en caso de discrepancia con la necesidad de traslado cuando cabe acudir al Tribunal Médico Provincial del INP, subsumible actualmente en el Equipo de Valoración de Incapacidades, para la decisión del traslado. Hay que tener en cuenta que el EVI, según la configuración que realiza el Real Decreto 1.300/95, de 21 de julio, es un órgano multidisciplinar compuesto por dos funcionarios de la unidad de trámite de invalidez, un Inspector Médico del INSALUD, un facultativo médico

del INSS, un Inspector de Trabajo y Seguridad Social y, en régimen de colaboración, un experto en recuperación y rehabilitación de Servicios Sociales y un experto en seguridad e higiene en el trabajo. Por tanto, la cualificación técnica de este órgano colegiado para pronunciarse sobre una situación de traslado de puesto de trabajo por riesgo de enfermedad profesional es innegable y lo mismo podría decirse de un traslado de puesto por riesgo para la mujer embarazada o el feto.

Por contra, la Ley de Conciliación exige dos dictámenes médicos favorables al traslado emitidos uno por el facultativo del S.P.S. que venga atendiendo a la mujer embarazada y el otro por los Servicios Médicos del INSS, ambos sin cualificación tecnicojurídica en materia de seguridad e higiene en el trabajo, y no regula el procedimiento a seguir en caso de discrepancia del empresario o del trabajador acerca del traslado, por lo que debemos suponer que será el general, es decir, reclamación previa y demanda ante el Juzgado de lo Social, toda vez que el informe favorable al traslado emitido por el facultativo del INSS tiene virtualidad resolutoria.

Suspensión de la relación laboral

La Ley de Conciliación continúa su regulación estableciendo que, si el cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo durante el período necesario para la protección de la salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado. No precisa la Ley cómo se determinará que no es posible por parte de la empresa acceder al cambio de puesto de trabajo, por lo que, una vez más, podemos acudir al paralelismo con el reglamento de enfermedades profesionales, cuyo art. 48.1 prevé que será el empresario quien, de forma razonada, justificará la imposibilidad de acceder al traslado de puesto de trabajo, debiendo obtener un informe favorable de la Inspección de Trabajo. A partir de ahí, dará de baja al trabajador en la empresa, el cual pasará a percibir un subsidio con cargo a la misma equivalente a la cuantía del salario íntegro durante un período de 12 meses, quedando inscrito en la Oficina de Colocación (actual INEM) con derecho preferente para ser empleado. Transcurridos 12 meses, si no hubiese encontrado otro trabajo, el empresario debería remitir en el plazo de 48 horas a la Delegación Provincial del INP (actualmente Dirección Provincial del INSS) copia de

la autorización de la Delegación de Trabajo para el cese del trabajador y certificación acreditativa del salario del obrero, así como de la cuantía del subsidio satisfecho y del período durante el que se abonó, con objeto de que el INP pudiera iniciar sin solución de continuidad el abono del subsidio por la misma cuantía y durante 6 meses más. Transcurrido ese período sin que el trabajador encontrase colocación, pasaría a percibir un subsidio por la misma cuantía con cargo al Seguro de Desempleo durante 6 meses, prorrogables por otros 6 meses más, durante los que el trabajador estaría obligado a asistir a un curso intensivo de formación profesional.

La protección que establece la Ley de Conciliación para este supuesto es la suspensión del contrato de trabajo con derecho a un subsidio, cuya gestión corresponderá directamente al INSS (arts. 134 y 135 de la LGSS en la nueva redacción dada por la Ley de Conciliación). De acuerdo con el carácter de suspensión de la relación laboral de este supuesto más que de contingencia de la Seguridad Social, y a falta de desarrollo reglamentario, las instrucciones provisionales del INSS son que es el empresario quien directamente, pero con el visto bueno de su servicio de prevención, acuerda la suspensión de la relación laboral de la trabajadora por existir riesgo para la salud de la misma o del feto y no ser técnica u objetivamente posible el traslado a otro puesto exento de riesgo en la empresa. Por tanto no hay expedición de baja médica por parte de los S.P.S. Con ese certificado la trabajadora solicitará ante el INSS la prestación económica por riesgo durante el embarazo. Al no configurarse, al menos según las instrucciones provisionales, la suspensión como una modalidad de baja médica, se evita que, al corresponder al INSS la competencia para gestionar las prestaciones, pudieran existir discrepancias entre dos administraciones sobre la idoneidad de la suspensión.

