

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2018/2019



DEL PERMISO POR PATERNIDAD, AL PERMISO POR
NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR.

FROM PERMISSION PATERNITY, TO PERMISSION FOR BIRTH AND
CHILD CARE.

Realizado por Dña. María Herrero Sanz

Tutorizado por la Profesora Dña. Susana Rodríguez Escanciano

ÍNDICE

I. RESUMEN	3
II. OBJETO DEL TRABAJO	4
III. METODOLOGÍA	5
IV. INTRODUCCIÓN	6
V. ORIGEN Y EVOLUCIÓN: PRINCIPALES HITOS DESDE 1931 A 20198	
5.1 Permiso por alumbramiento de la esposa.	8
5.2 Permiso por nacimiento de hijo o hija.	8
5.3 Permiso por maternidad.	9
5.4 Permiso por renuncia o cesión de la madre en favor del padre.	10
5.5 Creación del permiso por paternidad.	12
5.6 Permiso por nacimiento de hijo o hija.	13
VI. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO	15
6.1 Supuesto de hecho	15
6.2 Titularidad del derecho.	16
6.3 Duración de la suspensión del contrato	18
6.3.1 Nacimiento.	19
6.3.2 Adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento	20
6.4 Requisitos formales y modalidades de disfrute	21
6.5 Garantías.	24
VII. EL NUEVO Y VIGENTE SUBSIDIO POR NACIMIENTO A LA LUZ DEL REAL DECRETO LEY 6/2019	26
7.1 Situaciones protegidas	26
7.2 Beneficiarios y requisitos de la prestación	27
7.3 Contenido de la acción protectora	29

7.4 Dinámica de protección.....	31
7.4.1 Nacimiento.....	32
7.4.2 Duración	34
7.4.3 Denegación, anulación, suspensión y extinción	34
7.5 Gestión del subsidio y tramitación de la prestación económica.....	35
7.5.1 Gestión.....	35
7.5.2 Solicitud y resolución	36
VIII. OTRAS MEDIDAS PROTECTORAS	38
8.1 Obligación de cotizar.....	38
8.2 Bonificaciones	38
8.3 Pluriempleo y pluriactividad	39
8.4 Situaciones asimiladas al alta	40
8.5 Prestación exenta de IRPF.....	41
IX. CONCLUSIONES	43
X. BIBLIOGRAFÍA.....	45

I. RESUMEN

Resumen:

Este trabajo presenta los avances que ha sufrido desde sus inicios el antiguo permiso de paternidad, para finalmente convertirse, al igual que el de maternidad, en el actual permiso por nacimiento y cuidado de menor. Se realiza un análisis exhaustivo tanto de la suspensión laboral, como de su correspondiente prestación económica, a la luz del recientemente aprobado Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo. Además, se aporta una visión crítica para cuestionar si con la nueva normativa se ha desaprovechado la oportunidad de incluir determinadas medidas que culminarían el objetivo que persigue: la corresponsabilidad entre hombres y mujeres.

Palabras clave: corresponsabilidad, permisos, otro progenitor, subsidio, RDL 6/2019.

Abstract:

This work presents the advances that the old permission of paternity has suffered since its inception, to finally become, like the maternity, the current permission for birth and child care. An exhaustive analysis is carried out both of their work suspension and of their corresponding economic benefit, in light of the recently approved Royal Decree-Law 6/2019, the 1st of March. In addition, a critical vision is provided to question whether the new regulations have missed the opportunity to include certain measures that would culminate the objective pursued: shared responsibility between men and women.

Key words: shared responsibility, permissions, other parent, subsidy, RDL 6/2019.

II. OBJETO DEL TRABAJO

Una realidad de gran relevancia para la sociedad, como es la protección laboral y social de las personas que deciden tener hijos, merece ser analizada detalladamente. La importancia de su protección no sólo deriva de la aportación demográfica de estas personas a la Seguridad Social, sino también por la influencia que tiene la maternidad y la paternidad en el bienestar y desarrollo personal. Cobra aún mayor importancia tal análisis por el reciente cambio de normativa, derivado de la aprobación del Real Decreto 6/2019, de 1 de marzo.

El presente trabajo se centra en la situación del “otro progenitor”, haciendo hincapié en la importancia de este permiso en tanto en cuanto pretende evitar los perpetuos roles de género, fomentando, en todo caso, la corresponsabilidad entre ambos progenitores.

Pero para poder realizar un correcto examen de la situación actual, se hace necesario saber de dónde venimos, es decir, los antecedentes.

De esta manera, se compararán las nuevas medidas adoptadas con la regulación anterior, pues, solo de esta manera podremos comprender las mejoras que introduce el Real Decreto-ley 6/2019, o valorar, si por el contrario, el legislador, habiendo varias opciones, ha optado por la menos generosa para el posible beneficiario.

Por tanto, el objeto de este trabajo fundamentalmente trata de que se conozca y entienda el régimen jurídico del nuevo permiso por nacimiento y cuidado de menor, el cual unifica conceptualmente lo que antes se denominaba permiso por maternidad y paternidad.

III. METODOLOGÍA

Para la realización del presente trabajo se ha llevado a cabo una metodología mayoritariamente jurídica.

Por ello, antes de nada, se han examinado tanto normas como jurisprudencia. Las primeras siempre obtenidas del Boletín Oficial del Estado, y, en cuanto a la jurisprudencia, la búsqueda se ha efectuado a través de la plataforma de Aranzadi.

En segundo lugar, tras realizar un posible índice con los puntos de interés, mediante la utilización de palabras clave como prestación por paternidad, suspensión por paternidad, corresponsabilidad, conciliación laboral y familiar, nacimiento y cuidado de menor, etc., se han buscado artículos científicos en Dialnet, así como obras monográficas y secciones de libros en el Catálogo de la plataforma de Biblioteca de la ULE, para posteriormente recogerlos en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.

Fueron descartados muchos de los libros y artículos encontrados, a veces por no tener acceso completo a estos, y otras por tratar el tema desde una perspectiva que no era de interés para el trabajo.

En todo caso, se ha dado prioridad a la norma, pues la normativa vigente en esta materia es muy reciente y no hay apenas bibliografía adaptada a ella.

Además, se han analizado diferentes datos estadísticos elaborados por organismos oficiales como el Instituto Nacional de Estadística (INE) y el Instituto de la Mujer.

Finalmente, con toda la documentación utilizada se fue recabando información para posteriormente relacionarla, sistematizarla y conseguir, de esta manera, desarrollar un trabajo adaptado a los objetivos pretendidos.

IV. INTRODUCCIÓN

La maternidad, la paternidad y el cuidado de la familia constituyen elementos de gran relevancia, tanto en el desarrollo de la personalidad y evolución de la sociedad, como en el mantenimiento y progreso en el empleo (Rodríguez Escanciano, 2013).

A pesar de esta importancia, existen desventajas en el ámbito de la integración laboral que se derivan del embarazo y el parto de las mujeres, al ser vistos con frecuencia por las empresas como causa de absentismo en el trabajo, o como motivo de peor rendimiento físico y aptitud para trabajar. Por ello, es indudable que sin la participación del padre en el reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, es complicado el acceso y, sobre todo, la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo (Sagardoy de Simón & Nuñez-Cortés, 2018). Dicho de otra manera, si el hombre asumiera las obligaciones familiares de forma equiparada a la mujer, el empresario no tendría motivo para tratar de modo distinto a las mujeres.

Como bien expresa el voto particular de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional¹, la superación de tal situación de desigualdad exige recurrir a políticas, acciones y disposiciones normativas que protejan la opción por la maternidad de las mujeres trabajadoras, y garanticen que el embarazo no suponga un trato desfavorable en el entorno laboral. Recurrir a ellas se trata, pues, de una exigencia derivada, no solo del artículo 14 de la Constitución española, el cual consagra el principio a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo, sino también de los artículos 9.2 y 39.1 del mismo texto, que confían a los poderes públicos la promoción de las condiciones para que la igualdad del individuo sea real y efectiva y la eliminación de los obstáculos que impidan su plenitud, así como la “*protección social, económica y jurídica de la familia*”. La Constitución española se configura así como la fundamentación básica que legitima la creación de permisos que permitan hacer efectiva la igualdad entre sexos y disfrutar y cuidar de la familia en términos equitativos (Pérez Guardo & Serrano Serrano, 2013).

Pero no es este el único problema al que tienen que hacer frente las llamadas políticas de conciliación. Actualmente España está atravesando una crisis demográfica, resultante del continuo descenso en la natalidad, el aumento de la esperanza de vida y la población envejecida. Los datos que el Instituto Nacional de Estadística nos proporciona respecto

¹ STC, de 17 de octubre de 2018 (Rec. 4344/2017).

los fenómenos demográficos reflejan la seriedad del asunto. En base a los indicadores demográficos del año 2017, fallecen más personas de las que nacen, pues, mientras la tasa bruta de natalidad es de 8,41 nacimientos por mil habitantes², la tasa bruta de mortalidad es de 9,07 defunciones por mil habitantes.

Además, hay que tener en cuenta el descenso en el número de hijos por mujer (1,31 hijos por mujer) y el aumento en la edad media a la que las mujeres tienen su primer hijo, que es de 32,08 años en 2017, la más alta de la historia registrada.

Si bien a corto plazo la sociedad no es consciente de esta problemática, con una visión a largo plazo nos encontramos con que la reducida natalidad de hoy conlleva una escasa población mañana, lo que supone escasos trabajadores, escasas cotizaciones a la Seguridad Social y, por tanto, un peligro para el futuro estado de bienestar social (Sánchez Gonzalez, 2012).

Para recuperar las tasas de fecundidad a niveles aceptables, sería necesario que muchas mujeres tomaran la decisión de tener hijos/as (Castro García & Pazos Moran, 2007). Pero, para ello, la maternidad tiene que dejar de ser un freno, tanto para la realización profesional de las mujeres que académicamente preparadas acceden al mercado laboral, como para las que encuentran incompatible el trabajo y la maternidad. Es imprescindible entender, por tanto, que no se trata solo de la corresponsabilidad en el ámbito familiar, sino de la repercusión externa que la asunción de responsabilidades familiares tiene en el ámbito laboral³.

Por todo lo anteriormente expuesto, es imprescindible la regulación de un permiso por paternidad que tenga como objetivo favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos. No obstante, para que dicho fin se cumpla, es vital que los permisos de maternidad y paternidad sean derechos iguales, intransferibles y compensados económicamente al cien por ciento.

