

Quintanilla Navarro, R. Y.
Sempere Navarro, A.V.
Directores

LOS CONTENIDOS LABORALES EN LAS NUEVAS LEYES SOCIALES

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio,
de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Ley 15/2022, de 12 de julio,
integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre,
de garantía integral de la libertad sexual.

Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero,
por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo,
de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Ley 4/2023, de 28 de febrero,
para la igualdad real y efectiva de las personas trans
y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Los contenidos laborales en las nuevas leyes sociales.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio,
de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Ley 15/2022, de 12 de julio,
integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre,
de garantía integral de la libertad sexual.

Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero,
por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo,
de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Ley 4/2023, de 28 de febrero,
para la igualdad real y efectiva de las personas trans
y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970 / 932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial.
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos.

© Los autores

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91544 28 46 – (+34) 91544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykison.es> / <http://www.dykinson.com>

ISBN: 979-13-7006-098-5
Depósito Legal: M-5673-2025
DOI: <https://doi.org/10.14679/3733>

ISBN electrónico: 979-13-7006-465-5

Maquetación:
Besing Servicios Gráficos S.L.
besingsg@gmail.com

Los contenidos laborales en las nuevas leyes sociales.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio,
de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Ley 15/2022, de 12 de julio,
integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre,
de garantía integral de la libertad sexual.

Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero,
por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo,
de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Ley 4/2023, de 28 de febrero,
para la igualdad real y efectiva de las personas trans
y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Quintanilla Navarro, R. Y.
Sempere Navarro, A.V.

Directores

Autores

Alarcón Castellanos, M^a. M.

Boró Herrera, F.

Charro Baena, P.

Duro Carrión, S.

García Gil, M.B.

González García, S.

Lasaosa Irigoyen, E.

Mateos y de Cabo, O. I.

Merino San Román, J. C.

Morales Vállez, C.

Ortiz de Solórzano Aurusa, C.

Pérez Campos, A.I.

Quintanilla Navarro, R. Y.

Ramo Herrando, M. J.

Romeral Hernández, J.

Sempere Navarro, A. V.

Ciencias Jurídicas y Sociales

Ciencias de la Salud

Ciencias Experimentales y Tecnología

Ingeniería y Arquitectura

Arte y Humanidades

Índice

Prólogo	13
Carmen Sánchez Trigueros	
Capítulo I. Las nuevas leyes sociales desde la perspectiva de sus contenidos laborales	19
Quintanilla Navarro, R. Y. - Sempere Navarro, A. V.	
I. INTRODUCCIÓN	20
II. LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA (LOPIVI).....	23
1. Principios internacionales inspiradores	23
2. Una tendencia normativa persistente.....	25
3. Alcance de la LOPIVI	25
III. LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN (LITND)	27
1. Antecedentes y objetivos.....	27
2. Caracteres generales.....	28
3. Motivos de discriminación proscritos.....	29
4. Dinámica de la tutela	42
5. Tipos de discriminación.....	43
6. La acción positiva	46
7. La indemnidad	47
8. Contenidos laborales adicionales.....	50
IV. LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL (LOGILS)	52
1. Alcance general y contexto	52
2. Principales aspectos laborales.....	54
V. LEY ORGÁNICA 1/2023, DE 28 DE FEBRERO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO (LOSSR)	57
1. Caracterización general y contexto.....	57
2. Principales aspectos sociolaborales	58
VI. LEY 4/2023, DE 28 DE FEBRERO, PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS Y PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI (LEY LGTBI)	59

1.	<i>Caracterización general y contexto</i>	59
2.	<i>Principales aspectos sociolaborales</i>	60
VII.	APUNTE FINAL	61
Capítulo II.	Supervisión de la contratación de los centros educativos	65
	Duro Carrión, S.	
I.	INTRODUCCIÓN	65
II.	ANTECEDENTES Y CONTEXTO NORMATIVO	67
III.	PRINCIPIOS Y DERECHOS EN LIZA	71
IV.	DE LA ORGANIZACIÓN EDUCATIVA, LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN Y EL COORDINADOR/A DE BIENESTAR Y PROTECCIÓN	75
V.	DE LA SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE LOS CENTROS EDUCATIVOS	78
VI.	DE LA FORMACIÓN EN SEGURIDAD Y RESPONSABILIDAD DIGITAL	81
VII.	CONCLUSIONES	83
VIII.	BIBLIOGRAFÍA	85
Capítulo III.	Modificación del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social: Incumplir las obligaciones establecidas en el artículo 57.3 de la Ley Orgánica de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia	87
	Morales Vález, C.	
I.	EL ARTÍCULO 57.3 DE LA LOPIVI	87
II.	EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	91
III.	INCIDENCIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS	92
IV.	LA LEY DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL	97
V.	LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR INEPTITUD DEL TRABAJADOR	98
VI.	INCIDENCIA EN LOS PLIEGOS DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO	98
VII.	LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EMPLEADORA	99
VIII.	BIBLIOGRAFÍA	100
Capítulo IV.	Ampliación del ámbito subjetivo de aplicación frente a la igualdad y a la no discriminación y medidas de protección y de garantía en la LITND	101
	Mateos y de Cabo, O. I.	
I.	EL PRINCIPIO BÁSICO DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978, EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA	101

II.	EL PROBLEMA JURÍDICO DEL RANGO NORMATIVO DE LA LITND: ¿ES VERDADERAMENTE INTEGRAL COMO DESARROLLO NORMATIVO DEL ART. 14 CE?	109
III.	LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN FRENTE A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA LITND	116
IV.	LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y DE GARANTÍA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN	125
Capítulo V. Conceptos y categorías jurídicas sobre discriminación y su interpretación		135
Charro Baena, P.		
I.	LAS CATEGORÍAS DE DISCRIMINACIÓN Y SUS CONCEPTOS	135
1.	<i>Discriminación directa y discriminación indirecta</i>	137
2.	<i>Discriminación por asociación y discriminación por error</i>	138
3.	<i>Discriminación múltiple e intersectorial</i>	143
4.	<i>Actuaciones discriminatorias</i>	145
II.	LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA	149
III.	INTERPRETACIÓN DE LA NORMA Y PRINCIPIO DE NORMA MÍNIMA	151
IV.	BIBLIOGRAFÍA	152
Capítulo VI. El acceso al empleo en la LITND		155
Alarcón Castellanos, M ^a . M.		
I.	INTRODUCCIÓN	155
II.	ALCANCE DEL DEBER DE TRATO IGUAL Y LA PROHIBICION DE DISCRIMINAR EN EL ACCESO AL EMPLEO CONTENIDA EN LA LITND	156
1.	<i>Aproximación al deber de igualdad de trato y no discriminación</i>	156
2.	<i>El deber de trato igual y las medidas de discriminación positiva</i>	159
3.	<i>Aproximación a los factores discriminatorios de la LITND</i>	163
4.	<i>Aproximación a los tipos de discriminación a la luz de la LITND</i>	164
III.	ÁMBITOS A LOS QUE ALCANCE LA PROHIBICIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO	167
1.	<i>La dimensión privada en el acceso al empleo</i>	168
2.	<i>La dimensión pública en el acceso al empleo</i>	173
3.	<i>El acceso al empleo autónomo</i>	175
IV.	CONTROL DEL RESPETO DEL DEBER DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR LA LITND Y CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO	175
V.	LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL ACCESO AL EMPLEO	180
1.	<i>La inteligencia artificial y el acceso al empleo</i>	180
VI.	BIBLIOGRAFÍA	184