Por otro lado, ¿qué garantías se exigirán reglamentariamente para que el subsidio se reconozca correctamente en aquellos casos en que verdaderamente no es posible un cambio de puesto de trabajo? ¿Cómo se garantizará que todo ello se instruya en un plazo razonable, ya que si, por ejemplo, ha de emitirse un informe por la Inspección de Trabajo, la tramitación del expediente puede demorarse en el tiempo?

Para todo ello habrá que esperar al desarrollo reglamentario de la reforma, si bien las instrucciones provisionales prevén que simplemente con el certificado del empresario, visado favorablemente por su servicio de prevención, el INSS ha de aprobar las prestaciones, si bien luego podrá efectuar los controles que estime oportunos en colaboración con la Inspección de Trabajo, de modo que un informe de ésta posterior desfavorable a la suspensión de la relación laboral por riesgo durante el embarazo daría lugar a la extinción de las prestaciones.

Contenido de la prestación

Respecto al subsidio, aquí es donde se manifiesta con más fuerza la configuración híbrida de esta prestación. La base reguladora es la misma que en la incapacidad temporal por contingencias comunes, esto es, la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior a la suspensión, pero el subsidio se iniciará el mismo día de la suspensión, como el de maternidad, y el porcentaje es el 75% de la base reguladora desde el primer día, como en la incapacidad temporal por contingencias profesionales.

La duración del subsidio será hasta que se inicie la maternidad o la trabajadora se reincorpore a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado (art. 135.2 LGSS). De todos modos, aunque la ley no lo diga expresamente, es de suponer que, si la trabajadora viese extinguida su relación laboral durante la suspensión por riesgo durante el embarazo, habrá de extinguirse esta prestación en tanto que cesa la causa de la misma. En este sentido, el art. 134.1 LGSS, en la redacción dada por la Ley de Conciliación, describe como situación protegida «el período de suspensión del contrato de trabajo» cuando, existiendo un riesgo específico para la mujer trabajadora o para el feto, el traslado a otro puesto o la adaptación del que se viniese desempeñando, no resulte posible. Esto implica, tal como se ha dicho anteriormente, que cualquier riesgo para la salud de la trabajadora o del feto que no derive específicamente de las condiciones de su puesto de trabajo se protegerá como incapacidad temporal y no mediante esta nueva prestación. Por otra parte, en el momento que desaparece la causa específica de riesgo la prestación se extingue y la trabajadora debe reincorporarse a su puesto de trabajo. Ello significa que, si se extingue la relación laboral, desaparece la suspensión de que venía disfrutando la trabajadora, por lo que desaparece la situación protegida, pero al contrario que en la incapacidad temporal o la maternidad en que persiste una incapacidad para trabajar que debe seguir siendo protegida, aquí no hay incapacidad para trabajar, sino un riesgo específico derivado de un concreto puesto de trabajo, el cual también ha desaparecido. Por ello, debería extinguirse la prestación.

Asimismo, esta prestación en caso de pluriempleo se abonará solamente por el trabajo con riesgo, siendo compatible por tanto con otro u otros trabajos que viniera desarrollando la interesada y que estén exentos de riesgo. En este caso, el subsidio consistirá en el 75% de la base de cotización específica de la empresa en la que se suspende la relación laboral.

De todos modos, al tratarse de una prestación económica, puede ocurrir que la mujer que tiene el contrato suspendido no tiene sin embargo derecho a prestaciones porque, por ejemplo, no tiene 180 días

cotizados en los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante. La Ley de Conciliación equipara expresamente esta prestación a la incapacidad temporal por enfermedad común, pero si tiene su origen en un riesgo específicamente derivado del desempeño de un puesto de trabajo, jurisprudencialmente podría iniciarse una línea interpretativa de que estamos ante una prestación derivada de contingencias profesionales y eximir a la solicitante de un período mínimo de cotización.

