

# El régimen de incompatibilidad entre prestación por desempleo e incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999

M.<sup>a</sup> DEL CARMEN GRAU \*

## 1. INTRODUCCIÓN

Con la aprobación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (LCVFL) se han introducido una serie de cambios legislativos que afectando a un considerable número de disposiciones de distinta naturaleza, tienden a compaginar lo más equilibradamente posible la vida familiar y laboral de los trabajadores, especialmente de las trabajadoras, «dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres<sup>1</sup>», y, pasando así, «(...) de una mera política laboral y de protección social a una política familiar<sup>2</sup>». Se ha llegado a decir que «(...) en el propósito de alcanzar las finalidades señaladas, la LCVFL establece ex novo o perfecciona determinadas medidas que se engloban dentro de las genéricamente

denominadas acciones «afirmativas o positivas» y que se dirigen hacia el logro real del principio de igualdad real entre hombres y mujeres, tanto en el ámbito laboral como en el de la Seguridad Social (...)»<sup>3</sup>. Sin embargo, y pese a ser éste el objetivo general subyacente en la norma antes citada, «(...) no debe olvidarse que tras la pretendida reforma se esconde la asunción de considerables costes económicos con cargo al Sistema de Seguridad Social, lo que sin duda impide que los medios ahora previstos para la conciliación entre la vida familiar y laboral puedan ser más amplios<sup>4</sup> y, en cierta medida, más gene-

\* Profesora del Área del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Las Palmas de G.C.

<sup>1</sup> Según el tenor literal del Preámbulo de la citada Ley.

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)», RL, nº 17, 1999, pág. 5.

<sup>3</sup> PANIZO ROBLES, J.A.: «La Ley sobre Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social», Revista de Trabajo y Seguridad Social del CEF, Serie de Recursos Humanos, nº 201, 1999, pág. 59.

<sup>4</sup> Esta es la gran crítica a la citada norma ya que autores como RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La conciliación... (I)», *op. cit.* p. 5, opinan que la misma «(...) no aborda el conjunto de los problemas que plantea esa conciliación; sólo tiene por objeto introducir una serie de modificaciones puntuales en diversas normas legales relativas al empleo, la función pública, y la Seguridad Social, o sea cambios en la legislación laboral y funcionarial y de la protección social. Para facilitar esa conciliación sería necesario además promover servicios de atención a las per-

rosos; (...) por otra parte, [se] trata de implementar el menor coste posible para el empresario con la puesta en marcha de la futura reforma (...)»<sup>5</sup>.

Algunos de estos cambios han tenido especial incidencia en materia de Seguridad Social, al introducir la Ley 39/1999 una nueva contingencia –modificando la LGSS a través de su Capítulo IV-, la de riesgo durante el embarazo, para aquellos supuestos en los que resultando la movilidad funcional de la trabajadora en la empresa técnica u objetivamente imposible tanto por no existir un puesto de trabajo exento de riesgo para su estado, como por no ser susceptible de adaptación a dicho estado el puesto de trabajo que ocupaba hasta el momento, se precise suspender el contrato de trabajo.

Llegados a este punto, el propósito del presente trabajo es el de analizar las relaciones de compatibilidad e incompatibilidad que pueden presentarse entre prestación por desempleo y riesgo durante el embarazo -junto con sus coetáneas de incapacidad temporal y maternidad- (3) aunque, con carácter previo, se requiera hacer referencia, si bien someramen-

sonas, en el marco de una política familiar y de protección social más amplia (...). El mismo autor continúa aseverando en «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III), RL, nº 19, 1999, pág. 9 que «(...) esa armonización requiere medidas adicionales que no cabe olvidar como el suministro de servicios de apoyo de calidad flexible y accesibles para los cuidados de los niños y familiares, el desarrollar políticas educativas para cambios de actitudes en cuanto a la división del trabajo y la participación de las responsabilidades familiares en el hogar, favorecer la mayor sensibilidad de las partes sociales y en particular de los empresarios en facilitar esa competitividad, etc. (...)». En idéntico sentido, vid. CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación Laboral y Responsabilidades Familiares del Trabajador (I y II): Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», en AS, nº 7-8, julio 1999.

<sup>5</sup> MIÑAMBRES PUIG, C.: «La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», RMTyAS, nº 19, 1999, págs. 13-30.

te, al régimen general de incompatibilidades vigente respecto de la prestación por desempleo (2).

## 2. EL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

Como regla general se entiende que la percepción de la prestación económica por desempleo resulta incompatible tanto con la realización de trabajos por cuenta ajena -salvo que sean a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá de la prestación la parte proporcional- o propia -aunque no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de Seguridad Social-, como con la obtención de otras prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social -salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo- (art. 221 LGSS).