Capítulo VII. Nuevas obligaciones para las empresas	187
Merino San Román, J. C.	
I. INTRODUCCIÓN	187
II. OBJETIVOS DE LA LITND	189
III. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO DE LA NORMA DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL	190
IV. ACCESO AL EMPLEO POR CUENTA AJENA, PÚBLICO O PRIVADO	193
V. MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y REPARACIÓN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN.....	195
VI. NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....	197
VII. INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN.....	198
VIII. OBLIGACIONES PARTICULARES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL	201
IX. AUTORIDAD INDEPENDIENTE PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN.....	202
X. APUNTE FINAL	204
XI. BIBLIOGRAFÍA	205
 Capítulo VIII. Nuevo papel de la representación legal de la plantilla en materia de responsabilidad social corporativa	207
Ramo Herrando, M. J.	
I. INTRODUCCIÓN	207
II. ASPECTOS LABORALES DE LA LITND	208
III. COMPETENCIAS DE LA RLPT EN MATERIA RETRIBUTIVA	210
IV. NUEVAS COMPETENCIAS DE LA RLPT DERIVADAS DE LA LITND	212
1. <i>Igualdad de trato y no discriminación en la negociación colectiva</i>	212
2. <i>Las acciones de responsabilidad social en la empresa</i>	213
3. <i>Las medidas de acción positiva</i>	216
4. <i>Los códigos de conducta y buenas prácticas</i>	218
5. <i>Especial referencia al colectivo LGTBI</i>	219
V. LAS NUEVAS COMPETENCIAS DE LA RLPT DERIVADAS DE LA LITND SIN REFLEJO EN EL ARTÍCULO 64 ET	221
VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	222
 Capítulo IX. Plan anual de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social	225
Boró Herrera, F.	
I. INTRODUCCIÓN	225
II. PLAN ESTRATÉGICO DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL 2021-2023	226

I.	<i>Eje 1.2 La igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo.</i>	228
III.	PLAN INTEGRADO DE ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL PARA 2023.....	229
IV.	SANCIONES PROPUESTAS POR EL OEITSS EN MATERIA DE IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y DE HOMBRES Y DE OTRO TIPO DE DISCRIMINACIONES (2016-5/2023).....	233
V.	ACTUACIONES EN OTROS COLECTIVOS AFECTADOS POR LA DISCRIMINACIÓN.....	237
VI.	CONCLUSIONES.....	238
VII.	BIBLIOGRAFÍA.....	239
VIII.	ANEXO.....	241
 Capítulo X. Obligaciones empresariales de prevención y sensibilización en el ámbito laboral		243
Romeral Hernández, J.		
I.	CUESTIONES PREVIAS.....	243
II.	OBLIGACIÓN DEL EMPRESARIO DE PREVENCIÓN Y SENSIBILIZACIÓN	245
I.	<i>Ámbito objetivo de la obligación</i>	247
2.	<i>Ámbito subjetivo de la obligación</i>	249
3.	<i>Ámbito espacial</i>	249
III.	MEDIDAS PREVENTIVAS.....	250
I.	<i>Plan de prevención</i>	251
2.	<i>Evaluación de riesgos</i>	252
3.	<i>Información</i>	255
IV.	MEDIDAS DE SENSIBILIZACIÓN.....	256
I.	<i>Formación</i>	256
2.	<i>Código de buenas prácticas</i>	258
V.	GESTIÓN DEL RIESGO.....	260
I.	<i>Protocolos de actuación</i>	260
2.	<i>Resolución de conflictos</i>	261
3.	<i>Sistema de seguimiento y control</i>	264
VI.	COLABORACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES.....	265
VII.	DISTINTIVO EMPRESARIAL.....	267
VIII.	BIBLIOGRAFÍA.....	268

Capítulo XI. Bonificación del 100% de la cuota empresarial si contrata a sustituto/a de víctima de violencia sexual	271
García Gil, M. B.	
I. INTRODUCCIÓN.....	271
II. CONCEPTO DE VÍCTIMA DE VIOLENCIA SEXUAL.....	273
III. BONIFICACIÓN DE LA CUOTA EMPRESARIAL A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL CONTRATO DE SUSTITUTO/A DE VÍCTIMA DE VIOLENCIA SEXUAL.....	277
IV. OTRAS MEDIDAS LABORALES CONTENIDAS EN LA LEY 10/2022.....	281
Capítulo XII. Derechos laborales y de seguridad social de las víctimas de violencia sexual	285
González García, S.	
I. La garantía integral de la libertad sexual.....	285
1. Ámbito de aplicación.....	286
2. El carácter integral y transversal de la norma.....	287
II. Derechos laborales.....	288
1. Derechos reconocidos a las víctimas que trabajan por cuenta ajena.....	289
2. Derechos reconocidos a las víctimas que trabajan por cuenta propia.....	295
3. Derechos reconocidos a las funcionarias.....	296
III. Derechos en materia de Seguridad Social.....	297
IV. Conclusiones.....	303
V. BIBLIOGRAFÍA.....	303
Capítulo XIII. Las nuevas situaciones especiales de Incapacidad Temporal traídas por la Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo	305
Lasaoa Irigoyen, E.	
I. INTRODUCCIÓN.....	305
II. MENSTRUACIÓN INCAPACITANTE SECUNDARIA.....	306
1. Definición.....	306
2. Régimen jurídico: particularidades.....	309
III. INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO.....	312
1. Definición.....	312
2. Régimen jurídico: particularidades.....	314
IV. GESTACIÓN DESDE LA SEMANA TRIGÉSIMO NOVENA.....	315
1. Definición.....	315
2. Régimen jurídico: particularidades.....	317
V. REFLEXIONES FINALES.....	318