² La tasa bruta de natalidad en 2008 era de 11,28 nacimientos por mil habitantes y, desde entonces, no ha dejado de disminuir.

³ STC, de 17 de octubre de 2018 (Rec. 4344/2017).

V. ORIGEN Y EVOLUCIÓN: PRINCIPALES HITOS DESDE 1931 A 2019

Antes de examinar la protección por paternidad en nuestro vigente ordenamiento jurídico, es vital conocer sus precedentes para entender mejor esta figura jurídica en su configuración actual.

5.1 Permiso por alumbramiento de la esposa.

En sus inicios los padres no existían para la legislación laboral, excepto en las Leyes de Contratos de Trabajo de 1931 y 1944, disponiendo esta última en su art.67 que *“el trabajador, avisando con la posible antelación, podrá faltar al trabajo con derecho a percibir el salario, por tiempo que no exceda de una jornada de trabajo, en caso de alumbramiento de la esposa”*. El hombre gozaba exclusivamente de un día para conocer al recién nacido o nacida, entendiéndose por tanto que era a la madre a quien correspondía su cuidado. Es decir, la mujer cumplía una función reproductiva y de soporte familiar, mientras que al hombre se le encomendaba una función productiva, convirtiéndose en el sostén económico de la familia (Tortuero Plaza, 2006).

En los mismos términos, la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, en su artículo 25.3 b), amplía a dos días esta licencia, que podrán extenderse hasta tres más, cuando el trabajador necesite realizar un desplazamiento al efecto. Sigue siendo una licencia de duración escasa, cuya finalidad es únicamente conceder tiempo al padre para ir al hospital y ocuparse de tramitar la inscripción del neonato en el Registro Civil y en el libro de familia, pero no para su involucración en los cuidados.

5.2 Permiso por nacimiento de hijo o hija.

No es hasta 1980, con el Estatuto de los Trabajadores, aprobado con la Ley 8/1980, de 10 de marzo (en adelante, ET), cuando, en vez de concederse el permiso en *“los casos de alumbramiento de la esposa”*, el cual excluía del derecho paterno a los hijos o hijas extramatrimoniales, se reconoce al trabajador el permiso *“en los casos de nacimiento de hijo”*. Se convierte así en un derecho que adquiere el trabajador por su condición de padre biológico, aunque no en caso de adopción o acogimiento, a no ser que este supuesto venga contemplado por el Convenio Colectivo de aplicación en la empresa del trabajador

(Martínez García, Propuestas para una regulación igualitaria de la protección por maternidad y paternidad, 2018).

Este permiso o licencia por nacimiento de hijo o hija se consagraba en el artículo 37.3. b) ET de 1980 al establecer que el trabajador, previo aviso y justificación, puede ausentarse del puesto de trabajo hasta dos días en los casos de nacimiento de hijo o hija, ampliables a 4 si necesita desplazarse. Es importante destacar que son días naturales, con el correspondiente inconveniente de que su disfrute puede coincidir en días festivos, vacacionales o fines de semana.

Para causar este derecho, se exigía “*previo aviso y justificación*”, es decir, tanto que el trabajador con anterioridad al permiso le comunicara a la empresa su ausencia en el trabajo, bien personalmente, bien mediante llamada telefónica, correo electrónico, etc.; como aportar cuando sea posible, la justificación del hecho del permiso (el nacimiento), y la efectiva utilización del permiso con esta finalidad (Martínez García, 2016).

Por último, era un permiso retribuido por la empresa, es decir, la empresa se hacía cargo del salario y de las cotizaciones de los días que duraba.

De todo lo anterior cabe inferir, en conclusión, que el padre carecía de un derecho propio, al margen de estos dos días, que le permitiera establecer vínculos de convivencia con su hijo durante sus primeros meses de vida sin ver mermada su percepción económica (Rodríguez Escanciano, 2013).

5.3 Permiso por maternidad.

La suspensión por maternidad es uno de los mecanismos más tradicionales de los dispuestos por el legislador para facilitar la protección laboral de la mujer ante la realidad biológica del nacimiento de uno o varios hijos (Rodríguez Escanciano, 2005).

Cabe destacar que, con la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, se otorga a la mujer trabajadora un periodo de descanso laboral de seis semanas antes del parto y ocho semanas después del mismo (artículo 25.4), aumentando de esta manera a 14 las semanas de las que dispone la madre biológica.

Con la entrada en vigor del ET se reguló la suspensión del trabajo por maternidad “*de la mujer trabajadora*” con una duración de catorce semanas intransferibles (seis obligatorias tras parto), no siendo hasta que entra en vigor la Ley 3/1989, de 3 de marzo,

bien avanzada la nueva etapa democrática, cuando se aumenta a dieciséis semanas por permiso de maternidad (ampliándose a dos semanas en caso de parto múltiple) (Martínez García, 2018).

Esta norma es pionera en prever que, en el supuesto de que la madre falleciera, el padre disfrutaría del permiso por maternidad. Además, establece que la madre podrá ceder parte del ejercicio de su derecho al padre. Esta posibilidad es una medida que fomenta la corresponsabilidad entre ambos progenitores.

5.4 Permiso por renuncia o cesión de la madre en favor del padre.

Tanto la Ley de ampliación del permiso de maternidad y favorecimiento de la igualdad de trato de la mujer en el trabajo de 1989, como la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (en adelante, Ley de Conciliación), confieren a la madre la opción de que sea el padre quien disfrute del permiso de maternidad, sin perjuicio de las seis semanas de reposo puerperal obligatorio, en los siguientes términos:

- La Ley 3/1989 establece que el padre podrá disfrutar, a elección de la madre, hasta cuatro de las semanas voluntarias al padre, siempre y cuando ambos cuenten con un empleo⁴ y este período sea tomado al final del permiso maternal (artículo 1.4).
- Posteriormente, también con el propósito de que los padres sean copartícipes en los cuidados y, por ende, la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, el artículo quinto de la Ley de Conciliación modifica el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores ampliando a diez (de las dieciséis que corresponden a la madre biológica) las semanas que pueden ser cedidas al padre. Se permite en este caso el disfrute simultáneo, sin olvidar que la titularidad del derecho es exclusivamente de la madre.

Este permiso que, en principio, nace como un derecho individual de la madre, se convierte en transferible (Pérez Guardo & Serrano Serrano, 2013). Se suprime así el obstáculo real de que únicamente uno de los progenitores accediera a la licencia, lo que provocaba que

⁴ STC, de 19 de mayo de 2011 (Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 3515/2005), deniega en estos términos la prestación solicitada por el padre con ocasión del parto de su esposa, pues resulta necesario que la madre trabajadora esté incluida en algún régimen de la Seguridad Social para así causar derecho a la prestación, ya que nadie puede ceder lo que no tiene.

fuese solamente la madre quien lo disfrutara. Si bien esta medida de conciliación sigue transmitiendo el concepto de padre como colaborador y madre como responsable, al gozar esta última de la titularidad del derecho.

No obstante, “conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (actualmente superada), el traspaso parcial del permiso maternal sólo era posible cuando ambos progenitores, por reunir la condición de trabajadores por cuenta ajena, quedaban incluidos en el ámbito subjetivo de la norma estatutaria y en el Régimen General de la Seguridad Social, motivo por el cual ninguna cesión cabía por parte de las autónomas” (Rodríguez Escanciano, 2013).

No es ocioso recordar que la Ley de Conciliación reconoce en su Exposición de Motivos el importante cambio social que ha causado la incorporación de la mujer al trabajo, haciendo este hecho necesario configurar un sistema que contemple un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada. Se convierte así la Ley 39/1999 en la primera normativa explícita referente a la conciliación (Armijo Garrido, 2018).

Pero el permiso de maternidad transferible no es la única novedad que regulan ambas leyes, sino que también introducen importantes modificaciones respecto los permisos en relación a la adopción y el acogimiento:

- Es en la Ley 3/1989, donde se incluye por primera vez como beneficiarios del permiso a los adoptantes, se modifica el artículo 48.4 ET, de modo que queda redactado de la siguiente forma: *“En el supuesto de adopción, si el hijo adoptado es menor de nueve meses, la suspensión tendrá una duración máxima de ocho semanas, contadas a partir de la resolución judicial por lo que se constituye la adopción. Si el hijo adoptado es menor de cinco años y mayor de nueve meses, la suspensión tendrá una duración máxima de seis semanas. En el caso de que el padre y la madre trabajen, sólo uno de ellos podrá ejercitar este derecho”*.
- En cuanto la Ley de Conciliación, también modifica a través de su artículo quinto el artículo 48.4 ET, incluyendo el acogimiento en este supuesto, y sin hacer ninguna distinción en la edad del menor para determinar la duración del permiso, siempre que sea menor de seis años o mayor de esta edad si tiene alguna discapacidad o minusvalía.

5.5 Creación del permiso por paternidad.

Como relevante novedad, y en aras de erradicar todas las manifestaciones de discriminación por razón de sexo, tanto directa como indirecta, se adopta la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (en adelante, LOI) para así transponer la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002⁵.

Con la finalidad de corresponsabilidad paterna, y definido por su Exposición de Motivos como la medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, la LOI reconoce los siguientes derechos paternos:

- Derecho del padre a disfrutar de la totalidad del permiso de maternidad en caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo (disposición adicional décimo primera, mediante la cual se modifica el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores).
- Derecho a la suspensión del contrato por maternidad si la madre no tiene acceso a la prestación (disposición adicional décimo primera, mediante la cual se modifica el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores).
- Crea el permiso de paternidad de trece días de duración, abonados por la Seguridad Social, y ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo.

Se establece así un derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento familiar, tanto sea permanente, preadoptivo o simple y aun cuando tenga la consideración de provisional⁶.

Esta licencia por paternidad proporciona numerosas ventajas, tanto para la familia, al promover la integración de la unidad familiar a través de la corresponsabilidad, como para las mujeres trabajadoras, pues se reduce la discriminación laboral que sufren por ausentarse del trabajo a consecuencia de la maternidad (Martínez García, 2018).

⁵ Esta norma se entiende implícitamente derogada por la Directiva 2006/54, de 5 de julio, siendo efectivamente derogada el 15 de agosto de 2009.

⁶ STSJ País Vasco, de 11 de diciembre de 2017 (Rec. 2168/2017)

A todo lo anterior, debe añadirse el ya mencionado permiso de dos días previsto anteriormente en el artículo 37.3. b) del Estatuto de los Trabajadores⁷, siendo en este caso la empresa quien asumía el salario y las cotizaciones. Ambos permisos obedecen a distintas finalidades. Si bien el permiso retribuido de dos días busca que el padre acompañe a la madre en el alumbramiento y hospital, la suspensión del contrato persigue la corresponsabilidad como se ha mencionado anteriormente.