### 2.1. La incompatibilidad entre la realización de una actividad laboral y el disfrute de tal prestación

Respecto de la *incompatibilidad entre la realización de una actividad laboral y el disfrute de tal prestación*, la fundamentación se encuentra en los propios elementos definidores de la protección por desempleo, que según el tenor literal del art. 203 LGSS, protege, a través de una prestación o subsidio de «carácter sustitutivo» respecto de las rentas derivadas del trabajo, a las personas que «pudiendo y queriendo trabajar» vean materializado el riesgo de perder su empleo anterior o ver reducida su jornada ordinaria de trabajo en los términos previstos en el art. 208 de la cita norma. Sin embargo, esta regla general tan contundentemente expuesta, muestra visos de flexibilidad al prever dos supuestos en los que se rompe esta tónica general: por un lado, la posibilidad de alternar períodos de percepción de la prestación con períodos de realización de trabajos, sin que ello suponga, al menos necesariamente, la extinción de tal de-

recho<sup>6</sup>; y, por otro, la posibilidad de compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo con la obtención de rentas salariales derivadas de un contrato a tiempo parcial<sup>7</sup>.

## 2.2. La incompatibilidad entre el disfrute de pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social y prestación por desempleo

En relación con la *incompatibilidad entre el disfrute de pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social y prestación por desempleo*, la propia naturaleza de dicha protección impide considerar beneficiarios de la misma a los que «no pueden trabajar» por faltarles la capacidad necesaria para ello y, por ende, para percibir tal protección. Pero además encuentra fundamento en el principio de prestación única que con plasmación jurídica en el art. 122 LGSS considera a «las pensiones<sup>8</sup> de este Régimen General (...) incompatibles entre sí cuando coincida(n) en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas». Sin embargo, respecto de este último aspecto, se hacen necesarias ciertas precisiones respecto de algunas de ellas.

Así, en primer lugar y respecto de la relación entre desempleo y *jubilación*, apuntar

<sup>6</sup> Se está haciendo referencia a los supuestos de suspensión de la relación laboral o de reducción de la jornada de trabajo, al menos en una tercera parte, contemplados en los apartados 2 y 3 del art. 208 LGSS.

<sup>7</sup> No confundir la situación de desempleo parcial en la que se encuentra el trabajador, al ver reducida temporalmente su jornada y salario en, al menos, una tercera parte, con aquella otra en la que se genera protección por desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial. Para más detalle *vid.* PÉREZ GUERRERO, Mª Luisa: «Desempleo parcial y desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial», AS, nº 21, 1999, págs. 30 y ss.

que «la simple posibilidad de acceder a la pensión de jubilación provoca la exclusión del acceso a la prestación por desempleo o su extinción si ésta ya se estuviese percibiendo. De tal modo que (...) no existe sólo una incompatibilidad de percepción simultánea sino, también, una incompatibilidad de percepción sucesiva de ambas prestaciones (...) esto no obstante, el art. 15 del Reglamento (que) exceptúa (...) la jubilación parcial (...)»<sup>9</sup>.

En segundo lugar y respecto de la relación entre desempleo y prestaciones por *muerte y supervivencia*, comentar que tanto la pensión de viudedad como la de orfandad son compatibles con la prestación por desempleo —con las precisiones contenidas en el art. 179 LGSS—, no siendo así entre las *prestaciones a favor de familiares* y esta última —por ser requisito del art. 176 LGSS la carencia de medios propios de vida—.

En tercer lugar y en referencia a las *prestaciones de protección a la familia*, sólo apuntar la compatibilidad de la asignación por hijo a cargo con la prestación por desempleo, según se deriva del art. 187 LGSS.

## 2.3. En especial, la relación entre las prestaciones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez y la prestación por desempleo

Se ha optado por abordar en un apartado independiente la relación entre prestación por desempleo y prestaciones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invali-

<sup>8</sup> Se ha de entender dicha incompatibilidad referida no sólo de las pensiones entre sí, sino también respecto de cualquier otro tipo de prestaciones económicas dispensadas por el sistema de Seguridad Social, así como entre éstas y aquéllas, según la matización incorporada en el propio art. 221 LGSS al que antes se aludió.

<sup>9</sup> VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación por desempleo (El régimen jurídico de la protección en el nivel contributivo)*, Tirant Monografías, Tirant lo Blanch, 1990, pág. 388-389.

dez, dado el grado de complejidad que éstas presentan al ser necesario atender a los diferentes grados en que se instrumentan <sup>10</sup>.

Como regla general se hace ineludible recordar la previsión del art. 222.2 LGSS que establece: «serán, asimismo, incompatibles con la obtención de pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo». De tal manera que «(...) [se] parte de la inteligencia de que existe compatibilidad siempre y cuando la pensión o prestación de que se trate hubiera podido ser percibida al tiempo que se prestaba el trabajo que originó la prestación desempleo (...)» <sup>11</sup>. Ahora bien, en función del grado de incapacidad resulta lo siguiente:

1. Para los supuestos de *gran invalidez o de incapacidad permanente absoluta*, resulta indudable la absoluta incompatibilidad de éstas, por propia definición, con el disfrute de la prestación por desempleo, pero además, si se está percibiendo prestación por desempleo y sobreviene una de éstas incapacidades, éstas tienen un efecto extintivo respecto de aquélla, si bien, el beneficiario cuenta con un derecho de opción <sup>12</sup> por la prestación que le sea más favorable (art. 213.1.f) LGSS) <sup>13</sup>.