Capítulo XIV. Igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI en el ámbito laboral.	
Análisis del art. 14 de la ley LGTBI	321
Pérez Campos, A. I.	
I. INTRODUCCIÓN	321
II. LA PROTECCIÓN JURÍDICO-LABORAL DE LA IGUALDAD DE TRATO DE LAS PERSONAS LGTBI	323
1. <i>Delimitación conceptual</i>	324
2. <i>Antecedentes</i>	326
III. EL PAPEL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA IGUALDAD DE TRATO DE LAS PERSONAS LGTBI.....	332
1. <i>Obligaciones de las Administraciones Públicas</i>	333
2. <i>Medidas de Apoyo y Promoción</i>	338
IV. EL IMPULSO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA PROTECCIÓN DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGTBI.....	343
V. REFLEXIÓN FINAL.....	345
VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	346
Capítulo XV. Integración sociolaboral de las personas trans	349
Ortiz De Solórzano Aurusa, C.	
I. INTRODUCCIÓN	349
II. ENTORNO NORMATIVO	351
III. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS	354
IV. LA INSERCIÓN SOCIOLABORAL DE LAS PERSONAS TRANS EN LA LEY LGTBI	357
1. <i>Medidas en el ámbito laboral para la integración sociolaboral de las personas trans</i>	357
2. <i>La Estrategia estatal para la inclusión social de las personas trans</i>	362
V. CONCLUSIÓN	363
VI. BIBLIOGRAFÍA	365
VII. DOCUMENTACIÓN	366

Capítulo XIII.

Las nuevas situaciones especiales de Incapacidad Temporal traídas por la Ley Organica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo

Lasaosa Irigoyen, E.

Prof. Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

DOI: <https://doi.org/10.14679/3730>

Sumario: I. Introducción. II. Menstruación incapacitante secundaria: 1. Definición. 2. Régimen jurídico: particularidades: 2.1. Periodo de carencia. 2.2. Recaídas. 2.3. Dinámica de la prestación: A) Nacimiento del derecho. B) Pago del subsidio. III. Interrupción del embarazo: 1. Definición. 2. Régimen jurídico: particularidades. 2.1. Periodo de carencia. 2.2. Dinámica de la prestación: A) Nacimiento del derecho. B) Pago del subsidio. IV. Gestación desde la semana trigésimo novena: 1. Definición. 2. Régimen jurídico: particularidades: 2.1. Periodo de carencia. 2.2. Dinámica de la prestación: A) Nacimiento del derecho. B) Pago del subsidio. C) Duración. V. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

La LOSSR vino a alterar no solo la norma que menciona su título sino también algunas otras, entre ellas la TRLGSS¹.

Este cambio en la redacción de la TRLGSS responde al objetivo de reconocer tres nuevas situaciones de incapacidad temporal que están insoslayablemente vinculadas al hecho biológico de ser mujer, para a continuación dotarlas de algunas particularidades respecto de las normas generales que rigen la IT.

1 A través de su disposición final 3ª.

En concreto se trata de las siguientes situaciones especiales de IT:

- Menstruación incapacitante secundaria.
- Interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras se reciba asistencia sanitaria del Servicio Público de Salud y se esté impedida para el trabajo.
- Y embarazo desde el primer día de la semana trigésimo novena.

Para ello la aludida LOSSR ha añadido dos nuevos párrafos al art. 169.1 a) TRRLGSS, precepto que contiene la determinación de lo que constituye situación de incapacidad temporal. En ellos se indica que las tres circunstancias referidas tendrán la consideración de situaciones especiales de IT por contingencias comunes.

Esta modificación en la ordenación de la IT entró en vigor el 1 de junio de 2023, tres meses después de la publicación de la LOSSR, según disponía su disposición final 17^a.

Añádase que la reforma que se comenta en las páginas que siguen no afecta únicamente al Régimen General de la Seguridad Social sino también a los Regímenes especiales: tanto a los de funcionarios², como al Régimen Especial de los Trabajadores del Mar³, al RETA y al Régimen especial de la Minería del carbón⁴.

II. MENSTRUACIÓN INCAPACITANTE SECUNDARIA

1. Definición

La primera situación especial de IT a la que alude el art. 169.1 a) TRRLGSS en su nueva versión es aquella en que pueda encontrarse la mujer en caso de menstruación incapacitante secundaria. Aunque la actual redacción de la TRLGSS no ha incorporado una ulterior definición de esta circunstancia, el Preámbulo de la LOSSR

2 Las disposiciones finales 4^a a 9^a de la Ley Orgánica 1/2023 modifican diversas normas reguladoras de los Regímenes especiales de funcionarios, con la finalidad de introducir en ellas las mismas variaciones incorporadas a la TRLGSS. En concreto se retocan: la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio); la Ley sobre Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia (Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio); el Reglamento General del Mutualismo Administrativo (Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo); el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre); y el Reglamento del Mutualismo Judicial (Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio).

3 La disposición final 11^a de la Ley Orgánica 1/2023 modifica la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

4 En estos dos últimos Regímenes la prestación de IT se reconoce en los mismos términos y condiciones que en el RGSS, salvo algunas particularidades. En este sentido, el Criterio de Gestión del INSS 14/2023, de 1 de junio, aclaraba que las nuevas situaciones de IT “son igualmente aplicables al RETA y al REMC”.

contiene una prolija explicación, aclarando que la menstruación incapacitante secundaria o dismenorrea secundaria es aquella “que se asocia a patologías tales como endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos, o dificultad en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo, pudiendo implicar síntomas como dispareunia, disuria, infertilidad, o sangrados más abundantes de lo normal, entre otros”⁵. Y por su parte, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo sí aporta una definición legal de la menstruación incapacitante secundaria en su art. 2.6: “Situación de incapacidad derivada de una dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada”.

