

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2014/2015

**LA PRESTACIÓN DE MATERNIDAD Y
DE PATERNIDAD EN LA SEGURIDAD
SOCIAL**

(SOCIAL BENEFIT FOR MATERNITY AND PATERNITY IN
SOCIAL SECURITY LAW)



Realizado por el alumno: D. HÉCTOR FERNÁNDEZ TURRADO.

Tutorizado por la Profesora: Dña. HENAR ÁLVAREZ CUESTA.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ABREVIATURAS	6
RESUMEN DEL TRABAJO	8
ABSTRACT	9
OBJETO DEL TRABAJO	10
METODOLOGÍA UTILIZADA	12
I. INTRODUCCIÓN	14
II. SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL	15
1. <u>SISTEMA NORMATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL</u>	15
1.1 Fuentes normativas de la Seguridad Social.....	15
1.1.1 Fuentes de Derecho interno.....	16
1.1.2 Fuentes de Derecho internacional.....	16
2. <u>GESTIÓN Y FINANCIACIÓN</u>	16
3. <u>ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN</u>	17
3.1 Nivel contributivo y no contributivo.....	17
3.1.1 Nivel contributivo.....	18
3.1.2 Nivel no contributivo.....	18
3.2 Régimen General y Regímenes especiales.....	18
III. PRESTACIÓN DE MATERNIDAD	20
1. <u>REGULACIÓN</u>	20
2. <u>LA PRESTACIÓN COMO PROTECCIÓN SOCIAL</u>	20
3. <u>SITUACIONES PROTEGIDAS POR LA PRESTACIÓN DE MATERNIDAD</u> ..	24

3.1 Parto.....	24
3.2 Adopción o acogimiento.....	25
4. <u>REQUISITOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN</u>.....	27
4.1 Requisitos.....	27
4.1.1 Ejercicio del derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad.....	27
A) Por cesión de la madre biológica.....	28
B) Por fallecimiento de la madre.....	31
C) Por ausencia de derecho materno.....	32
4.2 Requisitos contributivos.....	33
4.2.1 Afiliación y alta.....	33
A) Situación asimilada al alta.....	33
B) Situación de alta especial.....	37
C) Alta presunta o de pleno derecho.....	38
4.2.2 Cotización previa.....	38
A) Cómputo del periodo de carencia.....	40
B) Trabajadores fijos-discontinuos y a tiempo parcial.....	42
5. <u>DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN</u>.....	43
5.1 Cómputo del periodo de suspensión.....	44
5.2 Supuestos especiales.....	45
5.2.1 Ampliación de la duración de la suspensión y prestación por maternidad.....	45
5.2.2 Fallecimiento de la trabajadora en el parto.....	46
5.2.3 Error en la fecha del parto.....	47
5.2.4 Fallecimiento del hijo.....	47
6. <u>CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN</u>.....	48

6.1 Base reguladora.....	49
6.2 Modificación de la base reguladora.....	54
6.3 Porcentaje aplicable.....	55
7. <u>NACIMIENTO DE LA PRESTACIÓN</u>	55
8. <u>SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN</u>	56
8.1 Suspensión de la prestación por maternidad.....	56
8.2 Extinción de la prestación por maternidad.....	59
9. <u>TRAMITACIÓN Y PAGO DE LA PRESTACIÓN</u>	64
9.1 Tramitación.....	64
A) A instancia del interesado.....	65
B) De oficio por la Entidad Gestora.....	67
9.2 Pago.....	69
10. <u>COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES</u>	69
10.1 Incapacidad temporal.....	69
10.2 Incapacidad permanente.....	72
10.3 Prestación por desempleo.....	73
10.4 Prestación por riesgo durante la lactancia natural.....	74
10.5 Jubilación.....	74
10.6 Muerte y supervivencia.....	75
10.7 Prestaciones familiares.....	75
11. <u>PRESTACIÓN DE MATERNIDAD “NO CONTRIBUTIVA”</u>	76
11.1 Beneficiarias.....	76
11.2 Cuantía.....	77
11.3 Nacimiento, duración y extinción.....	79