2. Para los supuestos de *incapacidad permanente total para la profesión habitual*, se hace preciso tener en cuenta que, tanto en los casos de que quien esté disfrutando presta-

ción por desempleo sea declarado afecto de una incapacidad de este grado como en el supuesto cronológicamente inverso, se ofrece un derecho de opción en virtud del cual el desempleado elegirá entre seguir percibiendo la prestación por desempleo hasta su agotamiento o percibir la pensión que le corresponda en razón de su incapacidad. Pero, cosa distinta ocurre cuando en situación de incapacidad total para la profesión habitual se despiden al trabajador así declarado y el ahora declarado inválido encontrase trabajo en otra profesión diferente de la habitual, en cuyo caso, la pérdida de éste sí que puede dar lugar al disfrute simultáneo de una prestación por desempleo y una pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual ya que concurren dos hechos causantes diferenciados entre sí. Es decir, que «(...) esta pensión no sería a su vez compatible con este trabajo (para el que está incapacitado) aunque sí con otro (diferente de aquél, aunque sin derecho al incremento del 20% correspondiente en el caso de la cualificada) <sup>14</sup>, (...) su finalidad es evitar que se proteja dos veces la misma pérdida de ingresos (...)» <sup>15</sup>.

3. Finalmente y respecto de los supuestos de *incapacidad permanente parcial* se plantea que la declaración de incapacidad permanente parcial no puede dar lugar a la extinción del contrato (art. 49.5ET) salvo por vía de ineptitud (art. 52.a) ET), en cuyo caso, no tendrían porqué plantearse problemas ni de acceso a la protección por desempleo ni de compatibilidad con la prestación a tanto alzado a cargo de la Seguridad Social prevista en el art. 221.2 LGSS. Sin embargo, si la incapacidad permanente parcial deriva de una si-

<sup>10</sup> Grados contenidos en el art. 137 LGSS, tal y como quedó redactado tras la reforma por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social.

<sup>11</sup> VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación por desempleo...*, op. cit., pág. 383.

<sup>12</sup> Derecho de opción que se presume cuando «(...) la haya sustituido por una indemnización a tanto alzado (...)», según tenor literal del art. 16.3 RPD 625/1985.

<sup>13</sup> En el caso de optar por la de desempleo por ser más favorable, si es de duración inferior, al agotarse, se pasará a seguir percibiendo la que le corresponda por incapacidad hasta agotarla también.

<sup>14</sup> Ya que su fundamento reside en la presumible imposibilidad de encontrar un empleo adecuado a la capacidad que le queda al declarado inválido, fundamento que carece de sentido en el supuesto planteado.

<sup>15</sup> DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.R.: *El desempleo con situación protegida (Un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial)*, Colección Estudios de Derecho Laboral, Civitas, 1996, pág. 30.

tuación previa de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez, tras un expediente de revisión por mejoría, el ahora declarado incapaz permanente parcial para la profesión habitual (o incluso plenamente capaz), podrá acceder a un subsidio por desempleo <sup>16</sup>, si bien cumpliendo los requisitos generales necesarios para el disfrute del mismo, contenidos en el art. 215.1 LGSS (art. 215.1.e) LGSS. Pero, si aconteciese el supuesto cronológicamente inverso, es decir, si el disfrute de una prestación por desempleo es previo y con posterioridad acontece una declaración de incapacidad permanente parcial (derivada o no de una incapacidad temporal), la norma no prevé ni la suspensión ni la extinción de aquella, porque es de lógica jurídica entender que, precisamente por ese carácter parcial que la caracteriza, es compatible tanto con la prestación de servicios (con una disminución de su capacidad en su profesión habitual, y sin reducción de su capacidad en alguna otra profesión diferente a la habitual), como con la protección por desempleo derivada de la extinción de dicha actividad.

Pero además, y atendiendo ahora al *nivel de protección* en que se encuentre el beneficiario, resulta que el subsidio asistencial por desempleo es compatible con la indemnización que proceda por extinción de contrato de trabajo <sup>17</sup>, con la pensión de jubilación par-

<sup>16</sup> Y no la prestación contributiva porque la pérdida de rentas no deriva en este caso del cese en la actividad laboral (por una u otra causa) sino de la superación de una situación de incapacidad generadora de una renta, no contemplada por la norma en ese nivel, ya que en los supuestos previstos por el art. 208.1.1 LGSS en relación con la situación legal de desempleo no se contempla tal circunstancia, mientras que sí se hace en el asistencial por tratarse de una carencia de rentas genérica englobable en el concepto de beneficiario del subsidio por desempleo.