Especial relevancia cobra, en la literalidad del art. 169.1 a) TRLGSS, el adjetivo “secundaria”. Que expresa la idea de que la dismenorrea, es decir el dolor menstrual al que se refiere, ha de venir causado por una enfermedad previa. Si este requisito no se cumple, si el dolor no se produce en el contexto de una patología ya diagnosticada, sino que tiene carácter “primario” (o lo que es lo mismo no está asociado a una patología clínica concreta), no podrá considerarse a la trabajadora en esta situación especial de IT y por tanto no se aplicará las particularidades en el régimen protector que más adelante se expondrán⁶.

Ello no impediría, al menos en teoría, que si la mujer sufriera efectivamente dolores intensos que la incapacitasen para trabajar, su facultativo pudiera prescribirle una baja por IT; pero sería un proceso de IT sometido al régimen general y no una “situación especial”; dicho de otro modo, no se aplicaría el régimen especial de protección⁷.

Al fin y al cabo, previamente a la aprobación de la LOSSR ya era posible (y sigue siéndolo) la concesión de una baja motivada por un dolor menstrual severo incapacitante para el trabajo, sin necesidad de que aquel derive de una patología previamente diagnosticada (como la endometriosis etc.). Conviene recordar en este punto la definición genérica de la IT que recoge la TRLGSS, y que la hace corresponder

5 Enumeración no exenta de críticas; así, afirman FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. y ARMIJO SUÁREZ, O.: “La nueva regulación de la dismenorrea o reglas dolorosas”, Briefs AEDTSS, núm. 15, 2023, p. 5: “tampoco acierta el legislador pues, por un lado, el síndrome de ovario poliquístico no es causa de dismenorrea por lo que sería técnicamente incorrecto y, por otro, que los pólipos sí lo son, pero se suelen operar, luego sería una dismenorrea puntual y solucionable”.

6 Respecto de la distinción entre reglas dolorosas y dismenorreas secundarias *vid.* ESTEVE SEGARRA, A.: “Novedades en materia de incapacidad temporal”, *Labos*, vol. 4, núm. extraordinario, p. 52.

7 “Para estar ante la situación especial, es preciso algún tipo de informe médico que diagnostique la patología y que establezca su relación con la menstruación incapacitante” (ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C.: “Las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes introducidas por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero”, en VV. AA.: *Derecho vivo de la Seguridad Social. VII Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2022*, Laborum, Murcia, 2023, p. 208).

“a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo” (art. 169.1)⁸. Y es que en el supuesto de una trabajadora que acude a su facultativo con dolores severos e incapacitantes, sean del tipo que sean, siempre ha sido posible que este dictase su baja laboral durante los días necesarios, por causa de enfermedad común, en caso de que el tratamiento farmacológico no fuese suficiente para revertir la situación⁹, como sucede con cualquier dolor que pueda estar padeciendo una persona trabajadora. No existía ni existe impedimento para entender que tal circunstancia constituye una enfermedad o lo que es lo mismo, una alteración de la salud, a los efectos de la definición legal de la IT.

En definitiva, el cambio ahora introducido supone otorgar una protección específica a la dismenorrea secundaria, estableciendo algunas reglas particulares en el régimen jurídico de la IT.

Por otro lado, no está de más advertir que el supuesto legal alude expresamente a la menstruación incapacitante secundaria, pero no incluye todas las bajas laborales que puedan estar causadas por aquellas mismas enfermedades ginecológicas que generan la dismenorrea, como la endometriosis¹⁰.

Hay que recordar en todo caso de que el concepto de la IT requiere tradicionalmente de estos tres elementos: alteración de la salud, impedimento para el trabajo y duración limitada en el tiempo. Y que conviene prestar atención al segundo de ellos, la incapacidad para desarrollar el trabajo, para poner de manifiesto que si con la asistencia sanitaria prestada (con los medicamentos prescritos o la terapia que corresponda) se aminora el dolor lo suficiente para poder desarrollar la prestación laboral, no nos encontraremos ante una situación de incapacidad temporal, al no estar la persona realmente incapacitada para el trabajo. Cuestión distinta será, como ocurre en muchas otras patologías, el problema de determinar la gravedad del dolor referido por la paciente.

8 Al margen, claro está, de los periodos de observación por enfermedad profesional que también se consideran IT y a los que se refiere el mismo art. 169.1 TRLGSS en su apartado b).

9 Cfr. RAMOS QUINTANA, M.: “Salud sexual y reproductiva: los nuevos derechos sociales para las mujeres”, Briefs AEDTSS, núm. 14, 2023, p. 1, quien se refiere al síndrome menstrual secundario como uno de los estados biológicos de las mujeres “hasta ahora desatendidos por completo”.

10 Téngase presente que “Muchas pacientes con endometriosis no solo tienen dolor durante la menstruación, sino también durante la ovulación o a lo largo del ciclo, lo que las incapacita durante muchos días del ciclo” (DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. y ARMIJO SUÁREZ, O.: “La nueva regulación de la dismenorrea o reglas dolorosas”, cit., p.3).

2. Régimen jurídico: particularidades

2.1. Periodo de carencia

La primera especialidad que se introduce en el régimen jurídico de la IT para esta situación se refiere a los requisitos de cotización previa.

Con carácter general, está establecido en el art. 172 TRLGSS que para acceder a la prestación de IT, además de cumplir los requisitos generales de afiliación y alta o situación asimilada al alta, es necesario haber cotizado al menos 180 días en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante, siempre que la IT derive de enfermedad común (no exigiéndose ningún periodo previo de cotización en caso de contingencias profesionales o de accidente no laboral).

Pues bien, la LOSSR ha añadido en el citado artículo excepciones relativas a las tres nuevas situaciones especiales de IT con finalidad claramente protectora, buscando facilitar el acceso a la prestación a las mujeres trabajadoras. Concretamente, con relación a la menstruación incapacitante secundaria que ahora nos ocupa, no se exigirá ningún periodo mínimo de cotización, a pesar de su consideración como contingencia común.

2.2. Recaídas

El concepto de recaída, recuérdese, se define en el art. 169.2 TRLGSS. En su virtud, se entiende que el paciente beneficiario de la prestación ha recaído en un mismo proceso de IT cuando se produce una nueva baja médica debida a la misma o a similar patología, dentro de los 180 días naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior.

La calificación de una baja médica como recaída de un proceso anterior de IT tiene una notable relevancia, básicamente porque ambos periodos se suman a los efectos de alcanzar los plazos máximos de duración fijados en el art. 174 TRLGSS (545 días naturales a los que cabe añadir la posibilidad de un periodo posterior de prolongación de los efectos económicos de la IT y solo muy excepcionalmente, de otro de demora de la calificación).