11.4 Denegación, anulación y suspensión del derecho.....	80
11.5 Gestión y pago.....	80
11.6 Reconocimiento del derecho.....	81
IV. PRESTACIÓN DE PATERNIDAD.....	82
1. <u>REGULACIÓN</u>	82
2. <u>LA PRESTACIÓN COMO PROTECCIÓN SOCIAL</u>	82
3. <u>BENEFICIARIOS DE LA PRESTACIÓN</u>	84
4. <u>REQUISITOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN</u>	85
5. <u>DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN</u>	86
6. <u>CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN</u>	87
7. <u>NACIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN</u>	87
8. <u>TRAMITACIÓN Y PAGO</u>	89
8.1 Tramitación.....	89
A) A instancia del interesado.....	89
B) De oficio por la Entidad Gestora.....	91
8.2 Pago.....	91
9. <u>COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES</u>	91
CONCLUSIONES ALCANZADAS.....	93
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	96

ABREVIATURAS

CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889. Código Civil.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CE	Constitución española de 1978.
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.
ISM	Instituto Social de la Marina.
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
LOI	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres.
LOMPIVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

LOSSP	Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.
LRJAPPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
OC/2015	Orden ESS/86/2015, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
RETA	Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.
REMAR	Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.
REMC	Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón.
REE	Régimen Especial de la Seguridad Social de Estudiantes.
RGSS	Régimen General de la Seguridad Social.

RESUMEN DEL TRABAJO

Para proteger a determinadas colectividades de personas que se encuentran en situaciones de necesidad, ya sea por exceso de gastos o defecto de rentas, se creó el sistema de Seguridad Social.

Como consecuencia de la progresiva incorporación de la mujer al mundo laboral, uno de los principales objetivos de la Seguridad Social fue facilitar que los trabajadores puedan conciliar sus responsabilidades laborales y familiares.

En el presente trabajo se lleva a cabo un estudio de los beneficiarios, requisitos, cuantía, dinámica de protección y compatibilidad de las prestaciones económicas de maternidad y de paternidad, así como del subsidio especial por maternidad no contributivo en el sistema de Seguridad Social español.

Ambas prestaciones de Seguridad Social van dirigidas a sufragar las situaciones de necesidad que surgen en el ámbito familiar debido a la aparición de un suceso extraordinario, como es el nacimiento o adopción de un hijo. Asimismo, se ha establecido una concepción más amplia de la maternidad, entendida más allá del hecho biológico del parto, ajustándose mejor a la realidad social de nuestro tiempo, ya que también se consideran situaciones protegidas por estas prestaciones la adopción y el acogimiento, los cuales son cada vez más habituales en las actuales organizaciones familiares.

Palabras clave: prestación de maternidad - prestación de paternidad - Seguridad Social - situaciones protegidas - protección social.

ABSTRACT

To protect certain communities of people who are in situations of need, either by overspending or defect rents, it was created Social Security system.

As a result of the progressive incorporation of women into the workplace, one of the main objectives of the Social Security was to facilitate that the women and men to reconcile their work and family responsibilities.

Along this research will carry out a study of beneficiaries, requirements, amount, dynamic protection and compatibility of maternity and paternity benefits, as well as special non-contributory maternity subsidy, in the Spanish Social Security system.

Both Social Security benefits are intended to cover situations of need that originate in the family resulting of the emergence of an extraordinary event, such as the birth or adoption of a child. It has also established a further conception of maternity, understood beyond the biological fact of birth, adjusting better to the social reality of our time, and which are also considered protected situations adoption and foster care, which are increasingly common in today's family organizations.

Keywords: benefit for maternity - benefit for paternity - Social Security - protected situations - social protection.

OBJETO DEL TRABAJO

El objeto del presente trabajo de investigación no es otro que abordar el análisis de la prestación de maternidad, del subsidio especial por maternidad no contributivo, y de la prestación de paternidad en el actual ordenamiento de Seguridad Social español.

La protección de la maternidad, entendida como una contingencia específica y diferenciada de la incapacidad temporal, no se incorporaría al sistema de la Seguridad Social hasta 1994, y ello a pesar de que fue una de las primeras situaciones objeto de protección por dicho Sistema.