<sup>17</sup> Aunque la jurisprudencia se manifiesta reacia a ratificar esta compatibilidad respecto de los supuestos de expedientes de regulación de empleo y reconversión.

cial, con la realización de un trabajo a tiempo parcial (deduciendo del importe del subsidio por desempleo la parte proporcional al tiempo trabajado), pensiones y prestaciones económicas que hubieran sido compatibles con el trabajo que originó el subsidio por desempleo <sup>18</sup>; pero es incompatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o propia (con las salvedades antes enunciadas de trabajo a tiempo parcial, etc.), pensiones de gran invalidez, incapacidad permanente absoluta y total y jubilación (aunque con un derecho de opción al que antes se aludió) y, con el subsidio de incapacidad temporal (si bien la pérdida del empleo que causa el derecho al subsidio por incapacidad temporal se produce cuando el trabajador está percibiendo la prestación por desempleo, pasará a percibirlo cuando finalice la situación de incapacidad temporal <sup>19</sup>, pero, si en vez de subsidio por incapacidad temporal se devenga derecho a pensión contributiva por tal contingencia, el beneficiario de un subsidio por desempleo no podrá pasar a percibir el de incapacidad temporal por no cotizar el INEM por tal contingencia). No cabe ya predicar dicha compatibilidad respecto de las becas <sup>20</sup>, si bien sí respecto de las ayudas que se obtengan por asistencia a acciones de formación ocupacional u otras para las que así esté expresamente previsto, como ocurre en el

<sup>18</sup> Como ocurre en los supuestos de disfrute de pensiones de invalidez (en cualquiera de sus grados) en su modalidad no contributiva que, al no impedir el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo (art. 147 LGSS), pueden dar lugar a (habiendo cotizado por desempleo en estas actividades, reuniendo los requisitos para acceder a prestaciones por desempleo), a situaciones de simultaneidad de prestaciones de invalidez no contributivas y prestaciones o subsidios por desempleo.

<sup>19</sup> Si bien con la especialidad de que el plazo de espera de un mes para el nacimiento del derecho al subsidio comienza a contarse a partir de la extinción de la situación de incapacidad temporal o maternidad (art. 17.3 RPD).

<sup>20</sup> Suprimidas por la disposición adicional 3ª de la Ley 22/1992, de 30 de julio, de Medidas urgentes sobre el fomento del empleo y protección por desempleo.

supuesto de aquéllas destinadas a la constitución o integración en Cooperativas o Sociedades laborales en el supuesto de percepción única del valor actual del importe correspondiente por tal contingencia <sup>21</sup>.

### 3. EL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES ENTRE PRESTACIÓN POR DESEMPLEO E INCAPACIDAD TEMPORAL Y MATERNIDAD

#### 3.1. Generalidades

El régimen de incompatibilidad entre las prestaciones derivadas de las mencionadas contingencias se deriva del art. 222 LGSS, del que se desprenden dos situaciones posibles: o bien que el trabajador esté percibiendo prestación por incapacidad temporal o maternidad y le sobrevenga una circunstancia que lo sitúe en situación legal de desempleo, o bien que esté percibiendo prestación por desempleo y pase a situación de incapacidad temporal o maternidad <sup>22</sup>.

En el primer supuesto, el párrafo 1º del art. 222 LGSS prevé que se continúe en la si-

<sup>21</sup> Art. 6 RD 1044/1985. De 19 de junio que regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual del importe.

<sup>22</sup> Existe una tercera posibilidad planteada por DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.R.: *El desempleo como situación protegida...*, op. cit., pág. 32, según la cual puede ocurrir que al trabajador, antes de solicitar la prestación por desempleo, y una vez extinguida su relación laboral, le sobrevenga una situación de incapacidad temporal, en cuyo caso se prevé que el trabajador continuará percibiendo prestación por incapacidad temporal o maternidad hasta que se extinga dicha situación, para, después, pasar a cobrar la prestación por desempleo si reúne los requisitos necesarios para ello. Sin embargo queda sin aclarar la calificación de esta situación de tránsito a efectos de encuadramiento, por lo que dada la laguna legal vigente para este supuesto, el TS ha resuelto aplicar análogamente la solución prevista para la invalidez provisional (hoy derogada por reforma de la Ley 42/1994), considerándola como tal situación como equiparada al alta.

tuación de incapacidad temporal o maternidad hasta que la misma se extinga pasando entonces a percibir la prestación por desempleo y percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. Si bien, en este caso, no se procederá al descuento del período de percepción de la prestación por desempleo el tiempo que se hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal, ya que se produce una «sucesión sin superposición <sup>23</sup>» de situaciones protegidas, cuya lógica radica en el hecho de que aunque el trabajador esté en situación de desempleo desde la extinción de su contrato, a falta del requisito de la capacidad para trabajar, no es posible la inclusión en el concepto general de desempleado que se comentó al analizar el art. 203 LGSS. Se trata pues de un supuesto claro de incompatibilidad entre prestaciones, si bien ocurre que tras la conclusión del disfrute de la prestación por IT, se «virtualiza la situación legal de desempleo originada por la extinción contractual <sup>24</sup>».

En el segundo de los supuestos planteados, el párrafo 2º del art. 222 LGSS entiende que se percibirá la prestación por la incapacidad temporal o maternidad que ha sobrevenido al trabajador estando disfrutando una prestación por desempleo, en cuantía igual a la percibida en concepto de desempleo salvo que la de incapacidad temporal o maternidad sea de cuantía superior, en cuyo caso se percibirá ésta última. En este segundo supuesto, el período de percepción de la prestación por incapacidad temporal o maternidad sí que se descuenta del período de percepción de la prestación por desempleo ya que se produce una «simultaneidad de situaciones protegidas» <sup>25</sup>. Se observa pues idéntica incompatibi-

<sup>23</sup> DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.R.: *El desempleo como situación protegida...*, op. cit., pág. 32.