Pues bien, prescribe ahora el art. 169.2 TRLGSS que como excepción, en las bajas médicas por menstruación incapacitante secundaria cada proceso se considerará nuevo, de manera que no se añade a otros anteriores a efectos del periodo máximo de duración de la IT y de su posible prórroga.

Fácilmente se comprende que esta medida está pensada expresamente para una patología muy particular, cuyos síntomas se repiten de manera cíclica aproximadamente cada 28 días.

Y es que si se aplicara la regla general, cada nuevo periodo de baja por menstruación sería una recaída del anterior, al no haber transcurrido más de 180 días, y habría que sumarlos a efectos de alcanzar la duración máxima. Ello podría dar lugar a que se consumiese la duración máxima de la IT aproximadamente al cabo de un par de años, si la condición médica de la trabajadora no mejorase. Si esto ocurriese la trabajadora debería ser examinada (en un plazo de 90 días) a efectos de la posible declaración de incapacidad permanente (art. 174.2 TRLGSS); para a continuación esperar la resolución administrativa, que previsiblemente denegaría la IP. Y entonces solamente podría generarse un nuevo derecho a la prestación de IT cuando hubiesen transcurrido más de 180 días desde la resolución denegatoria de la IP (art. 174.3 TRLGSS).

2.3. Dinámica de la prestación

En general, en la IT derivada de contingencias comunes, prescribe el art. 173 TRLGSS que el subsidio se abonará a partir del cuarto día de baja en el trabajo. Lo que significa que durante los 3 primeros días no se recibe prestación, ni tampoco está obligado el empresario a abonar el salario (cuestión distinta es si la persona trabajadora puede percibir alguna cantidad en concepto de mejora voluntaria convencional o contractualmente establecida)¹¹. Se trata de una previsión cuya finalidad es sobre todo prevenir el fraude por parte de los trabajadores, en las bajas de corta duración.

Además y según el mismo precepto, el subsidio “estará a cargo del empresario” desde el día 4 al día 15 de la baja; lo cual constituye una reseñable particularidad dentro del sistema, puesto que se trata al fin y al cabo de una prestación de la Seguridad Social pero su coste lo tiene que asumir la empresa.

Pues bien, dispone actualmente el retocado art. 173 TRLGSS que en la situación especial de IT por menstruación incapacitante secundaria el subsidio se abonará “a cargo de la Seguridad Social desde el día de la baja en el trabajo”. Ello supone exceptuar tanto la regla general sobre la ausencia de prestación en los 3 primeros días, como la que determina quién debe sufragar la prestación hasta el día 15. Con más detalle:

A) Nacimiento del derecho

El derecho a la prestación comienza el mismo día de la baja en el trabajo.

Con tal medida se busca beneficiar a la mujer que sufre este estado patológico, el cual produce bajas frecuentes de corta duración. Si no se exceptuase la regla general

11 Mientras que en caso de AT o EP la prestación se abona desde el día siguiente al de la baja, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja.

la persona trabajadora quedaría en una situación ciertamente precaria, expuesta a la posibilidad de tener tres días sin ingresos aproximadamente cada 28 días.

Conviene señalar que en este punto la IT por menstruación incapacitante secundaria recibe un tratamiento totalmente específico, ya que no coincide ni con el de la IT por contingencias comunes (en el que hay 3 días sin ingresos como se ha dicho), ni con el de las contingencias profesionales (en el que la prestación comienza al día siguiente al de la baja y no el mismo día como ocurre aquí). Y tampoco se aborda este supuesto igual que las otras dos situaciones especiales de IT, interrupción del embarazo y gestación desde la semana 39, en las cuales, tal y como se verá más adelante, la prestación comienza el día siguiente al de la baja.

Si por convenio colectivo o por contrato se contemplara alguna mejora voluntaria relativa a los 3 primeros días de la baja, habría que estar a su redacción; si bien en principio, cabe entender que tras la modificación de la TRLGSS la mejora ha quedado absorbida por la regulación legal¹². Lo cual resulta extensible a las otras dos nuevas situaciones especiales de IT, en las que como se expone, también se ha adelantado el nacimiento del derecho.

B) Pago del subsidio:

Como ya se ha adelantado, otra salvedad introducida en el régimen jurídico de la IT para esta situación especial consiste en que el subsidio sea a cargo de la Seguridad Social desde el inicio (es decir a cargo del INSS o en su caso de la Mutua que gestione la prestación de IT por contingencias comunes)¹³.

Téngase en cuenta al respecto que tal y como ya se ha dejado dicho, cada menstruación constituye un proceso nuevo de IT y no una recaída, por lo que este tipo de bajas siempre van a estar dentro de los 15 primeros días de la IT (en los cuales, si se aplicara la regla general, la empresa sufragaría el subsidio).

La medida se ha fijado en este caso para beneficiar a la empleadora, evitándole el coste económico que tendría que asumir abonando la prestación de IT, el cual podría redundar incluso en consecuencias indeseables consistentes en retenciones a la hora de contratar mujeres en edad fértil.

Cuestión distinta es el régimen del pago delegado, por el cual la empresa debe anticipar la prestación a la trabajadora en virtud de su obligatoria colaboración en la gestión, que se mantiene al no haber sido alterado por la reforma.

12 Al respecto *vid.* ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C.: “Las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes introducidas por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero”, cit., p. 214.

13 A pesar de que el nuevo art. 173 alude de manera algo imprecisa al pago “por la Seguridad Social”, el Boletín Noticias RED 7/2023, de 16 de mayo aclara que la cobertura va a cargo de “la entidad que proteja la contingencia común de los trabajadores de la empresa”.

III. INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO

1. Definición

El art. 169.1 a) TRLGSS en su párrafo 2º configura como situación especial de IT la interrupción del embarazo, voluntaria o no, añadiendo: “mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo”.

Cabe tildar de reiterativo el último inciso, teniendo en cuenta que la necesidad de recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social y la incapacidad para trabajar constituyen elementos configuradores de la IT con carácter general (y así se expresa en el primer párrafo del mismo precepto)¹⁴.

La alteración de la salud que incapacita a la mujer que ha interrumpido su embarazo (espontánea o voluntariamente) para la prestación de su trabajo puede ser tanto física como, por supuesto, psíquica.