Por su parte, la prestación de paternidad fue incorporada como una nueva contingencia dentro del ordenamiento de la Seguridad Social gracias a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Se configuró como un derecho de paternidad autónomo, al margen del que corresponde a la madre.

El TFG está estructurado en varios capítulos:

- El primero de ellos tiene como objetivo reflexionar sobre las políticas sociales, los Seguros Sociales y la Seguridad Social, destacando los acontecimientos más importantes en relación con los mismos. También se resalta la influencia de la Constitución en el sistema de Seguridad Social.
- El segundo capítulo tiene por finalidad describir el Sistema español de Seguridad Social. Se hace referencia a los aspectos más básicos del mismo, tales como la composición de su sistema normativo; cómo se gestiona y financia el mismo; su estructura y composición, en sus dos modalidades contributiva y no contributiva y su división en Regímenes.
- En el tercer capítulo se plantea el análisis de la prestación de maternidad, así como del subsidio no contributivo por maternidad. Se lleva a cabo un estudio en profundidad sobre sus aspectos más básicos y centrales, empezando por su regulación y terminando con las compatibilidades e incompatibilidades de dichas prestaciones con otras prestaciones del Sistema de Seguridad Social.

- El cuarto bloque se centra en el examen de la prestación de paternidad, configurada con el objetivo de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres.

A través de este TFG, se realiza un estudio de las mencionadas prestaciones de maternidad, tanto contributiva como no contributiva, y de paternidad, en los siguientes aspectos básicos de su contenido:

1. Regulación.
2. Incidencia como protección en la sociedad.
3. Situaciones objeto de protección.
4. Beneficiarios/as.
5. Requisitos de acceso para acceder a las mismas.
6. Cuantía económica de la prestación.
7. Dinámica de protección, que comprende el nacimiento, duración, suspensión y extinción.
8. Tramitación y pago.
9. Compatibilidades e incompatibilidades.

Para finalizar se establecen las conclusiones extraídas y derivadas del análisis realizado en los capítulos mencionados, haciendo especial hincapié en la desigualdad que existe aún hoy en día entre hombres y mujeres desde el punto de vista laboral y social.

METODOLOGÍA UTILIZADA

Para poder desarrollar satisfactoriamente el Trabajo de Fin de Grado, se han realizado una serie de etapas que a continuación se detallan:

PRIMERA.- Recopilación de la normativa laboral y de Seguridad Social existente sobre las prestaciones de maternidad y de paternidad, teniendo especial cuidado en comprobar la actualización de dichos soportes, ya que, como es sabido, la normativa laboral está siempre sometida a frecuentes cambios, modificaciones y derogaciones.

La búsqueda bibliográfica se ha centrado especialmente en manuales especializados en el Derecho Laboral y de la Seguridad Social proporcionados por la Biblioteca de la Facultad de Derecho, así como por el Departamento de Derecho del Trabajo, los cuales han sido mencionados en las citas a pie de página a lo largo del trabajo y reseñados al final en el apartado designado “bibliografía consultada”. Esta búsqueda estuvo orientada a temas tales como: prestaciones de Seguridad Social, en concreto, de maternidad y paternidad; políticas sociales; protección social, entre otros.

También se ha recopilado información a través de revistas de Derecho Laboral y Seguridad Social relacionadas con el tema, tanto en bibliotecas como *on line*.

SEGUNDA.- Cabe destacar que además de la normativa necesaria, en la recogida de información también se prestó especial atención a la jurisprudencia laboral existente sobre esta temática.

Para ello, han sido de gran ayuda bases de datos legales y jurisprudenciales, tales como “*westlaw*” [www.westlaw.es], así como una serie de manuales especializados en jurisprudencia laboral.

TERCERA.- Análisis y revisión, en profundidad, de la normativa laboral y de Seguridad Social existente sobre las prestaciones de maternidad y de paternidad.

CUARTA.- Identificación de los objetivos que se pretenden cumplir y posteriormente, a la vista del material recopilado, proceder a la elaboración de un esquema definitivo del

trabajo, con el objetivo de definir cada uno de los capítulos y epígrafes que conformarían el mismo, para dar una idea clara y concisa al lector del tema sobre el que versará el trabajo.