No obstante, el legislador fue consciente tanto de la escasez de esta duración, inadecuada para alcanzar la finalidad que pretendía la LOI. Por ello, se estableció en la Disposición Transitoria Novena de dicha Ley, una ampliación de la suspensión del contrato de trabajo por permiso de paternidad de forma progresiva y gradual, hasta alcanzar cuatro semanas, a los seis años de su entrada en vigor. Antes de que llegara la fecha estipulada se elaboró la Ley 9/2009, la cual en su art.1 y Disposición Final Segunda, pospuso esta ampliación al 1 de enero de 2011. Sin embargo, también para evitar un incremento del gasto público, las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado fueron posponiendo⁸ su aplicación, que finalmente entraría en vigor el día 1 de enero de 2017 (Serrano García, 2019). El motivo de tantos retrasos fue la crisis económica, manifestándose así que la corresponsabilidad era prescindible en tiempo de crisis, en vez de considerar que las desigualdades no deben esperar.

5.6 Permiso por nacimiento de hijo o hija.

Como consecuencia de los resultados ínfimos de la LOI, cuyo objetivo era garantizar el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, eliminando toda discriminación de las mujeres, resultó necesaria la redacción del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, el cual será analizado a lo largo del trabajo, y cuya novedad principal es equiparar de forma progresiva la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores. Tal y como

⁷ Por el artículo 2.9 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, se modifica el artículo 37.3. b) ET, suprimiéndose el permiso por nacimiento de dos días.

⁸ La entrada en vigor del permiso de paternidad de cuatro semanas ha sido pospuesta por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, hasta el 1 de enero de 2012; por el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, hasta el 1 de enero de 2013; la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, hasta el 1 de enero de 2014; la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, hasta el 1 de enero de 2015; la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, hasta el 1 de enero de 2016. Por último, a través de los Presupuestos Generales del Estado de 2016, se demora hasta el 1 de enero de 2017.

establece su Exposición de Motivos, esta equiparación responde a la existencia de una clara voluntad de demanda social, estando obligados los poderes públicos, en virtud de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, a no desatenderla.

En definitiva, la evolución del actual permiso por nacimiento de hijo o hija, antiguo permiso de paternidad, ha sido lenta, antaño por los perpetuos roles de género, que asignaban a las mujeres en las tareas domésticas y en el cuidado de los hijos e hijas, mientras que los hombres eran quienes trabajaban y sustentaban la familia; y actualmente, aun cuando la sociedad cada vez es más consciente de que la conciliación familiar y laboral no es una tarea exclusiva del género femenino, es la preocupación por la financiación de las políticas de igualdad la que origina que se retrase y posponga una cuestión que no puede demorarse, la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

VI. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO

En el ET se recogen las causas y efectos de la suspensión contractual. Concretamente, el nuevo artículo 45.1.d)⁹ dispone que *“el contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas: (...) nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen (...)”*. Conforme al artículo 45.2 del mismo texto legal¹⁰, la suspensión implica la pérdida temporal de empleo y salario. Debido a su carácter temporal, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado (artículo 48.1 ET).

Esta causa de suspensión de trabajo se encuentra desarrollada en los apartados cuatro y cinco del artículo 48 ET, también modificados por el vigente Real Decreto-ley 6/2019, el cual introduce novedades importantes que a continuación se analizarán.

6.1 Supuesto de hecho

Las situaciones protegidas por la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor son las siguientes:

- a) Nacimiento de hijo, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses.
- b) Adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año. Deberá de tratarse de:
 - menores de seis años;
 - o mayores de seis años, pero menores de edad, que padezcan alguna discapacidad¹¹ o, que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

⁹ Recientemente modificado por el artículo 2.10 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo. Anteriormente, entre las causas de suspensión del contrato de trabajo, se citaba de forma expresa la suspensión del contrato por maternidad y paternidad. Sin embargo, la regulación vigente las unifica sin hacer distinción entre ambas suspensiones.

¹⁰ *“La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo”*.

La expresión “nacimiento de hijo” ha suscitado problemas interpretativos, pues, si se atiende a la literalidad del precepto, por tales términos cabría entender exclusivamente los procesos de gestación llegados a término, pudiéndose cuestionar que estuvieran comprendidos los casos de muerte de hijo intrauterina o acaecida en el momento del parto (Moreno Gené, 2018). Si bien es cierto que dicha cuestión resultaba más problemática con la redacción original del artículo 30 del Código Civil, el cual exigía que el feto viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno¹².

En la actualidad, debido a la disposición final 3 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, el artículo 30 del Código Civil únicamente exige el entero desprendimiento del seno materno. Esta nueva redacción no plantea especiales dificultades interpretativas, siendo el hecho causante el nacimiento, con independencia del fallecimiento posterior del recién nacido¹³. En este sentido se recoge en el artículo 48.4 ET, el cual establece que “*en el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión no se verá reducido (...)*”.

6.2 Titularidad del derecho

La titularidad del derecho al descanso por nacimiento y cuidado de menor, conforme al artículo 48.4 ET, es individual de la persona trabajadora, es decir, su titular no puede transferir su ejercicio al otro progenitor. Además, también es originaria, en cuanto es totalmente independiente a la situación del otro progenitor.

En el supuesto de nacimiento, se abandona la terminología de padre y madre y, el titular, y, por tanto, a quien corresponde la suspensión, es en exclusiva al “*progenitor distinto de la madre biológica*”, también denominado en la ley como “*otro progenitor*”. Cabe

¹² STSJ País Vasco, de 9 de diciembre de 2010 (Rec. 2484/2010), resuelve respecto la denegación de una prestación de paternidad por no cumplirse las condiciones del antiguo artículo 30 del Código Civil, pues el feto falleció antes de transcurrir las veinticuatro horas exigidas. Dicha sentencia no considera aplicable este artículo porque considera que la regulación de los efectos civiles y derechos de las personas nacidas (art.30 CC) no puede condicionar el derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, protegido por las normas reconocedoras de la prestación de paternidad y, por ello, entiende que sí procede reconocer la prestación.

¹³ STSJ Asturias, de 17 de abril de 2018 (Rec. 3096/2017), resuelve respecto la denegación de una prestación de paternidad por haber nacido la niña en condiciones desfavorables de apnea, hipotonía, palidez y bradicardia extrema, y sin que fueran efectivas las maniobras de reanimación, lo que produjo su muerte. El Tribunal tiene claro que la situación protegida es únicamente el nacimiento de hijo con vida, sin que la prestación se condicione a otra circunstancia.

resaltar estas formas de referirse al titular del derecho porque, aunque sea el supuesto más generalizado en la práctica, el padre no es únicamente quien puede ostentar tal condición.

De esta manera, el matrimonio entendido como unión entre un hombre y una mujer queda difuminado, y se abre el abanico de posibilidades a las nuevas realidades, permitiéndose así que el cónyuge o pareja de hecho de la madre biológica en uniones homosexuales también pueda ser titular de este derecho (Pérez Castillo, 2007).

No obstante, esta amplitud terminológica puede ser motivo de controversia en determinados supuestos, como son los matrimonios entre mujeres en los que la paternidad esté determinada, o incluso cuando se trate de un matrimonio heterosexual, pero el padre biológico sea otro hombre distinto al cónyuge o pareja de hecho existente en el momento del nacimiento, que reconoce o asume su paternidad (Fernández Collados, 2008).

En cuanto al supuesto de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, lo primero a resaltar es la importante reforma que ha sufrido en cuanto a la titularidad del derecho se refiere. Mientras anteriormente este derecho correspondía sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados, en la actualidad, gracias al Real Decreto-ley 6/2019 ya mencionado en numerosas ocasiones, el derecho a la suspensión es para cada adoptante, guardador o acogedor (artículo 48.5 ET).

Por tanto, cabe destacar que, en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento llevado a cabo por una única persona, esta no podrá acumular lo que le correspondería al otro adoptante. No obstante, en caso de fallecimiento de la madre biológica, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad de semanas previstas para la madre biológica o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, computado desde la fecha del parto (apartado dos de la disposición transitoria decimotercera del ET)¹⁴. En este último caso resulta posible la acumulación de ambas situaciones, pudiendo haberse producido el fallecimiento de la madre en el momento del parto o breves días después, tratándose en definitiva de una unidad familiar monoparental, si bien sobrevinida (Pérez Castillo, 2007).

¹⁴ Este derecho causado por el fallecimiento de la madre biológica tendrá vigencia en tanto no se produzca la total equiparación en los periodos de suspensión de ambos progenitores.

De este modo, es posible que las familias monoparentales se encuentren en una situación discriminatoria.

Desde otro punto de vista, es preciso mencionar que son titulares de este derecho no solo los trabajadores por cuenta ajena, sino también los funcionarios de la Administración Pública y los trabajadores por cuenta propia. Se regirán por su normativa específica, es decir, por el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015 y por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo respectivamente.

6.3 Duración de la suspensión del contrato

La duración de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor es uno de los elementos que más reformas ha sufrido desde su institución en la LOI, pero, sin duda, la realizada por el reciente Real Decreto-ley 6/2019 ha sido la más importante en cuanto la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres y en la corresponsabilidad entre ambos progenitores.

Como así lo expresa su Exposición de Motivos, esta norma equipara de forma progresiva y gradual la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores, respondiendo de esta manera a la existencia de una clara voluntad y demanda social.

Esta medida conlleva la eliminación del permiso retribuido por nacimiento que contemplaba el artículo 37.3.b) ET.

Además, a efectos del cómputo de los días de descanso por nacimiento y cuidado de menor que correspondan en cada caso, se trata de días naturales, incluyéndose en su cómputo, por tanto, domingos y días festivos, y no de días laborales¹⁵ (Lousada Arochena, 2008).

A la hora de establecer la duración de la suspensión, el artículo 48 ET distingue entre los supuestos de nacimiento y los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

¹⁵ Cabe resaltar la STS, de 13 de febrero de 2018 (Rec.266/2016), en cuanto establece que cuando el supuesto de hecho se produzca en día feriado, el día inicial para el disfrute del permiso por nacimiento de hijo o hija de dos días debe ser el primer día laborable que le siga. No obstante, en la actualidad ya no existe tal permiso, por lo que esta resolución debemos extrapolarla a la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor.