En realidad, lo más relevante en la definición de esta circunstancia es la inclusión de los términos “voluntaria o no” que acompañan a la interrupción del embarazo. Y es que en principio el concepto de IT hace referencia a las enfermedades y los accidentes que se producen de manera involuntaria, por lo que el origen de la contingencia protegida, como regla general, no puede ser una decisión individual de la persona trabajadora¹⁵; lo que ha llevado a la jurisprudencia a considerar que no constituye situación protegida por la IT, por ejemplo, una intervención de cirugía estética¹⁶. Teniendo en cuenta todo ello el legislador ha querido que el art. 169.1 TRLGSS aluda explícitamente al aborto voluntario, para que no quede duda alguna de su consideración como situación protegida por la prestación de IT¹⁷.

14 Aunque tal y como se verá, en la tercera de las situaciones especiales que se han incorporado en la reforma, el embarazo desde la semana 39, ya no se incluye el requisito de estar impedida para el trabajo.

15 Al respecto *vid.* TORTUERO PLAZA, J. L.: “Elementos conceptuales de la incapacidad temporal”, en VV.AA.: *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 885.

16 Por todas, STS de 21 de febrero de 2012 (RJ 2012,8718). Al respecto, la STS de 8 de enero de 2020 (RJ 2020,17) aclara que lo relevante no es que la intervención a la que se haya sometido el paciente esté o no incluida en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, sino que esté motivada por enfermedad o accidente, y no por una decisión de carácter estético.

17 De todos modos cabe señalar que bajo el marco normativo anterior, en la práctica, si una mujer se sometía a una interrupción voluntaria del embarazo y acudía a su facultativo del sistema público para solicitar una baja laboral hasta que se recuperase, lo habitual era que se le prescribiera dicha baja por IT.

También conviene aclarar que, aunque el precepto legal aluda a la necesidad de estar recibiendo asistencia sanitaria del Servicio Público de Salud, lo relevante es que la asistencia médica que se recibe sea controlada por el Sistema Nacional de Salud a través de los correspondientes partes de baja¹⁸, pudiendo ser tratado el paciente por la sanidad privada¹⁹.

Añádase que en la eventualidad de que la interrupción del embarazo se haya producido como consecuencia de un accidente de trabajo (una caída, por ejemplo), o por una enfermedad profesional, lógicamente tendrá la consideración de IT derivada de contingencias profesionales y no le serán de aplicación por lo tanto las particularidades de las nuevas situaciones especiales de IT por contingencias comunes, tal y como explicita actualmente el art. 169.1 a) TRLGSS.

Finalmente, cabe advertir que si se tratara de un aborto espontáneo y el feto tuviera más de 180 días de gestación, sería aplicable la previsión contenida en el art. 48.4 ET: “En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión [de la suspensión por nacimiento y cuidado de menor] no se verá reducido”.

Ello es así porque el art. 8.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, prescribe que lo dispuesto en dicho art. 48.4 ET será de aplicación “aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad²⁰, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días”. Significa ello que, tras sufrir un aborto en la fase avanzada de la gestación, la trabajadora tiene derecho a la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor, así como a la prestación de la Seguridad Social correspondiente a esta contingencia, siempre y cuando reúna los requisitos establecidos para ello en el art. 178 TRLGSS.

18 STS de 8 de enero de 2020 (RJ 2020,17) y más recientemente, STS de 19 de septiembre de 2023 (JUR 2023,366981): “lo decisivo no es si, ante una situación de enfermedad, el tratamiento sea o no financiado por los servicios públicos de salud, sino si de tal enfermedad y tratamiento se deriva una situación incapacitante para el trabajo a juicio de los servicios públicos de salud quienes, a través de sus prescripciones facultativas controlarán la concurrencia del requisito incapacitante según lo previsto reglamentariamente”.

19 “Lo anterior, puede tener una especial relevancia en este ámbito dada la frecuencia con que las interrupciones del embarazo se realizan en centros privados, lo que no impide el acceso a la prestación cuando se cumplan los demás requisitos para ello” (ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C.: “Las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes introducidas por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero”, cit., p. 209).

20 “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno” (art. 30 Código Civil).

Lo anterior genera no pocos interrogantes, en cuanto a la posibilidad de que los periodos de IT por interrupción del embarazo y de suspensión por nacimiento y cuidado de menor se sucedan o se superpongan²¹.

2. Régimen jurídico: particularidades

2.1. Periodo de carencia

Tras la modificación normativa objeto de comentario, la prestación de IT por interrupción del embarazo voluntaria o no queda exceptuada del requisito de cotización previa (fijado con carácter general en 180 días en los últimos 5 años para las contingencias comunes).

Dicho de otro modo, a pesar de la consideración de este supuesto como contingencia común, en este aspecto recibe el mismo tratamiento que las situaciones de IT derivadas de contingencias profesionales; de manera que no se exigirá ningún periodo mínimo de cotización, al igual que ocurre en caso de menstruación incapacitante secundaria, como ya se vio (art. 172 TRLGSS).

2.2. Dinámica de la prestación

A) *Nacimiento del derecho*

En la nueva situación especial de IT por interrupción del embarazo, el subsidio se abonará desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja (art. 173.1 TRLGSS).

Se otorga también, en lo referente a este aspecto, el mismo tratamiento que reciben las situaciones de IT por contingencias profesionales, a pesar de tratarse un supuesto de contingencias comunes (en las cuales la regla general es la ausencia de prestación y de salario durante los 3 primeros días de la baja como ya se indicó).

En cuanto a los motivos del legislador para incorporar esta especialidad en el régimen jurídico de la IT, piénsese que lo más habitual es que una baja por interrupción del embarazo sea de corta duración; aunque la recuperación de la mujer tras un aborto puede tardar más o menos, dependiendo de distintos factores (como lo

21 Como pone de relieve HIERRO HIERRO, F. J.: “Nuevas reglas para la incapacidad temporal: sobre su tramitación telemática y las situaciones especiales establecidas por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 262, 2023 (BIB 2023,893), p. 13.

avanzada que estuviera la gestación o las complicaciones de salud producidas). En consecuencia, la exclusión durante los 3 primeros días podría resultar, en la práctica, en ausencia de protección, lo que sería contrario a la finalidad tuitiva de la mujer trabajadora que ha guiado esta reforma.

B) Pago del subsidio

Según el mismo art. 173.1 TRLGSS correrá a cargo de la Seguridad Social la prestación de IT desde su inicio (es decir desde el día siguiente a la baja). Lo que supone que en este caso (en realidad en las tres nuevas situaciones) no entra en juego la regla general, que es la obligación de que la prestación se abone a cargo de la empleadora hasta el día 15; medida fijada, obviamente, para evitar costes económicos a las empresas.