<sup>24</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La Ley 31/1984 de Protección por Desempleo: objeto de la protección y personas protegidas», *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, 1985.

<sup>25</sup> Simultaneidad que «(...) resulta conceptualmente contradictoria, ya que quien no puede trabajar por estar

lidad de percepción simultánea de ambas prestaciones si bien se articula un derecho de opción que no provoca el disfrute sucesivo del supuesto anterior sino la elección por la prestación más beneficiosa al sujeto causante. Además, mientras subsista esta prestación, el INEM seguirá abonando las cotizaciones a la Seguridad Social conforme lo previsto en el art. 206.1.b) LGSS. Y si al finalizar este período se continuase la situación de incapacidad temporal o maternidad, se continuará en ésta, si bien sin obligación de cotizar por parte de la entidad gestora ya que no forma parte de la prestación.

### 3.2. La nueva contingencia por riesgo durante el embarazo introducida por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras

Sin embargo, tras la reforma introducida por la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras<sup>26</sup>, se introduce un Capítulo IV TER que lleva la rúbrica de «Riesgo durante el embarazo» y que junto con el Capítulo IV sobre «Incapacidad Temporal» y el Capítulo IV Bis sobre «Maternidad», ha de ser traído a colación en este preciso momento de nuestra exposición.

Esta incorporación deriva de las exigencias que el ordenamiento comunitario planteaba respecto del español, fundamentalmente a través de las Directivas 92/85/CEE, de protección por maternidad, y 96/34/CEE, relativo al

en incapacidad temporal (o maternidad) no se encuentra en desempleo (...)), según autores como Desdentado Bonete, A. y Mercader Uguina, J.R.: *El desempleo como situación...*, op. cit., pág. 34.

<sup>26</sup> Ley 39/1999, de 5 de noviembre, en BOE de 6 de noviembre, nº 266, pp. 38.934 y ss, además de Corrección de Errores en BOE de 12 de noviembre.

Acuerdo marco sobre permisos parentales. Ambas normas pretendían facilitar la conciliación de la vida profesional y familiar, no obligando para ello a «(...) cambios radicales en nuestro ordenamiento, [sino] sólo a algunos reajustes y retoques (...)»<sup>27</sup>, ya que tras el cumplimiento parcial de las exigencias derivadas de las normas citadas con la aprobación de la ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales<sup>28</sup> (LPRL), sólo restaba concretar dicha protección en supuestos concretos no contemplados por la LPRL<sup>29</sup>, como el ahora abordado por la Ley 39/99.

Respecto de la *situación protegida por tal contingencia*, el nuevo art. 134 LGSS<sup>30</sup> procede a delimitarla, de tal manera que, a los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se procede a considerar situación protegida «el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el ar-

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La conciliación... (I)», op. cit., pág. 5.

<sup>28</sup> Ley de 8 de noviembre que, por su parte, daba cumplimiento al mandato constitucional contenido en el art. 40.2 CE que contiene uno de los principios rectores de la política social y económica, cual es el de velar por la seguridad e higiene en el trabajo.

<sup>29</sup> Reconocidos autores como CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación Laboral y Responsabilidades Familiares del Trabajador (II) ...», op. cit, p 17, no dudan en argüir que «(...) con tales cambios se pretende cubrir el «vacuum legis» derivado de la redacción del actual artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, al no haber contemplado este precepto, ni ningún otro, entre las medidas de protección de la maternidad, la dispensa de trabajo con mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo (remuneración incluida) que prevé la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre (...)).»

<sup>30</sup> Esta incorporación afecta a la numeración vigente hasta el momento, de manera que, según el art. Decimoquinto de la Ley 39/1999, el actual art. 134 LGSS pasa a quedar numerado como art. 136 LGSS. Además las secciones 3ª, 4ª y 5ª pasan a numerarse como 2ª, 3ª y 4ª, con idéntico contenido pero adaptando así la numeración a la derogación que la Ley 42/1994 efectuó respecto de la invalidez provisional.

título 26<sup>31</sup>, apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados». Con ello, finalmente, el derecho — que siempre va por detrás de las exigencias que la sociedad le demanda— se hace eco de la necesidad de configurar una situación suspensiva del contrato de trabajo<sup>32</sup> a medio camino entre la incapacidad temporal y la maternidad, en aquellos casos en los que por ser el estado de salud de la mujer embarazada incompatible ya no sólo con sus propias funciones sino incluso con otras diferentes que se le ofrezcan en el seno de su empresa, ésta pueda acogerse a la nueva situación derivada de riesgo durante el embarazo, prevista como contingencia autónoma respecto de la incapacidad temporal y de la maternidad.