6.3.1 Nacimiento

Conforme al artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, “*el nacimiento suspenderá el contrato de trabajo distinto de la madre biológica durante dieciséis semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas inmediatamente posteriores al parto (...)*”. Si bien, como ya se adelantó, este artículo será de aplicación gradual obedeciendo a las reglas que establece la disposición transitoria decimotercera del mismo texto legal, el periodo de aplicación paulatina es el siguiente:

- Desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, es decir, desde el 1 de abril de 2019, el otro progenitor cuenta con ocho semanas de suspensión de contrato. Serán de obligado disfrute las dos semanas siguientes al parto, y la madre biológica únicamente podrá cederle hasta cuatro semanas de su periodo de suspensión no obligatorio¹⁶.
- A partir del 1 de enero de 2020, le corresponderán doce semanas, siendo obligatorias las cuatro primeras. La madre biológica le podrá ceder hasta dos semanas de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio.
- Por último, a partir del 1 de enero de 2021 se producirá la total equiparación en los periodos de suspensión del contrato de trabajo de ambos progenitores, siendo de aplicación íntegra el artículo 48.4 ET. Cada uno de ellos contará con seis semanas de permiso obligatorio.

No obstante lo anterior, se ampliará la duración correspondiente en cada caso en los siguientes términos:

- a) Si el parto fuere prematuro con falta de peso o si el neonato precisara hospitalización por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, computándose a uno de los dos progenitores (artículo 48.4 ET). Se manifiesta disconformidad por parte de APREM (Asociación de Padres de Niños Prematuros), pues según su vicepresidenta, las niñas y niños prematuros son los que presentan más dificultades dentro de los neonatos, no pudiendo ir a la guardería durante los dos primeros años de vida,

¹⁶ Con anterioridad al Real Decreto-ley 6/2019, la madre biológica tenía la posibilidad de ceder al otro progenitor todo su periodo de suspensión no obligatorio, es decir, diez semanas.

además de necesitar cuidado médico prolongado. Por ello, se hace prioritario que los progenitores tengan unos permisos laborales más largos (Martínez García, 2016).

- b) Una semana para cada progenitor, por cada hijo o hija, a partir del segundo, en caso de nacimiento múltiple.
- c) Una semana para cada progenitor en caso de discapacidad del hijo o hija.

Destaca la obligatoriedad de simultanear las seis primeras semanas de permiso, en vez de, una vez recuperada la madre del parto, alternar dicha suspensión para que así se prolongue el tiempo en que el hijo o hija pasa en casa con uno de los progenitores. Simultaneando los permisos puede conseguirse el efecto contrario al pretendido, reforzar la figura de la madre cuidadora y del padre ayudante. En este sentido, la “Plataforma por los Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción” (PPiiNA) defiende la obligatoriedad de simultanear el permiso, pero únicamente en las dos primeras semanas inmediatamente posteriores al parto (periodo de recuperación de la madre), para de esta manera permitir a las parejas turnarse el máximo tiempo posible, fomentando así la corresponsabilidad.

Cabe recordar que ya la LOI previó una ampliación progresiva y gradual en la duración del permiso de paternidad, pero también cabe recordar, que dicha ampliación se fue posponiendo mediante sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Por ello, aunque la equiparación de los permisos sea una medida intachable, sí lo puede ser su aplicación progresiva, que vuelve a demorar un derecho imprescindible para la igualdad real entre hombres y mujeres.

6.3.2 Adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento

Respecto a la duración en supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, de acuerdo con el artículo 48.5 ET, “*la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas para cada adoptante, guardador o acogedor*”. Al igual que en el caso de nacimiento, este artículo tendrá una aplicación gradual y progresiva hasta, finalmente, ser aplicado íntegramente. Será de aplicación conforme a las siguientes reglas (disposición transitoria decimotercera ET):

- Desde el 1 de abril de 2019, cada progenitor dispone de un periodo de suspensión de seis semanas de disfrute obligatorio. Además, cuentan con un total de doce

semanas a distribuir entre ambos, de las cuales uno de los progenitores podrá disfrutar individualmente de un máximo de diez, quedando al menos dos a disposición del otro progenitor.

- A partir del 1 de enero de 2020, junto a las seis semanas de disfrute obligatorio, los progenitores contarán con dieciséis semanas de disfrute voluntario, manteniéndose las diez semanas como tope máximo de disfrute individual.
- Será a partir de 2021 cuando se aplique el artículo 48.5 ET, el cual establece dieciséis semanas para cada uno, de las cuales seis semanas serán obligatorias.

Cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, es decir, en los supuestos de adopción internacional, el periodo de suspensión podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes del hecho causante.

En lo referente a la ampliación de la suspensión:

- a) Una semana para cada progenitor, por cada hijo o hija, a partir del segundo, en caso de adopción múltiple.
- b) Una semana para cada progenitor en caso de discapacidad del hijo o hija.

6.4 Requisitos formales y modalidades de disfrute

La Ley impone al otro progenitor cuándo y cómo deberá disfrutar de las semanas obligatorias. En cuanto a la primera cuestión, las semanas obligatorias deberán ser disfrutadas ininterrumpida e inmediatamente después:

- a) Del parto (artículo 48.4 ET), en caso de nacimiento biológico.
- b) De la resolución judicial por la que se constituye la adopción (artículo 48.5 ET).
- c) De la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento (artículo 48.5 ET).

Al contrario que a la madre biológica, al otro progenitor no se le da la posibilidad de anticipar el ejercicio de su derecho antes de la fecha previsible del parto. Parece que el legislador haya considerado que la implicación del padre en la asunción de las “obligaciones” familiares derivadas del nacimiento del hijo sería más efectiva si el disfrute del descanso por paternidad es posterior al nacimiento del hijo (Lousada Arochena, 2008).

No reconocer la facultad de adelantar la suspensión puede que tuviera más sentido cuando el padre tenía un permiso de duración tan corto, pues si parte de este lo adelantara se agotaría, y consecuentemente casi no tendría días para estar con el niño o niña cuando naciera. Sin embargo, con la pretendida equiparación de los permisos, obedeciendo a la finalidad de atender a la madre en los días anteriores al parto, quizás hubiera sido conveniente que también se hubiera previsto la posibilidad de su ejercicio con anterioridad al parto (Beltrán de Heredia Ruiz, 2007).

Respecto la segunda cuestión, el cómo, tanto el artículo 48.4 ET para el nacimiento, como el artículo 48.5 ET para la adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, obligan al otro progenitor a disfrutar las semanas obligatorias a jornada completa. Es el mismo artículo 48.4 ET al que justifica esta imposición remitiéndose a los deberes establecidos en el artículo 68 CC: *“compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”*. No sorprende esta justificación, pues la intención del artículo y de las numerosas leyes que lo han modificado es precisamente alcanzar, permítase la reiteración, la corresponsabilidad entre progenitores en el cuidado de sus hijos o hijas. Llama la atención, no obstante, que el legislador no se reitere en cuanto al supuesto de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento.

Una vez cumplidos los requisitos exigidos para poder ejercer el derecho a la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor, el único deber al que se obliga al trabajador es comunicar al empresario¹⁷ su condición de titular de tal derecho. No se trata, por tanto, de solicitar al empresario la autorización para poder disfrutar del derecho, sino de una mera comunicación de que se va a disfrutar del mismo (Moreno Gené, 2018).

En el caso de que surjan discrepancias entre el trabajador y la empresa al respecto, se resolverán en la jurisdicción laboral, al ser aplicable al permiso por nacimiento y cuidado de menor, en su condición de derecho de conciliación, lo dispuesto en la disposición adicional decimoctava del Estatuto de los Trabajadores (Martínez García, 2018).

Si bien con anterioridad al Real Decreto-ley 6/2019 el Estatuto de los Trabajadores no concretaba la antelación con la que se debía notificar al empresario el ejercicio del

¹⁷ En virtud de los apartados cuatro y cinco del artículo 48 ET: *“La persona trabajadora deberá comunicar a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos”*.

derecho, pues se limitaba a establecer que tendría que ser con “*la debida antelación*”, la nueva regulación sí dispone que deberá de comunicarse con una antelación mínima de quince días. Ha sido acertada esta reforma, pues la interpretación de “*debida antelación*” puede plantear problemas.

Una vez disfrutadas las semanas obligatorias, los progenitores tendrán total libertad para elegir si quieren disfrutar las semanas restantes simultáneamente, o bien prefieren alternarse para que así el menor esté mayor tiempo asistido. A tal efecto los apartados 4 y 5 del artículo 48 ET disponen que “*(...) podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en periodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida (...)*”. De lo más relevante en el nuevo permiso por nacimiento y cuidado de menor es la posibilidad de fraccionamiento por semanas completas a partir del cumplimiento de las seis semanas obligatorias (Ballester Pastor, 2019).

A pesar de este amplio margen de libertad, los progenitores deberán tener en cuenta que, conforme a estos mismos preceptos, no podrán ejercer el derecho de suspensión del contrato por permiso de nacimiento y cuidado de menor a partir de que el hijo o hija cumpla doce meses; o fuera de los doce meses siguientes a la resolución judicial por la que se constituya la adopción o bien a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento.

Por último, cabe hacer referencia a la posibilidad que tienen los progenitores de decidir si prefieren disfrutar en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial las semanas no obligatorias de la suspensión del contrato. Esta posibilidad se otorga para ambas situaciones protegidas (artículos 48.4 y 48.5 ET), aunque es conveniente resaltar que no siempre ha sido abordada en los mismos términos. La redacción originaria contribuía a consolidar la figura de la madre cuidadora del hogar y el padre como un mero colaborador, pues, mientras en el caso de la paternidad la jornada a tiempo parcial no podía ser inferior al cincuenta por ciento de la correspondiente a un trabajador tiempo completo (artículo 48.7 del antiguo ET), en el caso de la maternidad no había límite alguno. El legislador, consciente de la discordancia evidente de la finalidad de la ley (conciliación de la vida familiar y laboral) respecto de lo establecido en el antiguo artículo 48.7 ET, mediante la reforma realizada por el Real Decreto-ley 6/2019, eliminó esta reducción mínima de la jornada. Es decir, si se trata de flexibilizar la conciliación de la

vida familiar y laboral, ¿por qué establecer un límite mínimo de un 50% de reducción de jornada? (De Gea Guillén, 2008).