QUINTA.- Desarrollo del trabajo, conforme al esquema elaborado.

I. INTRODUCCIÓN:

Comenzaremos hablando de tres conceptos por su estrecha relación con el tema que vamos a tratar: políticas sociales, Seguros Sociales y Seguridad Social.

La Constitución española de 1978 (en adelante CE) tuvo un gran peso en el Sistema de Seguridad Social. Así, el artículo 1 CE afirma: “España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho” y, por su parte, el artículo 9 señala que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Por otro lado, el artículo 41 CE establece que todo ciudadano, por el hecho de serlo, tiene derecho a la Seguridad Social y configura a la misma como un régimen público, que ha de ser mantenido precisamente por los poderes públicos.

Entendemos por políticas sociales aquellos mecanismos que el Estado emplea con el objetivo de lograr igualdad y participación social. Para conseguir una vida digna propia del Estado de Bienestar en el que vivimos estas políticas sociales son utilizadas en muchos campos, ya sea: educación, sanidad, vivienda, empleo, tercera edad...

Respecto a los Seguros Sociales son el predecesor de la Seguridad Social y, por ello, tienen una gran importancia. No obstante, en nuestro país la aparición de los mismos fue lenta como consecuencia de la demora del proceso de industrialización.

En este contexto surge la Ley de 30 de enero de 1900, de Accidentes de Trabajo, que introduce en nuestro país el principio de responsabilidad objetiva del empresario. También se creó el Instituto Nacional de Previsión (1908), que supuso la creación del sistema sanitario español. Sin embargo no sería hasta 1919 cuando surgen los primeros seguros sociales, tales como: seguro de maternidad (1929), de accidentes de trabajo (1932), de vejez (1939), de paro forzoso (1961)...

Otro acontecimiento importante relacionado con esta cuestión social tuvo lugar con la Constitución republicana de 1931, la cual, en su artículo 46, estableció lo siguiente: “la República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias para una existencia digna. Su legislación social regulará los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez, y muerte”.

Junto con los Seguros Sociales, la aparición de las Mutualidades Laborales, darían lugar a la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, en la que se define la Seguridad Social como “una tarea nacional que impone sacrificios a los jóvenes respecto a viejos, a sanos respecto a enfermos, a ocupados respecto a los que no lo están, a las actividades económicas en auge y prosperidad respecto a los sectores deprimidos”. Es decir, que el sistema elegido fue el de reparto¹.

Por otro lado, en el artículo 2.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), se hace mención a los rasgos típicos de ésta al establecer que el sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad.

II. SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL:

1. SISTEMA NORMATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Desde un punto de vista normativo, la Seguridad Social se caracteriza por tener un gran número de disposiciones de diferente rango e importancia. Además, es importante destacar que su normativa está siempre sometida a frecuentes cambios, modificaciones y derogaciones.

1.1 Fuentes normativas de la Seguridad Social: La Seguridad Social se ha regulado tanto por normas de Derecho interno como por normas de Derecho internacional.

¹ GARCÍA LÓPEZ, José María y PÉREZ FORNIÉS, Claudia. La Seguridad Social española. Los problemas del Sistema de Pensiones. *Acciones e investigaciones sociales*. Año 1997, nº 6. págs.: 5 y 6. ISSN: 1132-192X.

1.1.1 Fuentes de Derecho interno:

- A) En primer lugar, como norma máxima del Sistema de Seguridad Social se encuentra la Constitución española de 1978.
- B) En segundo lugar, se encuentran la Ley y las demás normas con rango de Ley.
- C) En tercer lugar, estarían las normas reglamentarias.
- D) Después estaría el convenio colectivo (artículo 37 CE).
- E) Por último, se encontrarían la costumbre y los principios generales del Derecho.

Para finalizar habría que añadir la jurisprudencia, de gran importancia en materia de Seguridad Social.

1.1.2 Fuentes de Derecho internacional:

Entre las fuentes de Derecho internacional hay que destacar en primer lugar las declaraciones internacionales de derechos que recogen derechos a la Seguridad Social.