Respecto de la *prestación económica* articulada para esta nueva contingencia, el art. 135 LGSS prevé una nueva prestación, a medio camino entre incapacidad temporal (de la que hereda su régimen jurídico general) y la maternidad (con la que comparte parcialmente su fundamentación, el embarazo, si bien la maternidad supone, un estadio posterior<sup>33</sup> —el parto propiamente dicho— al pro-

tegido por ésta, referido a un estadio previo —incidencia negativa del mismo puesto de trabajo o de otro diferente respecto del estado de salud de la trabajadora embarazada o de su feto— al de aquella), pero, a su vez, dotada de características propias ya que protege un riesgo hasta ahora reconducido a la incapacidad temporal, y que ahora, dotado de autonomía, protege las situaciones de riesgo durante el embarazo, si bien traspolando, por analogía, el régimen jurídico de la incapacidad temporal derivada de enfermedad común, con las particulares propias que la ley determine<sup>34</sup>.

Así configurada la nueva prestación por riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora, donde antes se hizo alusión a las relaciones entre incapacidad temporal y maternidad con el desempleo, ahora ha de añadirse el riesgo durante el embarazo, de manera que aplicando aquello, se pueden presentar las dos situaciones antes comentadas respecto de

perspectiva del cuidado del hijo, en el que se implica igualmente al padre, que desde la óptica de la incapacidad de la madre», en BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M<sup>a</sup>.A.: *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 1995, 2ª edición, págs. 285 y ss. Sin embargo, ahora y con la Ley 39/1999, se da un paso más allá y se desvincula de la regulación de la incapacidad temporal, no ya la maternidad, sino, incluso, la posible situación de riesgo que durante el embarazo pueda afectar a la salud de la mujer trabajadora embarazada.

<sup>34</sup> Y que son básicamente las siguientes: 1. El nacimiento del derecho a tal prestación nace el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo, y su finalización vendrá motivada por la iniciación de la suspensión del contrato por maternidad, o por reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado (por alta médica); 2. La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 75% -no del 100% como ocurre en la maternidad- de una base reguladora que será la equivalente a la prevista para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes; 3. La gestión de tal prestación corresponde directamente al INSS, siguiendo el procedimiento que reglamentariamente se determine, introduciendo como novedad la posibilidad de que sean los médicos de las Mutuas los que certifiquen la repercusión negativa del trabajo sobre la salud de la trabajadora embarazada o del feto; y 4. Se extiende tal protección a los Regímenes Especiales.

<sup>31</sup> Modificado también por esta Ley 39/1999 en su Capítulo III que, cubriendo la laguna actualmente vigente, prevé para los supuestos de maternidad en los que «por motivos de salud de la madre o del feto, se hace necesario un cambio de puesto de trabajo o función y este cambio no sea posible» (Preámbulo de la Ley 39/1999) se la declare en situación de riesgo durante el embarazo.

<sup>32</sup> Situación suspensiva del contrato de trabajo que lleva aparejada la reserva del mismo, tal y como se prevé en el nuevo apartado 5 del art., 48 ET introducido por el art. sexto de la Ley que se está comentando.

<sup>33</sup> Y es que si con la Ley 42/1994 se procedió a agregar un nuevo capítulo IV Bis, que regulaba de manera específica e independiente de la incapacidad temporal, la situación de maternidad, pero desvinculándola de la enfermedad con la que hasta el momento había identificado y dotándola de «la función social que representa, eliminando situaciones discriminatorias para la mujer y contemplándose la contingencia protegida más desde la



la incapacidad temporal y la maternidad, es decir, que la trabajadora esté percibiendo prestación por riesgo durante el embarazo y le sobrevenga una circunstancia que la sitúe en situación legal de desempleo, o bien que esté percibiendo prestación por desempleo y pase a situación de riesgo por embarazo por reunir los requisitos necesarios para ello. En ambos supuestos se hace preciso analizar minuciosamente si son traspolables las soluciones dadas en su momento para la incapacidad temporal y la maternidad con respecto al desempleo o, si por el contrario, se presentan importantes diferencias que hacen inadecuado un tratamiento analógico.

Y es que, en el primer supuesto, esto es, en los casos en que, vigente el contrato pero disfrutando de una prestación por riesgo durante el embarazo ésta podrá finalizar por reincorporación de la trabajadora (alta médica) o por razón del inicio de la de maternidad, en cuyo caso, aconteciendo la contingencia del desempleo durante el disfrute de la primera (riesgo durante el embarazo) o de la segunda (maternidad) prestación, aplicando la solución dada en su momento para la incapacidad temporal y la maternidad resultaría que las prestaciones se sucederían de manera consecutiva hasta la extinción de las mismas, pasando, entonces, a percibir la prestación por desempleo, si se reuniesen los requisitos necesarios, y sin descontar del período de percepción de la prestación por desempleo el tiempo que se hubiera permanecido en situación de riesgo por embarazo y maternidad por efecto de la «sucesión sin superposición» de situaciones protegidas, a la que antes se hizo referencia. Así, una trabajadora que cause derecho a una prestación por riesgo durante el embarazo disfrutará de la misma sin límite temporal (con un máximo de 7, 8 ó 9 meses), pudiendo incluso causar bajas y altas sucesivas por la misma causa, para, a continuación, causar derecho a la de maternidad<sup>35</sup> (16 se-

<sup>35</sup> Ya no puede ocurrir, como antes de la Ley 39/1999, que se obligaba a la trabajadora embarazada

manas) y, después, disfrutar, si procede de una prestación por desempleo.