En este sentido los artículos 48.4 y 48.5 ET establecen que “(...) *podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente*”. Además de lo anteriormente expuesto, cabe destacar dos puntos de estos preceptos:

- La facultad de ejercer el derecho de suspensión del contrato en régimen de jornada parcial queda subordinada al acuerdo entre el empresario y el trabajador. Si no llegaran a acuerdo, cabe acudir otra vez a la disposición adicional decimoctava del ET, es decir, la jurisdicción social será la competente para conocer del asunto.
- El desarrollo reglamentario se encuentra en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. Teniendo en cuenta que solo ha sido modificado por el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, es imposible que se adecue a la nueva y vigente regulación que establece el Real Decreto-ley 6/2019. Por ello, cabe entender que queda derogado conforme a la disposición derogatoria única de la normativa vigente, la cual establece que “*quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan o contradigan lo dispuesto en el presente real decreto-ley*”. Habrá que esperar, por tanto, a que el Gobierno dicte cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo del Real Decreto-ley 6/2019 (disposición final primera).

6.5 Garantías

Como mecanismo de protección de los trabajadores que ejercen su derecho a la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor se prevén diferentes derechos o garantías (Moreno Gené, 2018).

Porque, como bien establece el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹⁸, el reconocimiento de un derecho como es el permiso por nacimiento y cuidado de menor, en parte de carácter voluntario, que abre a los trabajadores nuevas posibilidades para compatibilizar el trabajo y la vida familiar, de nada serviría, si no llevara aparejados mecanismos de tutela que eviten los perjuicios derivados de su disfrute.

¹⁸ STSJ Andalucía, de 5 de octubre de 2010 (Rec. 2485/2010).

A estos efectos, el legislador ha ido incorporando las siguientes garantías merecedoras de atención particular:

En primer lugar, y constituyendo el efecto fundamental, como regla general, de la suspensión de contrato, el artículo 48.1 ET establece que *“al cesar las causas legales de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado (...)”*. Es decir, el progenitor, una vez haya disfrutado del permiso que le corresponde, tiene derecho a que la empresa le reincorpore en el mismo puesto que tenía antes de producirse el supuesto de hecho.

En segundo término, el artículo 48.9 ET dispone que *“los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato (...)”*. Con mejora cabe entender, por ejemplo, que el periodo de suspensión de contrato computa a efectos de antigüedad, en cuanto esta influye en derechos de los trabajadores (indemnización por despido, plus de antigüedad, excedencia voluntaria, promoción, para ser elegibles y electores en las elecciones sindicales, etc.) (Martínez García, 2016).

La tercera medida a la que merece la pena aludir es a la recogida en el artículo 38.3 ET¹⁹. Tal previsión determina las consecuencias de la coincidencia del periodo vacacional con el disfrute del descanso por nacimiento y cuidado de menor (Martínez Moreno & Castro Argüelles, 2008). El trabajador sí podrá compatibilizar las vacaciones con la suspensión del contrato, pues tiene derecho a cambiar la fecha en el que disfrutará de ellas. Este precepto se encuentra reforzado con sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como la del caso Merino Gómez²⁰, o del Tribunal Supremo, como la de 24 de junio de 2009, la cual unifica doctrina²¹.

Por último, con el mismo ánimo garantista, el artículo 53.4 ET declara la nulidad del despido no solo cuando se produzca durante el periodo de suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor, sino también cuando una vez reincorporado el trabajador, no hubieran transcurrido más de doce meses²² desde que se produjo el supuesto de hecho.

¹⁹ *“cuando el periodo de vacaciones (...) coincida en el tiempo (...) con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en los apartados 4, 5 y 7 del artículo 48, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta”*.

²⁰ STJCE, de 20 de enero de 2009.

²¹ Rec. 1542/2018.

²² El Texto original establecía que no hubieran transcurrido más de nueve meses.

VII. EL NUEVO Y VIGENTE SUBSIDIO POR NACIMIENTO A LA LUZ DEL REAL DECRETO LEY 6/2019

La efectividad de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de menor se respalda en la correspondiente prestación de Seguridad Social que lleva aparejada (Fernández Collados, 2008).

El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, no sólo procede a cambiar la denominación de las que hasta el momento se conocían como prestaciones por maternidad y paternidad, sino que también modifica aspectos importantes en su acción protectora del Sistema de Seguridad Social, amparada en el artículo 42²³ del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS)²⁴.

Esta prestación económica, introducida por la LOI, se encuentra actualmente regulada en los artículos 177 a 180 TRGLSS.

7.1 Situaciones protegidas

El artículo 177 TRLGSS establece que se entiende por situación protegida²⁵ los períodos de descansos y permisos que se disfruten por:

- a) Nacimiento de hijo o hija.
- b) Adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las CCAA, y en el último caso siempre con duración superior a un año. Los adoptados o acogidos deberán ser:
 - menores de seis años;
 - o mayores de seis años, pero menores de edad, que padezcan alguna discapacidad valorada en un grado igual o superior al 33% o, que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

²³ “La acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá (...) las prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; nacimiento y cuidado de menor; (...)”.

²⁴ Aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

²⁵ Debido a la correlación entre la suspensión del contrato y la prestación por nacimiento y cuidado de menor, las situaciones protegidas son las mismas.

Resulta interesante resaltar la modificación que realizó la Ley 26/2015 respecto las modalidades de acogimiento familiar, sustituyendo guarda con fines de adopción por el acogimiento familiar preadoptivo.

Como ya se ha indicado, el Real Decreto 295/2009 se debe entender derogado en cuanto a las cuestiones que no se ajustan a la normativa vigente. Por ello, al no ser contradictorias las precisiones del artículo 22 sobre el alcance de las situaciones protegidas, podemos interpretar, hasta que una norma de igual rango o mayor establezca lo contrario, que también se considerarán situaciones protegidas:

- La constitución de tutela sobre menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor.
- Los acogimientos provisionales formalizados por las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social e incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento.

7.2 Beneficiarios y requisitos de la prestación

Según lo preceptuado en el artículo 178 LGSS, las personas beneficiarias serán aquellas trabajadoras por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo, que reúnan una serie de condiciones.

En primer lugar, como requisito general para causar derecho a las prestaciones del Régimen General, los posibles beneficiarios tendrán que estar afiliados²⁶ y en alta²⁷ o en situación asimilada al alta al sobrevenir la situación protegida. Es situación asimilada al alta la configurada por el legislador para proteger supuestos en los que el trabajador no

²⁶ La afiliación es el acto administrativo mediante el que se reconoce a la persona la condición de incluida en el sistema de la Seguridad Social cuando es la primera vez que realiza una actividad determinante de su inclusión (Artículo 6 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero).

²⁷ El alta es el acto administrativo mediante el cual se reconoce a la persona que inicia una actividad o se encuentre en una situación conexas con la misma, su condición de comprendida en el campo de aplicación del Régimen de Seguridad Social que corresponda en función de la naturaleza de la actividad o de la situación, con los derechos y obligaciones correspondientes (Artículo 7 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero).

está prestando servicios en ese momento, pero entiende que tienen que ser protegidos y permitirles el acceso a las prestaciones.

En segundo término, como requisito particular exigido para acceder al subsidio de nacimiento y cuidado de menor, el trabajador o trabajadora tiene que tener cubierto un período de cotización, el cual dependerá de la edad que tenga el posible beneficiario en la fecha del nacimiento de la situación protegida.

- Si el trabajador tiene menos de veintiún años, no se exigirá período mínimo de cotización.
- Si el trabajador tiene cumplidos entre veintiún y veintiséis años de edad, se le exige noventa días dentro de los siete últimos años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, ciento ochenta días cotizados a lo largo de su vida laboral.
- Por último, si el trabajador tiene cumplidos veintiséis años de edad, tiene que contar con ciento ochenta días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, al alternativamente, trescientos sesenta días cotizados a lo largo de su vida laboral.

Esta distinción en función de la edad obedece a la finalidad de mitigar la carencia de cotización de los progenitores más jóvenes que se incorporan al mercado laboral, normalmente en condiciones más precarias, no exigiéndoles periodo de carencia, para que así puedan acceder a la prestación.

Es importante destacar también el progreso en cuanto al periodo de carencia en esta materia. Anteriormente los períodos mínimos de cotización para la prestación de maternidad y paternidad únicamente eran iguales para el supuesto en el que el trabajador tenía cumplidos veintiséis años de edad. A diferencia que a la madre, al padre biológico menor de veintiún años de edad sí se le exigía período mínimo de cotización, lo cual conllevaba que los padres más jóvenes probablemente no pudieran acceder a la prestación, ya que por su corta edad llevarían poco tiempo trabajando y, por tanto, acreditarían pocos días cotizados (Martínez García, 2018). También, el otro progenitor distinto a la madre biológica tenía que contar con el doble período de tiempo que la madre cuando tuviera cumplidos 21 años de edad y fuera menor de 26.

Por último, los trabajadores que cumplan las condiciones anteriores deberán de disfrutar de la suspensión de contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, ya analizada.

Con respecto a los beneficiarios es conveniente realizar alguna apreciación. Se amplía el ámbito subjetivo de la prestación a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, estableciéndolo así la disposición adicional primera del TRLGSS.

Asimismo, la acción protectora del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos también dotará de una prestación económica en la situación de nacimiento y cuidado de menor a los trabajadores incluidos en dicho régimen (artículo 26.1. b) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo).

Al exigirse periodo de carencia (excepto en menores de 21 años), se trata de una prestación contributiva. Es destacable en cuanto existe un subsidio para las mujeres que cumplan todos los requisitos, salvo el período mínimo de cotización. Por el contrario, el otro progenitor no goza de este subsidio por nacimiento no contributivo, quedando expulsado de la cobertura pública quien no logre reunir los requisitos mínimos de cotización (Aguilera Izquierdo & Gil Plana, 2010). Quizá, por ello, resulte que con el Real Decreto-ley 6/2019 no se alcance la igualdad absoluta, tal y como el mismo pretende.

7.3 Contenido de la acción protectora

En virtud de los artículos 179 TRLGSS y 25.1 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, como regla general, la prestación económica consiste en un subsidio equivalente al cien por ciento de la base reguladora, que será equivalente a la que corresponda para la prestación de incapacidad temporal, derivada de riesgo común, tomando como referencia la fecha del inicio del descanso.

Es decir, la prestación trata de un subsidio cuya cuantía se determina en función de la base reguladora y del porcentaje aplicable a la misma.