IV. GESTACIÓN DESDE LA SEMANA TRIGÉSIMO NOVENA

1. Definición

En tercer y último lugar, se considera también situación especial de IT por contingencias comunes la gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésimo-novena.

Significa ello que de las cuarenta semanas que normalmente dura un embarazo que llega a término, las dos últimas semanas dan derecho a la trabajadora a una baja por incapacidad temporal.

Esta incorporación al art. 169.1 a) TRLGSS resulta novedosa, porque no se requiere demostración alguna de que la trabajadora se encuentre incapacitada para seguir desarrollando su trabajo. Con anterioridad a la reforma, siempre cabía la eventualidad de que el facultativo prescribiera la baja al final del embarazo en función del estado de la trabajadora, aplicando la regla general que define la IT como la situación en que de estar impedido para el trabajo por enfermedad (considerándose como tal el cuadro de complicaciones que presentase la mujer en la fase final de su embarazo). Y de hecho era muy frecuente el recurso a esta medida; tanto que el Preámbulo de la LOSSR hace referencia a las “bajas médicas habituales desde el día primero” de esta semana 39.

Todo ello, claro está, al margen de la posibilidad que también existía (y existe) de declarar la situación de riesgo durante el embarazo; que como es sabido no guarda relación con la existencia de complicaciones en la gestación, sino con las características del puesto de trabajo que lo harían incompatible con el hecho de estar embara-

zada (art. 26 LPRL). Como no podría ser de otra manera, la nueva situación especial de IT y la situación de riesgo durante el embarazo son incompatibles, y así se expresa en la actual redacción del art. 173.2 TRLGSS. En su virtud, el subsidio se abonará desde el inicio de la baja hasta la fecha del parto, “salvo que la trabajadora hubiera iniciado anteriormente una situación de riesgo durante el embarazo, supuesto en el cual permanecerá percibiendo la prestación correspondiente a dicha situación en tanto ésta deba mantenerse”²².

También resulta incompatible la nueva situación de IT con el adelanto del disfrute de la prestación por nacimiento y cuidado de menor que se contempla el párrafo 6º del art. 48.4 ET: “no obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto”. Si la mujer embarazada decide hacer uso de esta última facultad, existen varias diferencias respecto de la nueva situación especial de IT: entre ellas la fecha a partir de la cual se puede iniciar el descanso, y lo relativo el cálculo de la cuantía de la prestación (60% de la base reguladora en la IT, frente al 100% de la misma base en nacimiento y cuidado de menor).

Es esta una situación especial de IT que, en suma, no requiere una alteración de la salud de la mujer gestante sino que se refiere a una circunstancia puramente objetiva. De alguna manera, se presume la incapacidad para trabajar en las últimas dos semanas del embarazo. Cabe indicar que este no es el único supuesto de IT que está desligado de la demostración del impedimento para trabajar, ya que este tampoco se requiere en los periodos de observación por enfermedad profesional a los que alude el art. 169.1 b) TRLGSS.

Pero, así y todo, el carácter puramente objetivo de esta situación de IT, así como otros elementos que la conectan con la prestación por nacimiento y cuidado de menor (como la exigencia de los mismos requisitos de carencia), serían argumentos para defender que hubiera sido preferible incorporar este tipo de baja laboral a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, en lugar de encuadrarla dentro de la IT²³. A ello se añade que también se ha criticado esta formulación legal por el riesgo que entraña de volver a “restablecer la analogía entre embarazo y enfermedad, hace tiempo superada”²⁴.

22 Resulta criticable la sistemática de la norma al abordar la incompatibilidad en este precepto, que regula la dinámica de la prestación y lleva por rúbrica “Nacimiento y duración del derecho al subsidio”. En este sentido, ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C.: “Las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes introducidas por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero”, cit., p. 210.

23 ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C.: “Las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes introducidas por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero”, cit., p. 210.

24 Dictamen CES al Anteproyecto de Ley Orgánica 1/2023, de modificación de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

2. Régimen jurídico: particularidades

2.1. Periodo de carencia

A diferencia de las otras dos situaciones especiales de IT, en el caso del embarazo a partir de la semana trigésimo-novena sí se imponen requisitos de cotización previa. En concreto, se aplicarán las mismas reglas que en la prestación por nacimiento y cuidado de menor, según prescribe actualmente el art. 172 TRLGSS.

Lo cual remite al art. 178.1 TRLGSS, que distingue en función de la edad que tenga cumplida la trabajadora en el momento del inicio del descanso (en este caso será al inicio de la situación especial de IT). Cabe recordar que no se exige periodo de carencia a quienes tengan menos de veintiún años; mientras quienes tengan entre veintiuno y veintiséis deben acreditar, alternativamente, 90 días cotizados en los 7 años anteriores o bien 180 días en toda su vida laboral; y por último a quienes hayan cumplido veintiséis años se les exigen o bien 180 días cotizados en los últimos 7 años o bien 360 a lo largo de su vida.

En realidad, aunque en este supuesto se exijan requisitos de carencia, estos vienen a ser más favorables que los propios de la IT por contingencias comunes (180 días en los últimos 5 años), lo que evidencia una vez más el afán tuitivo que ha guiado la ordenación de estas nuevas situaciones.

2.2. Dinámica de la prestación

A) *Nacimiento del derecho*

El subsidio se abonará desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja (art. 173.1 TRLGSS).

Significa ello que esta situación especial recibe el mismo tratamiento que la interrupción del embarazo, ya expuesto anteriormente; y parecido (aunque no idéntico) al supuesto de menstruación incapacitante secundaria, en el que la prestación se abona desde el mismo día de la baja.

Nuevamente estamos ante una contingencia de origen común que se aborda como si se tratara de un AT o EP en lo referente al nacimiento del derecho, en contraste a la regla general para las contingencias comunes (ausencia de ingresos los 3 primeros días). Y ello a pesar de que en esta situación la baja no será, previsiblemente, tan corta como en los supuestos de menstruación incapacitante secundaria o en los de interrupción del embarazo. Nos encontramos, en definitiva, ante una nueva expresión del afán del legislador por proteger específicamente las bajas laborales relacionadas con la fisiología femenina.

B) *Pago del subsidio*

Como en las demás situaciones especiales de IT, la prestación correrá a cargo de la Seguridad Social desde su inicio, es decir desde el día siguiente a la baja (art. 173.1 TRLGSS).