Sin embargo, en el supuesto cronológicamente inverso, la solución dada en su momento respecto de la incapacidad temporal y la maternidad, no se presenta como viable ya que dada la estrecha vinculación existente entre el puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora y la situación de riesgo sobre la salud de la misma o del feto, no va a ser posible devengar derecho a una prestación por riesgo durante el embarazo durante el disfrute de una prestación por desempleo<sup>36</sup>, porque no existiendo ya contrato, resulta del todo inviable que se virtualice una situación de riesgo durante el embarazo derivada del mismo. Tanto es así que, para que pueda nacer la prestación económica derivada de la actualización de la situación protegida por la contingencia de riesgo durante el embarazo, se precisa haber acreditado<sup>37</sup>: 1. La situación biológica del embarazo, a través de la correspondiente certificación del facultativo de la Seguridad Social; 2. El hecho de que el puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora (aun cuando hubiese sido objeto de adaptación) presenta un riesgo, efectivo o potencial,

en tal disyuntiva a adelantar el disfrute de su período de maternidad por estar en situación de incapacidad temporal previa a la misma, pudiendo llegar a agotar hasta 10 semanas anteriores al parto, restándole 6 semanas obligatoriamente posteriores al mismo (por tener una finalidad recuperadora para el estado de salud de la mujer), y con posterioridad, tener que reiniciar nuevo período de incapacidad temporal si le eran necesarios.

<sup>36</sup> Si bien en caso de que la extinción del contrato tenga como cause dicha situación, el art. Séptimo de la Ley 39/1999, modificando el art. 52. d), 53.4 y 55.5 ET, declara expresamente nulas las decisiones extintivas o despidos motivados por tal riesgo, salvo que se demuestre su procedencia por causa distinta a la discriminación, articulando además, a través de la reforma de los arts. 108.2 y 122.2 de la LPL (art. Octavo de la Ley 39/1999), un procedimiento urgente y de tramitación preferente en el que dirimir los posibles conflictos suscitados en este ámbito.

<sup>37</sup> Seguimos literalmente la tesis expuesta por PANIZO ROBLES, J.A.: «La Ley de Conciliación de la Vida...», *op. cit.*, págs. 82 y ss.

para la trabajadora o el feto; 3. La imposibilidad técnica u objetiva de trasladar a la trabajadora a otro puesto de trabajo compatible con su estado (sea del mismo grupo profesional al que pertenezca la interesada u otro distinto); y, 4. Dándose todos los hechos anteriores, la trabajadora ha suspendido el contrato de trabajo, cesando, en consecuencia, en la prestación de servicios y el cese en el abono de salarios. De lo que se desprende la necesaria existencia del contrato de trabajo como elemento indispensable para el nacimiento de la citada prestación, no bastando pues, cualquier situación de asimilación al alta como pudiera ser la de desempleo<sup>38</sup>.

Quizás pudiera argumentarse en contra que, tratándose de una situación suspensiva del contrato de trabajo similar a la de maternidad, sí que sería posible devengar tal derecho en tal situación, pasando a percibir la prestación económica derivada de la contingencia de riesgo durante el embarazo en cuantía igual a la percibida en concepto de desempleo salvo que ésta sea de cuantía superior, pero teniendo en cuenta que, en este supuesto sí que se procede al descuento del período de percepción de la prestación por desempleo ya que se produce una «simultaneidad de situaciones protegidas», a la que antes ya se aludió. De manera que tras el período de disfrute máximo de la prestación por riesgo durante el embarazo, puede ocurrir que se haga agotado el período a que se tenía derecho a la prestación por desempleo (cosa bastante probable), en cuyo caso, la mujer ha dejado de ser trabajadora (por extinción de su contrato) y beneficiaria de protección contributiva por desempleo (por la finalización de su prestación por desempleo) pero, acontecida la contingencia de la maternidad —el parto— ¿en qué situación quedaría?

Ante esta situación así planteada se presentarían las siguientes disyuntivas: la primera referida a la calificación de esta situación de

tránsito a los solos efectos de encuadramiento, y, la segunda referida a la solución jurídica dada respecto del disfrute sucesivo o no de las prestaciones controvertidas. Respecto de la primera, decir que podría llegar a alegarse que los trabajadores que a los que se extingue su contrato de trabajo estando en situación de incapacidad temporal, maternidad o riesgo durante el embarazo, no están ni en alta ni en situación asimilada al alta, pero ello generalizaría las situaciones de desprotección. De manera que lo más correcto jurídicamente y acertado en términos de justicia material sería asimilar —argumento *a simile*— estos supuestos a la, hoy derogada, situación de invalidez provisional «(...) en la que se produce la baja del trabajador y no se mantiene la obligación de cotizar, si bien se considera situación asimilada al alta a efectos de las prestaciones por desempleo (...)»<sup>39</sup>. Además, el escollo legal que supone la no inclusión de la maternidad y del riesgo durante el embarazo en los supuestos del art. 4 de la Orden que regula la prestación por incapacidad laboral transitoria (hoy IT) en el Régimen General de la Seguridad Social es fácilmente subsanable en el sentido de que «(...) no obedece a una voluntad de excluir(las) en estos casos, sino que se debe a que la norma ha considerado innecesaria esta precisión, porque ha tenido en cuenta el supuesto normal de ILT (hoy IT) con mantenimiento de alta y no el de baja por extinción del contrato de trabajo (...)»<sup>40</sup>. De tal manera que, la sentencia aquí citada, unifica la doctrina contradictoria en este aspecto, en el sentido de que «(...) la protección por maternidad (a la que ahora ha de añadirse la de riesgo durante el embarazo), y en general por ILT (ahora ha de entenderse por IT), puede producirse tras la extinción del contrato de trabajo y entonces lo que se garantiza es el descanso de la mujer trabajadora frente a la necesidad de búsqueda y aceptación de un nuevo empleo (...)»<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> STS de 20 de enero de 1995 (Ar. 1146).