Por tanto, antes de nada, hay que calcular la base reguladora de la prestación. Esta es el resultado de dividir la base de cotización por contingencias comunes del trabajador en el

mes anterior al de inicio del descanso, por el número de días a que dicha cotización se refiere. Diferenciamos dos elementos:

- El dividendo (base de cotización), dentro del Régimen General de la Seguridad, se fija en atención a la retribución salarial mensual, si bien la Ley de Presupuestos Generales del Estado y la Orden de Cotización²⁸ de cada año fijan para las distintas categorías profesionales bases mínimas y máximas²⁹ que han de respetarse cualquiera que sea el salario realmente percibido.

La base de cotización por contingencias comunes coincide con los salarios reales, sin que puedan ser inferiores al importe del salario mínimo interprofesional incrementado por el prorrateo de las retribuciones de devengo superior al mes, ni superiores al tope máximo legal.

A las indicadas bases mensuales debe sumarse a efectos de cotización la parte proporcional de las percepciones de devengo periódico superior al mensual, por ejemplo, las pagas extraordinarias.

- El divisor (número de días), dependerá si el trabajador tiene salario mensual o diario. Si fuera mensual, en todo caso el divisor será 30; si fuera diario, será 28, 29, 30 o 31 según los días naturales que tenga el mes correspondiente.

No obstante, durante el disfrute de los períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral.

Una vez obtenida la base reguladora, se aplicará sobre ella el porcentaje correspondiente a la prestación por nacimiento y cuidado de menor que, en este caso, es del 100%, obteniendo así la prestación diaria que corresponde por nacimiento y cuidado de menor.

Esta cuantía favorece a la finalidad del permiso, es decir, la igualdad real y efectiva y la corresponsabilidad entre ambos progenitores, pues sin unos permisos bien remunerados, difícilmente las semanas no obligatorias serían disfrutadas por el progenitor distinto de la madre biológica.

²⁸ Orden TMS/83/2019, de 31 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización de la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2019.

²⁹ Para el presente año la base mínima es de 1050 euros/mes y la base máxima de 4070,10 euros/mes (artículo 2 Orden TMS/83/2019, de 31 de enero). Si la base de cotización no estuviese comprendida entre estas cuantías, se cotizará por la base mínima o máxima, según que la resultante sea inferior a aquella o superior.

Se podrá modificar la base reguladora en los casos de modificación de la base mínima de cotización, elevación de los salarios por convenio, sentencia o disposición legal o cuando se compruebe a posteriori la no coincidencia de la base de cotización por contingencias comunes (De Gea Guillén, 2008).

Como ya se adelantó, todo lo anterior constituye la regla general, pues el mismo artículo 25 del Real Decreto 295/2009 establece una serie de matices a tener en cuenta:

- En el caso de trabajadores contratados a tiempo parcial, la base reguladora diaria se obtendrá dividiendo la suma de las bases de cotización en la empresa durante el año anterior al inicio de la suspensión del contrato entre 365. Si el trabajador no alcanzara dicha antigüedad, se dividirá la suma de bases de cotización entre el número de días naturales a que éstas correspondan.
- Si se tratare de trabajadores contratados para la formación, la base reguladora será equivalente al 75 por ciento de la base mínima de cotización vigente.
- Hasta que se incorpore a la base de datos la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior a la fecha de inicio de la situación protegida³⁰, podrá reconocerse el subsidio mediante resolución provisional por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos. Tal previsión piensa, quizás, en la ineficiencia de la administración, al igual que para favorecer el pronto reconocimiento de la prestación (De Gea Guillén, 2008).

Por su parte, el Convenio Colectivo correspondiente podrá garantizar que el trabajador perciba la totalidad de los ingresos que normalmente percibe, a mayores de la prestación económica de Seguridad Social (Moreno Gené, 2018).

7.4 Dinámica de protección

Las diferentes vicisitudes de la prestación por nacimiento y cuidado de menor son el nacimiento, la duración y la denegación, anulación, suspensión y extinción de la misma.

³⁰ Una vez conocida esta cantidad, si fuese diferente a la utilizada, se recalculará la prestación por nacimiento y cuidado de menor y se emitirá resolución definitiva.

7.4.1 Nacimiento

En el supuesto de parto, el derecho al subsidio nace a partir del mismo día en que dé comienzo el período de descanso correspondiente, es decir, desde el mismo día de la fecha del parto³¹.

Si bien, la madre biológica goza de una mayor libertad de elección, pues la ley le permite anticipar el descanso cuatro semanas a la fecha prevista para el parto (fecha de inicio fijada en el informe de maternidad del Servicio Público de Salud).

En caso de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, se tendrá derecho al subsidio a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Se podrá iniciar hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción, cuando se trate de adopción internacional y sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado.

Puede darse el caso de que el otro progenitor, antes de que cause derecho al subsidio de nacimiento y cuidado de menor, esté en estado de incapacidad temporal³². En esta situación, tal y como prevé el artículo 27.2 del Real Decreto 295/2009, el proceso de incapacidad temporal se interrumpirá y se iniciará el descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, reanudándose cuando este último se agote si la incapacidad temporal persistiera. Es importante resaltar de nuevo, que esta norma ha sido modificada por última vez en el año 2014, cuando el permiso de paternidad era

³¹ El artículo 26.3 del Real Decreto 295/2009 establece que *“Los trabajadores por cuenta ajena, incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, podrán percibir el subsidio por paternidad durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente (...)”*. Tal previsión se entiende derogada al haber sido eliminado el permiso por nacimiento de dos días que preveía el Estatuto de los Trabajadores.

³² Al contrario, no cabe la posibilidad de que, durante la suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, se reconozca el subsidio por incapacidad temporal, excepto si la suspensión del contrato se disfruta en régimen de jornada a tiempo parcial. Pero, ¿qué ocurre si el otro progenitor, por ejemplo, sufriera un accidente no laboral que le imposibilitara temporalmente prestar servicios, a una semana del término del permiso por nacimiento y cuidado de menor? El artículo 27.1 del Real Decreto 295/2009 nos da la respuesta al establecer que la prestación por incapacidad temporal será reconocida desde que es agotado el periodo de descanso por nacimiento y cuidado de menor. Tiene sentido esta solución, pues, por un lado, si se reconociera la incapacidad temporal desde el día del accidente, el interesado cobraría simultáneamente dos prestaciones de la Seguridad Social; por el otro, el subsidio por nacimiento y cuidado de menor siempre va a ser de cuantía superior al de incapacidad temporal, por ello, resulta beneficioso que en este supuesto no se interrumpa la suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

todavía de 13 días voluntarios e ininterrumpidos (más dos de permiso por nacimiento de hijo o hija).

En la actualidad, tras la última reforma, podemos entender que cabría la siguiente posibilidad: el otro progenitor, en primer término, debe disfrutar de las semanas obligatorias del permiso por nacimiento y cuidado de menor inmediatamente después del inicio del supuesto de hecho; en segundo lugar, y, en todo caso, si persiste la incapacidad temporal, podrá reanudar el subsidio por dicha contingencia hasta el alta médica; y, por último, disfrutar de las semanas voluntarias restantes por el permiso de nacimiento y cuidado de menor, siempre antes de los doce meses desde que se produjo el supuesto de hecho.

Tal posibilidad, a mi parecer, la más ventajosa para el beneficiario, no es más que una necesaria interpretación en tanto en cuanto el anticuado Real Decreto 295/2009 es el único texto reglamentario de las prestaciones vinculadas al nacimiento y cuidado de menor.

Otra cuestión a destacar, sin abandonar el tono crítico adoptado respecto del Real Decreto 295/2009, es la siguiente. A pesar de las críticas que puede conllevar la supresión del permiso por nacimiento de hijo o hija de dos o cuatro días del artículo 37.3.b) ET, cabe también reconocer que puede ser un acierto para evitar malinterpretaciones en determinadas situaciones. Por ejemplo, en el caso de fallecimiento de hijo, el artículo 26.7 del Real Decreto 295/2009 dispone que *“no podrá reconocerse el subsidio por paternidad si el hijo o el menor acogido fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso (...)”*. Teniendo en cuenta que, en el caso de parto, se disfrutaba primero del permiso por nacimiento de dos o cuatro días, se debe concluir que, si el hijo o hija muere durante ese permiso, nunca se podría acceder al antiguo permiso de paternidad, lo que conllevaría a su vez la pérdida del subsidio correspondiente (Lousada Arochena, 2009). No obstante, tal precepto contradice de manera clara el que era el artículo 48 *bis* ET, el cual subordinaba el derecho al descanso por paternidad única y exclusivamente al nacimiento del hijo o hija. Considerando que el Estatuto de los Trabajadores goza de rango legal, el artículo 26.7 del Real Decreto 295/2009 es de discutible legalidad.

En la actualidad, al iniciarse el disfrute del descanso inmediatamente después del parto, no existe malinterpretación alguna, pues, *“una vez reconocido el subsidio, éste no se extinguirá aunque fallezca el hijo o hija o persona menor acogida”*³³.

7.4.2 Duración

La duración de la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor coincide con la duración de la suspensión del contrato de trabajo establecida en el Estatuto de los Trabajadores en el artículo 48, teniendo en cuenta no obstante su disposición transitoria decimotercera en cuanto la aplicación paulatina de dicho precepto. Por ello, aunque se amplíe la duración de suspensión por convenio colectivo o por contrato, la prestación sólo se percibe de acuerdo con el régimen legal (García Viña, 2008).

Habiendo sido objeto de estudio detallado esta duración al analizarla en la suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, nos remitimos a lo allí expuesto, destacando que será a partir de 1 de enero de 2021, cuando cada progenitor, adoptante, guardador o acogedor disfrutará de idéntico período de suspensión y, por lo tanto, también de prestación.

7.4.3 Denegación, anulación, suspensión y extinción

Conforme el artículo 180 TRLGSS, la prestación por nacimiento y cuidado de menor será denegada, anulada o suspendida cuando:

- El beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar la prestación³⁴.
- El beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena durante los correspondientes periodos de descanso³⁵.

³³ Como bien matiza Lousada Arochena (2009), no resulta razonable hacer depender el efecto jurídico de la mayor o menor celeridad administrativa en el reconocimiento del subsidio, por lo que en vez de *“reconocido”*, debemos entender *“una vez se hubiera iniciado el disfrute del descanso”*.

³⁴ STSJ Cataluña, de 3 de octubre de 2012 (Rec. 1841/2012), la cual aprecia ánimo fraudulento por parte tanto del empresario como de la trabajadora al incrementar la jornada y así aumentar las bases de cotización para percibir una prestación por maternidad superior a la que le hubiera correspondido.