Durante esta suspensión, el empresario podrá contratar trabajadores interinos para sustituir a las trabajadoras embarazadas con una bonificación del 100% en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y en las cuotas de recaudación conjunta, siempre que se trate de trabajadores desempleados.

Regímenes especiales

Finalmente, se establece que la protección por riesgo durante el embarazo será aplicable a «los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales» y que también será de aplicación, pero en los términos que se establezca reglamentariamente, a los trabajadores por cuenta propia de los regímenes especiales de trabajadores del mar, agrario y autónomos (D.A. 8.ª LGSS, en la redacción dada por la Ley de Conciliación). Las reticencias a la extensión de este régimen de protección a los trabajadores autónomos se deben por un lado a las dificultades de control que plantea la coincidencia en una sola persona de las condiciones de empresario y trabajador, lo que ha motivado que las prestaciones por incapacidad temporal se inicien a partir del decimoquinto día, y por otro al principio que ha subyacido siempre a la protección social de los trabajadores por cuenta propia de que siempre pueden realizar tareas auxiliares o complementarias en su negocio o explotación, razón por la que, por ejemplo, no tienen derecho al incremento del 20% adicional en las prestaciones por incapacidad permanente total a partir de los 55 años.

Ahora bien, es evidente que una trabajadora agraria por cuenta propia de una pequeña explotación ganadera de Asturias, por ejemplo, está sujeta a unos riesgos evidentes durante el embarazo, pero ¿es posible adaptar el puesto de trabajo para evitar esos riesgos? Según el principio a que antes hacíamos referencia, y que ha venido siendo sustentado regularmente por la jurisprudencia, siempre podrá realizar tareas complementarias en su explotación, por lo que dicha adaptación es posible. Sin embargo, la aplicación de este principio privaría prácticamente de

modo absoluto a los trabajadores por cuenta propia de la posibilidad de acceder a la protección por riesgo durante el embarazo. En todo caso, ¿quién va a determinar que dicha adaptación es o no posible: el propio empresario-trabajador? Debe tenerse en cuenta que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales fía exclusivamente al empresario, lógicamente bajo control de los delegados de prevención y de los servicios de prevención, el parecer acerca de si es posible la adaptación o no de las condiciones de desempeño del puesto de trabajo. Pero un trabajador asturiano del campo no dispone de servicio de prevención, por lo cual él mismo tendría que determinar que pasa a la situación de riesgo durante el embarazo, sin perjuicio de los controles que a posteriori pueda realizar la Administración, lo que es impensable en lugares remotos de nuestra geografía o, por ejemplo, para determinados trabajadores autónomos itinerantes (como fontaneros), cuyo control por parte de la Inspección de Trabajo es prácticamente imposible. Por tanto, hay que ser muy cautos en el desarrollo reglamentario de esta norma, ya que no debe descartarse la posibilidad del uso abusivo de la prestación por riesgo durante el embarazo.

Además debe hacerse hincapié en que se amplía en los mismos términos que a los trabajadores del régimen general la protección por riesgo durante el embarazo a los empleados de hogar por cuenta ajena. Para éstos, sin embargo la normativa establece la prevención, aun más dura que para los trabajadores por cuenta propia, de que no comenzarán a percibir las prestaciones por incapacidad temporal hasta el vigesimonoveno día posterior a la baja, por los problemas de control que se plantean y, sin embargo, una prestación que va a plantear problemas de control mucho más duros, toda vez que como anteriormente se dijo no inciden sólo los aspectos médicos sino también tecnicojurídicos en materia de seguridad e higiene, se regula para este colectivo en los mismos términos que para el régimen general.

Conclusiones

En definitiva, estamos ante una regulación que viene a cubrir de un modo progresista la laguna dejada en su día por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, pero que ya tenía antecedentes claros en cuanto a su configuración en nuestro ordenamiento jurídico. Por otro lado, técnicamente presenta algunas incógnitas que en parte, pero sólo en parte, podrán solucionarse a través del desarrollo reglamentario.