En el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y el Pacto de Nueva York, de derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

En el ámbito europeo, se encontrarían la Carta Social Europea (1950), y dentro del ámbito estrictamente comunitario la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales (1989). Asimismo, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo destacan una serie de Convenios internacionales de Seguridad Social suscritos por España y otros Estados.

2. GESTIÓN Y FINANCIACIÓN.

El Capítulo VII del Título Primero de la LGSS, bajo la rúbrica “Gestión de la Seguridad Social”, establece la estructura de la gestión de la Seguridad Social. Esta estructura está configurada por las Entidades Gestoras (artículos 57 a 61), los Servicios Comunes (artículos 62 a 63) y las Entidades Colaboradoras (artículos 67 a 79).

La gestión de la Seguridad Social en España es una gestión publicada (regulada y controlada por el Estado), descentralizada (territorial y funcionalmente), de articulación pluralista (varias Entidades Gestoras), con un fuerte grado de estatalización, con una limitada participación de los interesados en los órganos de gobierno de las Entidades Gestoras, y con el fomento de formas privadas de gestión, sobre todo en el ámbito de las contingencias profesionales².

Pero ¿a quién corresponde la gestión de la Seguridad Social? Aunque el artículo 41 CE hace referencia a los “poderes públicos”, el artículo 149.1. 17ª CE establece que es competencia exclusiva del Estado la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA).

Por su parte, de acuerdo con el artículo 4 LGSS, corresponde al Estado la ordenación, jurisdicción e inspección de la Seguridad Social. Sin embargo, aunque el titular de las funciones de gestión es el Estado, éste suele delegar en instituciones públicas.

En relación con la financiación del Sistema, la Seguridad Social española tiene un sistema mixto de financiación ya que se utilizan dos de los métodos tradicionales:

- la contribución económica a través de cotizaciones de empresas y trabajadores, y
- la financiación general a través de los impuestos de los ciudadanos.

3. ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN.

3.1 Nivel contributivo y no contributivo:

Tal y como se desprende del artículo 2 LGSS, el Sistema español de Seguridad Social está configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, hecho que aparece reflejado en la prestación de maternidad. La modalidad contributiva de dicha prestación se regula en la sección primera del Capítulo IV bis de

² GÓNZALEZ ORTEGA, Santiago y BARCELÓN COBEDO, Susana. *Introducción al derecho de la Seguridad Social*. Edición 8ª. Lugar de publicación: Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch, 2014. ISBN: 978-84-9086-167-7. pág.: 122.

la LGSS, mientras que la modalidad no contributiva aparece reflejada en la sección segunda del Capítulo IV bis.

Pues bien, entre estos dos niveles existen grandes diferencias. Por ello, es preciso establecer las características básicas de cada uno de ellos.

3.1.1 Nivel contributivo:

- 1º) Es necesario que el sujeto protegido haya desarrollado una actividad profesional y haya contribuido al mantenimiento de las finanzas del Sistema de Seguridad Social.
- 2º) Se exige al sujeto protegido estar en alta y un mínimo periodo de carencia.
- 3º) La cuantía de la prestación económica se establece en función de la cuantía y del tiempo de cotización previo.
- 4º) Para tener derecho a la prestación no es necesario probar la situación de necesidad.
- 5º) La financiación se realiza a través de las cotizaciones o cuotas abonadas por los empresarios y los trabajadores.

3.1.2 Nivel no contributivo:

- 1º) El sujeto protegido carece de recursos económicos, tanto para sí mismo como para las personas que dependen económicamente de él.
- 2º) El interesado ha de acreditar que no tiene recursos o que no los tiene en cuantía superior al denominado “umbral de pobreza”.
- 3º) Esa carencia se ha de mantener a lo largo del disfrute de la prestación.
- 4º) Es necesario que la situación protegida afecte a una persona con residencia en España y, para seguir percibiendo la prestación, ha de conservar esa residencia.
- 5º) En las prestaciones no contributivas da igual que el beneficiario haya trabajado o no.
- 6º) La financiación se realiza mediante impuestos.