³⁵ STSJ Castilla-La Mancha, de 31 de octubre de 2017 (Rec.1408/2016), que suspende la prestación por maternidad durante tres meses por la realización de trabajo por cuenta ajena, además del deber de reintegrar las cantidades indebidamente percibidas.

Debido a la omisión por parte del TRLGSS respecto de las causas de extinción de la prestación, debemos acudir de nuevo al Real Decreto 295/2009, concretamente a su artículo 26.8. Tal precepto establece que el derecho a la prestación se extinguirá:

- Por el transcurso de los plazos máximos de duración de los períodos de descanso.
- Por la reincorporación voluntaria al trabajo o actividad del beneficiario del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración.
- Por fallecimiento del beneficiario, salvo que el otro progenitor sobreviviente pueda continuar el disfrute del período de descanso que reste, según las condiciones legal o reglamentariamente establecidas.
- Por adquirir el beneficiario la condición de pensionista de jubilación o incapacidad permanente, sin perjuicio del disfrute de descanso restante por el otro progenitor.

7.5 Gestión del subsidio y tramitación de la prestación económica

Es importante hacer referencia tanto a la gestión, como a la tramitación del subsidio.

7.5.1 Gestión

La gestión de las prestaciones económicas por nacimiento y cuidado de menor corresponde directa y exclusivamente a la entidad gestora correspondiente (disposición adicional octava TRLGSS).

Con carácter general, es el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) el encargado de la gestión de estos subsidios. No obstante, si se tratare de trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial del Mar, la entidad gestora será el Instituto Social de la Marina (ISM).

Estas entidades realizarán el pago de la prestación directamente, es decir, sin colaboración en la gestión por parte de las empresas (artículo 29.2 Real Decreto 295/2009).

A tal efecto, el artículo 29.3 del Real Decreto 295/2009, en cuanto a la prestación por paternidad, establece que *“el subsidio se abonará en único pago (...)”*. En cambio, el artículo 12 del mismo texto, refiriéndose a la prestación por maternidad, dispone que *“el*

pago del subsidio se realizará por periodos vencidos”. De este modo, ¿se debe entender también derogado el artículo 29.3 del Real Decreto 295/2009?

Como ya se mencionó, una de las principales novedades del Real Decreto-ley 6/2019 es la unificación de la “prestación por paternidad” y la “prestación por maternidad”. Nace así el subsidio por nacimiento y cuidado de menor, para conseguir de esta manera una regulación igualitaria sin distinción por razón del sexo. Por tanto, ¿por qué seguir abonando el pago del subsidio de forma diferente? Recordamos que el precepto en cuestión fue redactado cuando el progenitor distinto de la madre biológica ostentaba únicamente 13 días de permiso y, por ello, el abono en un único pago era el más lógico. En la actualidad esta previsión carece de sentido, debiendo entenderse que también al otro progenitor se le abonará el pago por periodos vencidos.

7.5.2 Solicitud y resolución

El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación se iniciará a instancia del interesado, mediante solicitud dirigida a la dirección provincial del INSS de la provincia en la que el beneficiario tenga su domicilio. No obstante, la entidad gestora podrá iniciarlo de oficio cuando tenga los datos suficientes para ello, debiéndoselo comunicar al interesado en el plazo de 15 días contados desde el día siguiente al del hecho causante (artículo 30.2 y 30.4 Real Decreto 295/2009).

Se deberá cumplimentar bien el formulario de nacimiento y cuidado de menor por parto, o bien el formulario de nacimiento y cuidado de menor por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento³⁶. En estos formularios se deberá indicar los datos personales, el motivo de la solicitud³⁷, la modalidad de disfrute y de cobro de la prestación, datos fiscales, etc.

Junto al formulario, se deberán de adjuntar una serie de documentos, como, por ejemplo, el documento nacional de identidad; el certificado de la empresa en el que conste la fecha del inicio de la suspensión laboral, si dicho certificado no ha sido enviado por la empresa; el libro de familia, o, en su defecto, la certificación de la inscripción del hijo, cuando estos datos no consten automatizados en el Registro Civil; el documento que acredite el acuerdo

³⁶ Con las prestaciones de maternidad y paternidad solo había un formulario, tanto para nacimiento, como para adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

³⁷ En caso de parto se distingue entre nacimiento y gestación por sustitución.

empresario-trabajador/a sobre el disfrute del descanso en régimen de jornada a tiempo parcial; resolución judicial por la que se constituya la adopción o decisión administrativa o judicial de guarda con fines de adopción o acogimiento, etc.

Tal y como indica el artículo 30.3 del Real Decreto 295/2009, el director provincial competente del INSS o IMS dictará resolución expresa en el plazo máximo de treinta días, contados desde la recepción de la solicitud del interesado.

¿Qué ocurre si transcurre el plazo sin resolución? Dada su naturaleza jurídica³⁸, las entidades gestoras se rigen por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPC), conforme su artículo 2.2. a). Es por ello, que en primer lugar debemos remitirnos al artículo 24 LPC. Este precepto, en su apartado primero establece que *“en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado (...) el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley (...) establezca lo contrario (...)”*. En este sentido, es el propio TRLGSS, en su artículo 129.3, quien dispone que en tal circunstancia se entenderá desestimada la petición por silencio administrativo.

De todo lo anterior cabe inferir que, transcurrido el plazo sin resolución expresa sobre la solicitud de la prestación de nacimiento y cuidado de menor, el interesado podrá entender que su petición ha sido desestimada por aplicación de silencio negativo. Deberá solicitar que se dicte resolución, teniendo esa solicitud valor de reclamación previa de acuerdo con lo establecido en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Con la nueva reforma, también los servicios de solicitud de la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor han sufrido algunas modificaciones. Por ejemplo, ya es posible solicitarla por Registro electrónico.

³⁸ Son entidades de derecho público en virtud del artículo 68 TRLGSS.

VIII. OTRAS MEDIDAS PROTECTORAS

8.1 Obligación de cotizar

De acuerdo con lo establecido en el artículo 68 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre³⁹, durante la suspensión laboral por nacimiento y cuidado de menor la obligación de cotizar continúa.

Por ello, del importe de la prestación deberá deducirse la cuantía correspondiente de las aportaciones del trabajador relativas a las cotizaciones a la Seguridad Social, desempleo y formación profesional que procedan (Moreno Gené, 2018).

La empresa tendrá que ingresar únicamente las aportaciones a su cargo correspondientes a la Seguridad Social y por los demás conceptos de recaudación conjunta que, en su caso, procedan.

Dichas cuotas por situación de nacimiento y cuidado de menor serán computables a efectos de los distintos periodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones (artículo 165.3 TRLGSS).

8.2 Bonificaciones

Con el objetivo de eludir el posible efecto negativo que tendría en la contratación de las mujeres la obligación empresarial de cotizar durante la suspensión por maternidad, se instauraron, con el Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre, las bonificaciones en la contratación de personas desempleadas para la sustitución de las madres trabajadoras mientras disfrutaban del permiso por maternidad (Martínez García, 2016).

Con la LOI en el año 2007, se extendieron estas bonificaciones al supuesto de suspensión por paternidad. Si bien, debido a la disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, ya en 2007 la bonificación no se aplicaba únicamente al trabajador interino, sino que también a la trabajadora o trabajador en suspensión de maternidad o paternidad. Así, el empresario no abonará ninguna cotización, solo teniéndose que hacer cargo del salario del trabajador

³⁹ Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (BOE, núm. 22 de 25 de enero de 1996).

interino, pues la prestación por nacimiento y cuidado de menor será asumida por la Seguridad Social.

Respecto los autónomos, el artículo 38 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, prevé igualmente una bonificación del cien por ciento de la cuota de autónomo durante los períodos de descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. Además, esta bonificación es compatible con la establecida en el Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre.

Por último, es interesante resaltar la bonificación por maternidad para el cálculo de pensiones de jubilación, viudedad o incapacidad permanente prevista en el artículo 60 TRLGSS, en tanto en cuanto el TSJ de Islas Canarias ha planteado una cuestión prejudicial⁴⁰ ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre si la exclusión de los padres a dicha bonificación es discriminatoria por razón de sexo.

Tal cuestión prejudicial, a la espera de resolución, se plantea por la dudosa adecuación del artículo 60 TRLGSS y el derecho comunitario⁴¹, prevaleciendo este último en todo caso.

8.3 Pluriempleo y pluriactividad

El Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social define pluriempleo como *“la situación del trabajador que desarrolla su actividad en dos o más empresas del mismo Régimen”*. A estos efectos, el artículo 23.4 TRLGSS establece que el trabajador en tal situación puede causar derecho al subsidio por nacimiento y cuidado de menor en cada empleo, siempre que disfrute de la suspensión del contrato también en cada uno de ellos. Para la base reguladora se tendrá en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividad, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización.

En cuanto a la pluriactividad, situación del trabajador que desarrolla su trabajo en dos o más actividades que obligan a la inclusión en distintos Regímenes de la Seguridad Social, pueden darse las siguientes situaciones (artículo 23.4 Real Decreto 295/2009):

⁴⁰ Auto del TSJ Islas Canarias, de 7 de diciembre de 2018 (Rec. 850/2018).

⁴¹ Concretamente, la cuestión prejudicial se fundamenta en el artículo 157 TFUE, artículo 4.1 Directiva 79/7/CEE, artículo 2 (párrafos 2º, 3º y 4º) y artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE y el artículo 21. 1º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2000/364/01).

- Si el trabajador reuniera los requisitos para causar derecho al subsidio de nacimiento y cuidado de menor en cada régimen de la Seguridad Social, podrá percibirlo en cada uno de ellos.
- Si el trabajador solo acreditara las condiciones para acceder a la prestación de un régimen, se reconocerá un único subsidio computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen.
- Si el trabajador no causare el derecho en ninguno de los regímenes, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos, siempre que no se superpongan, y se causará el subsidio en el régimen en el que se acrediten más días de cotización.

8.4 Situaciones asimiladas al alta

Uno de los requisitos para causar derecho al subsidio por nacimiento y cuidado de menor es el de que el posible beneficiario esté en alta. No obstante, el legislador configura la situación asimilada al alta para proteger supuestos en los que el trabajador no está prestando servicios en ese momento, pero entiende que tienen que ser protegidos para de esta manera poder acceder a las prestaciones.

Cada prestación regula sus situaciones asimiladas al alta, pero las comunes, establecidas en el artículo 166 TRLGSS, son:

- Período en el que el trabajador perciba la prestación por desempleo.
- Período correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas en el finiquito que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato⁴².
- Los casos de excedencia forzosa.
- Traslado por la empresa fuera del territorio nacional.