Lo anterior puede suponer un un ahorro de costes considerable para la empresa, que en otro caso tendría que abonar a su cargo la prestación durante los primeros 15 días de la baja, teniendo en cuenta que se trata de una prestación que alcanza a las dos últimas semanas del embarazo siempre que este llegue a término, y que incluso puede alargarse algunos días más si el nacimiento se retrasa respecto de la fecha de salida de cuentas.

C) *Duración*

Según dispone art. 173.2 TRLGSS, el subsidio se abonará desde que se inicie la baja laboral hasta la fecha del parto, en la que comenzará a percibirse la prestación por nacimiento y cuidado de menor. Del mismo modo que sucedía, hasta ahora, en los casos en que se prescribía la IT por el facultativo al final del embarazo.

El mismo artículo alude también a la posibilidad de que la trabajadora hubiera iniciado anteriormente una situación de riesgo durante el embarazo (y continuara en dicha situación cuando llega a la semana treinta y nueve), en cuyo caso permanecerá percibiendo aquella mientras se mantenga la situación de riesgo durante el embarazo. No está de más la incorporación de esta aclaración legal, para despejar las posibles dudas sobre si la trabajadora debería pasar automáticamente a la nueva situación especial al llegar a la semana treinta y nueve.

El hecho de que continúe en riesgo durante el embarazo implica algunas consecuencias, relativas por ejemplo a la cuantía de la prestación (que es el 100% de la base reguladora de la IT por contingencias profesionales). Además, al menos en teoría, cabría la posibilidad de que en la empresa desapareciera la imposibilidad de adaptar las condiciones de su puesto de trabajo que condujo a la suspensión de su contrato, y finalizase por tanto la situación de riesgo durante el embarazo; aunque en la práctica es ciertamente difícil que esto ocurra en una fase tan avanzada de la gestación.

V. REFLEXIONES FINALES

A partir de cuanto se ha expuesto, puede afirmarse que los nuevos supuestos especiales vinculados a la biología femenina no constituyen una absoluta novedad en cuanto a su consideración como situaciones de IT.

Al fin y al cabo, ya antes de la modificación traída por la LOSSR existía la posibilidad de que el facultativo prescribiera la baja laboral si una mujer se encontraba incapacitada para el trabajo a causa de dolores menstruales. Y lo mismo, tras haber

sufrido una interrupción del embarazo (si bien en el caso de que esta fuera voluntaria, podían surgir dudas sobre su calificación como “enfermedad”). Finalmente, en lo referente a la gestación desde la semana trigésimo-novena, en la práctica era habitual pasar a situación de IT en la recta final del embarazo, aunque para ello era necesario que a juicio del médico existiese impedimento para seguir trabajando, mientras que tras la reforma legal la baja se concede de manera automática.

Sin embargo, lo más relevante de la reforma es que estas tres circunstancias tienen ahora una regulación propia y notablemente diferenciada respecto del régimen general de la IT, en lo relativo a los requisitos de acceso a la prestación (que se flexibilizan), al nacimiento del derecho (pues la cobertura se extiende a los primeros días), y al sujeto a cuyo cargo se abona el subsidio (que es la entidad gestora de la SS y no la empresa). Todo ello, con el claro propósito de mejorar la protección social de la mujer trabajadora en edad fértil.

Pero precisamente, debido a las diferencias respecto de la regulación general de la IT en el pago de la prestación, y existiendo además disimilitudes entre los distintos supuestos especiales, se hace necesario que la empresa tenga conocimiento de cuál es la causa de la baja, lo que puede ser problemático desde la perspectiva del derecho a la intimidad de la trabajadora.

No se han establecido particularidades por el contrario en cuanto a las demás características de la prestación, lo que significa que la cuantía sigue siendo igual que en los demás supuestos de IT, es decir el 60% de la base reguladora hasta el día 20 de la baja; y cabe señalar que por la propia naturaleza de estas situaciones, difícilmente su duración alcanzará el día 21 (en cuyo caso el porcentaje pasaría a ser del 75%). Tampoco ha variado en nada la obligación empresarial de cotizar durante la IT, tal y como indica expresamente el art. 144 TRLGSS en su nueva redacción: “La obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, incluidas las situaciones especiales de incapacidad temporal”.

En otro orden de cosas, para seguir progresando en esta línea y mejorar la protección de las situaciones específicamente femeninas que son susceptibles de interferir en la prestación laboral, se ha señalado por la doctrina que podría ser adecuado diseñar mecanismos que permitan la adaptación de los horarios o el paso al teletrabajo de las mujeres durante la menstruación, lo cual podría evitar algunas ausencias. Especialmente, para determinados problemas como la hipermenorrea o sangrado muy abundante refractario al tratamiento²⁵.

También podría plantearse la conveniencia de abordar con la misma finalidad tuitiva la siguiente fase en la vida de las mujeres, es decir la menopausia, tal y como está ocurriendo ya en alguno de los países de nuestro entorno. Así por ejemplo en Reino Unido, a partir de las investigaciones instadas por la Comisión del

25 ESTEVE SEGARRA, A.: “Novedades en materia de incapacidad temporal”, cit., p. 59.

Parlamento de Mujeres e Igualdad²⁶, un grupo de diputadas británicas ha expresado la necesidad de llevar a cabo políticas laborales que protejan especialmente a las mujeres durante esta etapa²⁷.

26 *Vid.* el informe: “Menopause and the workplace”, Women and Equalities Committee, publicado el 28 de julio de 2022 (<https://publications.parliament.uk/pa/cm5803/cmselect/cmwomeq/91/report.htm>).

27 “Workplaces must protect women going through menopause, say MPs”, The Guardian, 25 de Agosto de 2019 (<https://www.theguardian.com/society/2019/aug/25/mandatory-workplace-menopause-policies-uk>).

En la presente obra colectiva se incluyen quince capítulos de trabajo de investigación en profundidad sobre cinco textos normativos relevantes, cuyo punto en común es que incorporan aspectos jurídico-laborales relacionados con la igualdad y no discriminación, en los que conviene detenerse para conocer los cambios que operan en las normas vigentes hasta el momento. Se trata de las Leyes sociales siguientes: Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia; Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación; Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual; Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; y Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Esta obra resultará provechosa para los profesionales del Derecho y las Relaciones Laborales, así como para toda persona interesada en los temas relacionados con la igualdad.