3.2 Régimen General y Regímenes especiales:

El nivel no contributivo es unitario, no se divide en Regímenes, mientras que el contributivo sí está dividido en un Régimen General (en adelante RGSS) y en distintos Regímenes Especiales (artículos 9 y 10 LGSS).

En el RGSS están incluidos los trabajadores por cuenta ajena que no les sea de aplicación ninguno de los Regímenes Especiales existentes.

En los Regímenes Especiales se incluyen los siguientes grupos:

- 1) Trabajadores por cuenta propia o autónomos (en adelante RETA).
- 2) Trabajadores del mar (en adelante REMAR).
- 3) Funcionarios públicos, civiles y militares, en proceso de integración en el Régimen General.
- 4) Estudiantes (en adelante REE).
- 5) Los demás grupos que determine el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, como por ejemplo la Minería del Carbón (en adelante REMC).

El RGSS es el eje central del Sistema, el que acoge mayor número de afiliados, el que otorga más prestaciones y el que consume la mayor parte del gasto en Seguridad Social. Además, actúa como referente o modelo de los demás Regímenes Especiales desde todos los puntos de vista: práctico, institucional y organizativo. Así lo establece el artículo 10 LGSS en sus apartados 3 y 4 cuando dice que, pese a la singularidad de los Regímenes Especiales, su regulación debe tender a la “homogeneidad con el Régimen General”. Cabe destacar que las previsiones legales acerca de los Regímenes Especiales apuntan a su desaparición y su integración en el RGSS³.

³ GÓNZALEZ ORTEGA, Santiago y BARCELÓN COBEDO, Susana. *Introducción al derecho de la Seguridad Social*. cit., pág.: 81.

III. PRESTACIÓN DE MATERNIDAD:

1. REGULACIÓN.

Una de las principales novedades, en materia de Seguridad Social, introducida por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, ha sido la de separar expresamente la regulación de la maternidad de la incapacidad temporal⁴.

En la actualidad, la prestación económica de maternidad está regulada en la sección primera del Capítulo IV bis de la LGSS, que comprende los artículos 133 bis (situaciones protegidas), 133 ter (beneficiarios), 133 quáter (prestación económica) y 133 quinquies (pérdida o suspensión del derecho al subsidio por maternidad).

El desarrollo reglamentario de la prestación por maternidad contributiva se contiene fundamentalmente en la sección primera del Capítulo II del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (en adelante RD 295/2009), que comprende sus artículos 2 a 14.

2. LA PRESTACIÓN COMO PROTECCIÓN SOCIAL.

La prestación por maternidad ha ocupado un lugar fundamental en los sistemas de protección social de países de nuestro entorno desde sus orígenes. En efecto, la maternidad biológica (entendida como el proceso biológico que supone la gestación, el parto y el puerperio) fue una de las primeras situaciones objeto de protección desde comienzos del siglo XX. Prácticamente en todos los países europeos se han intentado establecer medidas para proteger esta situación tanto durante las semanas previas al

⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *La protección por maternidad. Análisis normativo en derecho del trabajo y de la Seguridad Social*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch, 1997. ISBN: 84-8002-469-0. pág. 105.

parto, como las inmediatamente posteriores, además de procurar la asistencia sanitaria y el sustento económico durante ese período de tiempo⁵.

Esta prestación responde a varios objetivos: en primer lugar atiende a la salud de la madre, por lo que tiene una finalidad sanitaria, cuyo objeto es evitar los padecimientos de la mujer o, en su caso, mitigarlos, objeto que es el primero que se constituye tanto en el derecho español como internacional; pero, además, la finalidad del descanso se dirige también a la protección de la salud del menor, por lo que la maternidad no se regula de una forma aislada y tanto las normas españolas como las internacionales se refieren al preparto, al parto y al puerperio; de igual modo, la regulación de la protección por maternidad persigue la estabilidad en el empleo, de modo que la maternidad no suponga un freno absoluto a la actividad y a la promoción profesional de la mujer; por último, desde hace varias décadas se ha ido poniendo el acento de la protección por maternidad en el hecho de facilitar la formación y la mejora de una relación afectiva entre los padres y el hijo, lo que explica que esta protección no se haya limitado a la maternidad biológica, sino que se haya extendido a la adopción y al acogimiento⁶.