En particular, es el Real Decreto 295/2009, en su artículo 24⁴³, el que establece las situaciones asimiladas al alta en el caso de subsidio por paternidad, pero que debemos extrapolarlas al actual subsidio por nacimiento y cuidado de menor.

⁴² La STSJ País Vasco, de 28 de febrero de 2017 (Rec. 367/2017) reconoce una prestación por paternidad cuyo hecho causante nace después de haberse extinguido el contrato de trabajo, pero durante la extensión de los días correspondientes a vacaciones no disfrutadas y abonadas a lo largo de la prestación de servicios.

⁴³ “Para el acceso a la prestación económica por paternidad se consideran situaciones asimiladas a la de alta las siguientes:

1.ª La situación legal de desempleo total por la que se perciba la prestación de nivel contributivo.

Además, los períodos de hasta tres años de excedencia para el cuidado de cada hijo (biológico o por adopción) o para el cuidado en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, tendrán la consideración de periodo cotización efectiva a efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor (artículo 237 TRLGSS).

8.5 Prestación exenta de IRPF

Cabe llamar la atención sobre la discrepancia que existía entre el criterio de la Agencia Tributaria, contrario a considerar exentas las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor del impuesto sobre la renta de las personas físicas y alguna resolución judicial del Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁴⁴ que considera estas prestaciones dentro de las rentas exentas que contempla la ley del IRPF (Moreno Gené, 2018).

Esta cuestión ya ha sido resuelta por la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 2018, unificando doctrina⁴⁵. La sentencia habla de “prestación por maternidad”, pero, permítase la reiteración, debido a su conversión en “prestación por nacimiento y cuidado de menor”, cabe entender que tal resolución no sólo se aplica a la madre biológica, sino que también al otro progenitor.

2.ª *El mes siguiente al cese en el cargo público o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autónomo o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo (...)*

3.ª *El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.*

4.ª *Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, los cuales tendrán la consideración de días cotizados y en situación de alta, aunque en oses correspondan con los de prestación de servicios.*

5.ª *La situación del trabajador durante el periodo correspondiente a vacaciones anuales retribuidos que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato.*

6.ª *Los periodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género, cuando, en supuestos de adopción o acogimiento, el subsidio por maternidad sea percibido por el otro progenitor.*

7.ª *En el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, la situación de desplazamiento al extranjero por razón de trabajo (...).*

8.ª *El convenio especial con la Seguridad Social para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial con la Seguridad Social para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las comunidades autónomas (...).*

9.ª *Los periodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo, sin perjuicio del devengo de la prestación cuando se produzca el reinicio de la actividad.”*

⁴⁴ STSJ Madrid, de 29 de junio de 2017 (Rec. 1300/2015); STSJ Madrid, de 3 de febrero de 2010 (Rec. 1085/2007).

⁴⁵ Rec. 4483/2017.

Con anterioridad, en el momento de hacerse efectiva la prestación económica por paternidad, se debía deducir la cantidad de las aportaciones del trabajador relativas a las retenciones por IRPF. Sin embargo, desde la mencionada sentencia del Tribunal Supremo y el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 27/2018⁴⁶, de 28 de diciembre, la prestación por nacimiento y cuidado de menor a cargo del INSS está exenta de IRPF.

Además, los beneficiarios que percibieron la prestación desde 2014, último ejercicio no prescrito, podrán reclamar la devolución de dichas retenciones.

⁴⁶ Modifica la letra h) del artículo 7 LIRPF, con efectos desde 30 de diciembre de 2018 y ejercicios anteriores no prescritos. Con tal reforma, se prevé expresamente la exención de las prestaciones de maternidad o paternidad, actual prestación por nacimiento y cuidado de menor.

IX. CONCLUSIONES

Por un lado, en cuanto a la evolución del permiso analizado en el presente trabajo, cabe resaltar que, aun cuando se han introducido modificaciones, se ha hecho con lentitud, bien por los prejuicios de la sociedad, bien por el gasto económico que puede conllevar tal medida.

Por otro lado, sería injusto desconocer la existencia de virtudes en el último eslabón de la cadena de reformas, el Real Decreto-ley 6/2019. Las tiene y no pocas, pudiendo mencionar como más significativas:

- La unificación del permiso de maternidad y paternidad, en cuanto favorece a la opción de la maternidad de las mujeres al equipararse su situación a la del otro progenitor, evitando de esta manera que el empresario las vea como un problema a la hora de contratarlas.
- Equiparación del otro progenitor y de la madre biológica en la duración de la suspensión laboral.
- Eliminar la reducción mínima de la jornada si el otro progenitor quiere disfrutar de su permiso a jornada parcial.
- No exigir período de carencia al otro progenitor menor de veintiún años para acceder al subsidio, al igual que tampoco tendrá que doblar el período de cotización respecto del de la madre cuando tuviera cumplidos veintiún años de edad y fuera menor de veintiséis.

Pero mi interés también se centra en sus puntos críticos, pudiéndose concluir que el legislador desaprovecha la oportunidad de incluir determinadas medidas para hacer aún más efectiva dicha norma. Este planteamiento se sustenta, en primer lugar, en que no se acaba de entender por qué quien hace la norma no considera la posibilidad de que el otro progenitor adelante el ejercicio de su derecho a la fecha previsible del parto, con el fin de que atienda a la madre.

En segundo término, desde una perspectiva también crítica, sorprendía y sorprende la expulsión del otro progenitor de la acción protectora cuando no cumpla únicamente el requisito del período de carencia, en tanto en cuanto la madre biológica si goza de este privilegio.

No procede olvidar tampoco el complemento por maternidad en las pensiones de jubilación o incapacidad permanente, sin estar previsto ni si quiera un complemento para el supuesto de familia monoparental sustentada por el padre, quien se ha hecho cargo de sus hijos.

Como se mencionaba, la principal novedad de Real Decreto-ley 6/2019 es la equiparación de ambos progenitores en la duración de la suspensión laboral. Sin embargo, tal equiparación es gradual, haciéndose plenamente efectiva en el año 2021. Si bien es cierto que tanto los empresarios, como la cartera de la Seguridad Social necesitan un periodo de adaptación para poder hacer frente al gasto que supone esta equiparación, cabe recordar que tenemos precedentes en cuanto posponer este tipo de medidas. Por ello, no es extraño dudar en que efectivamente en el año 2021 tanto la madre biológica como el otro progenitor puedan disfrutar de dieciséis semanas de suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor.

Cabe resaltar, de manera notoria, la necesidad urgente de la redacción de un reglamento de desarrollo del Real Decreto-ley 6/2019, en virtud de su disposición final primera, pues, el Real Decreto 295/2009 contiene varias disposiciones contrarias a la vigente ley y se echa en falta un mejor acomodamiento de la norma.

Como reflexión final, sentar que, aunque la unificación conceptual en el nuevo permiso de nacimiento y cuidado de menor conlleva grandes ventajas, también va a requerir modificaciones de todo tipo en todo el ordenamiento. Un ejemplo de ello es que en numerosos preceptos del TRLGSS, aun habiendo añadido un capítulo bajo el rótulo “*Nacimiento y cuidado de menor*”, todavía se contiene la terminología de “permiso por maternidad” y “permiso por paternidad”.

X. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera Izquierdo, R., & Gil Plana, J. (2010). *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas.
- Armijo Garrido, L. M. (2018). Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral en España y sus avances en la equidad de género. *Revista Interdisciplinaria de Estudios de Género de El Colegio de México*.
- Ballester Pastor, M. A. (2019). El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 13-40.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (2007). La suspensión de la relación de trabajo por maternidad y por paternidad a la luz de la Ley Orgánica 3/2007. *Revista de Derecho Social*, 101-124.
- Castro García, C., & Pazos Moran, M. (2007). Permisos de maternidad, paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual. *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales. Serie de economía.*, 1-55.
- De Gea Guillén, A. (2008). El nuevo régimen jurídico de la protección por paternidad tras las últimas reformas legislativas. *Anales de Derecho*, 557-578.
- Fernández Collados, M. B. (2008). El permiso por paternidad como medida de conciliación de la vida familiar y laboral: aspectos críticos y propuestas de mejora. *Revista española de derecho del trabajo*, 635-657.
- García Viña, J. (2008). La paternidad como nueva situación protegida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 203-226.
- Lousada Arochena, J. F. (2008). *Permiso de paternidad y conciliación masculina*. Albacete: Bomarzo.

- Lousada Arochena, J. F. (2009). El reglamento de las prestaciones por maternidad y paternidad. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, 50-55.
- Martínez García, M. L. (5 de Octubre de 2016). *Tesis Doctorals en Xarxa, TDX*. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10803/397666>
- Martínez García, M. L. (2018). *Propuestas para una regulación igualitaria de la protección por maternidad y paternidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez Moreno, C., & Castro Argüelles, M. A. (2008). La protección social de las situaciones de maternidad y paternidad. En J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete, & M. N. Moreno Vida, *La seguridad social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación* (págs. 943-961). Albolote (Granada): Comares, S.L.
- Moreno Gené, J. (2018). La suspensión del contrato de trabajo y la prestación por paternidad de los trabajadores por cuenta ajena diez años después de la aprobación de la ley de igualdad. En A. M. Romero Burillo, & C. Rodríguez Orgaz, *Trabajo, género e igualdad. Un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. (págs. 141-209). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, S.A.U.
- Pérez Castillo, A. M. (2007). La prestación por paternidad en los casos de paternidad biológica, adopción y acogimiento. Análisis crítico. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 183-202.
- Pérez Guardo, R., & Serrano Serrano, N. (2013). ¿Responde el diseño de los permisos de maternidad y paternidad en España al presupuesto de corresponsabilidad entre hombres y mujeres? *Acciones e investigaciones sociales*, 31-52.
- Rodríguez Escanciano, S. (2005). La protección jurídico-laboral de la maternidad: algunas cuestiones pendientes. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 47-92.
- Rodríguez Escanciano, S. (2013). *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*. Albacete: Bomarzo S.L.

- Sagardoy de Simón, I., & Nuñez-Cortés, P. (2018). La prestación por paternidad. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 135-151.
- Sánchez Gonzalez, M. I. (2012). La maternidad en la empresa. *IV Congreso Universitario Nacional Investigación y Género*, 1879-1888.
- Serrano García, M. J. (2019). El permiso de paternidad en España. *Noticias Cielo*, 2.
- Tortuero Plaza, J. L. (2006). *50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación Laboral*. Madrid: Aranzadi, SA.