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Según el art. 125 LCSS y concordantes.

Respecto de la segunda, resulta que aplicando la «simultaneidad de situaciones protegidas» a la que antes se aludió resulta que, al final de este largo camino, el período de disfrute que se tuviera reconocido respecto de la contingencia de desempleo ya se habría agotado (con toda probabilidad), cuando, se obtendría un resultado más coherente con el sentido de la ley —ya que se protegen riesgos diferentes por cada una de las prestaciones, por lo que resulta incoherente el descuento— si se optase por interrumpir el disfrute de la prestación en tanto en cuanto persistiesen las contingencias de riesgo durante el embarazo y maternidad, pasando entonces, a disfrutar el período que restase de la prestación por desempleo. Así lo entendieron Desdentado y Mercader <sup>42</sup>, que llamando la atención sobre este extremo respecto de la relación entre prestación por desempleo e incapacidad temporal propusieron seguir la solución planteada en el art. 177 de la LGSS de 1974 (hoy derogada) por cuanto que era más consecuente al prever que el cómputo del período de percepción del subsidio por desempleo quedaba interrumpido y la prestación correspondiente sustituida por la de incapacidad temporal o maternidad.

Sin embargo, y pese a lo lógico de tales argumentaciones, falla un principio de base cual es que las contingencias de maternidad y de riesgo durante el embarazo protegen situaciones bien diferentes entre sí. De tal manera que, mientras que la primera protege el hecho de la maternidad *per se*, la segunda

protege a la trabajadora embarazada y a su feto por la situación de riesgo en la que los sitúa el puesto de trabajo hasta ese momento desempeñado —o cualquier otro que se le ofrezca en el seno de la empresa por razón de la movilidad funcional— sin consecuencias negativas para la salud. De ahí la imposibilidad del disfrute de la nueva contingencia no estando vigente el contrato por haberse extinguido y habiendo generado ya una prestación por desempleo. Así pues, la solución contraria conduciría a supuestos del todo incoherentes con la filosofía de la propia norma que se comenta —protección de la trabajadora y de su feto frente a influencias negativas derivadas de su puestos de trabajo—, además de acarrear un elevado coste social al que, la propia Ley 39/99 no hace frente por los motivos en su momento indicados.

Cosa bien diferente sería que la norma hubiera pretendido abarcar un ámbito material más amplio, no limitado a la protección antes indicada, sino referida a una «política familiar», como ya indicara Rodríguez-Piñero, que precisaría de una instrumentación jurídica más generosa. Pero, con esta precisa norma, la pretensión del legislador ha sido, más bien, propiciar una protección hasta entonces encaminada vía incapacidad temporal y dotarla de un marco jurídico medianamente digno, como en su momento hizo al conceder una silla a aquellas trabajadoras industriales «en estado de buena esperanza». Lo demás quizás esté por venir, más temprano que tarde, dados los problemas demográficos que presenta nuestra realidad.

<sup>42</sup> DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.R.: *El desempleo como situación protegida...*, op. cit., pág. 34.

**RESUMEN:** Con la aprobación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras se han introducido una serie de cambios legislativos que afectando a un considerable número de disposiciones de distinta naturaleza, tienden a compaginar lo más equilibradamente posible la vida familiar y laboral de los trabajadores, especialmente de las trabajadoras.

Algunos de estos cambios han tenido especial incidencia en materia de Seguridad Social, al introducir la Ley 39/1999 una nueva contingencia —modificando la LGSS a través de su Capítulo IV—, la de riesgo durante el embarazo, para aquellos supuestos en los que resultando la movilidad funcional de la trabajadora en la empresa técnica u objetivamente imposible tanto por no existir un puesto de trabajo exento de riesgo para su estado, como por no ser susceptible de adaptación a dicho estado el puesto de trabajo que ocupaba hasta el momento, se precise suspender el contrato de trabajo

El propósito del presente trabajo es analizar las relaciones de compatibilidad e incompatibilidad que pueden presentarse entre prestación por desempleo y riesgo durante el embarazo —junto con sus coetáneos de incapacidad temporal y maternidad— aunque, con carácter previo, se requiera hacer referencia, si bien someramente, al régimen general de incompatibilidades vigente respecto de la prestación por desempleo.