Se ha ido produciendo una evolución de la protección de la maternidad, de manera que las situaciones protegidas por dicha prestación se han ampliado, no tutelando exclusivamente la maternidad biológica, sino también la adopción o el acogimiento.

Una de las razones que dieron lugar a esta protección fue el índice elevado de mortalidad materna e infantil que surgió debido al trabajo llevado a cabo durante el período de gestación y posparto.

En sus primeros comienzos, la protección se centró en proponer medidas preventivas y prestar asistencia sanitaria. Sin embargo, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, dio lugar a que esta

⁵ FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, Alicia. *La prestación por maternidad*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Albacete. Editorial: Bomarzo, 2013. ISBN: 978-84-15000-88-4. pág. 21.

⁶ PANIZO ROBLES, José Antonio. La protección de la maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo). *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Año 2002, n° 34. págs.: 4 y 5. ISSN: 1137-5868.

protección de la maternidad no se limitara únicamente a medidas de naturaleza preventiva y sanitaria.

En la actualidad, como reconoce la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) en un estudio en el que se analizan las principales disposiciones jurídicas que se encuentran en la legislación sobre protección de la maternidad en todo el mundo: “la importancia que tiene el trabajo remunerado en la vida de la mayoría de los adultos en la sociedad hace que la intersección entre la maternidad y el trabajo sea un elemento central particularmente decisivo en los esfuerzos por conseguir mejoras de salud como de igualdad”⁷. En consecuencia, las medidas de protección de la maternidad se tienen que enfocar en defender el empleo de la mujer y la seguridad de sus ingresos durante el período de maternidad y después del mismo, además de pretender su recuperación física después del parto.

Hoy en día, existe una necesidad de incentivar la natalidad como consecuencia del radical descenso de la tasa de fecundidad en las últimas décadas del siglo pasado, poniendo en peligro el futuro de los sistemas de protección social.

Se ha estructurado, en los últimos años, una serie de medidas para conciliar la vida laboral y familiar con un triple objetivo:

- 1) Igualdad entre hombres y mujeres, y eliminación de discriminaciones.
- 2) Aumento de la tasa de empleo femenino.
- 3) Incremento de la tasa de fecundidad, para garantizar así el relevo generacional.

Así se pone de manifiesto en el informe del Parlamento Europeo, de 6 de febrero de 2011 “sobre la igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea”.

De este modo, en la actualidad, junto con la licencia por maternidad biológica, se reconoce también el derecho a la suspensión del contrato en caso de adopción y acogimiento y, por paternidad, por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la

⁷ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La maternidad en el trabajo: Examen de la legislación nacional. / Resultados de la Base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo*. Edición 2ª. Lugar de publicación: Ginebra, 2010. ISBN: 978-92-2-322927-6. pág. 5.

lactancia natural. Además, se establece también la posibilidad de reducir la jornada de trabajo y la de disfrutar por permisos retribuidos.

En el ámbito de la Seguridad Social, con el objetivo de promover la conciliación de la vida laboral y familiar, aparecen prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. También destacan otras manifestaciones como el llamado “cheque bebé” (Ley 35/2007, de 15 de noviembre), el cual no se prolongó mucho en el tiempo, debido a que cualquiera podía solicitar esta ayuda, independientemente de su renta. El único requisito exigido era la residencia continuada en España dos años antes del nacimiento del bebé.

En este contexto es importante destacar el papel de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI). Las novedades introducidas por esta Ley han sido las siguientes⁸:

1^a) Respecto a la suspensión del contrato por maternidad:

- a) No exigir que la madre sea trabajadora para que el padre pueda ejercitar el periodo de suspensión por maternidad, en caso de fallecimiento de la madre.
- b) No reducción del periodo de suspensión, en caso de fallecimiento del hijo.
- c) Ampliación del periodo de suspensión en caso de partos prematuros con falta de peso y de hospitalización del neonato tras el parto por un periodo superior a siete días.

2^a) En relación con las prestaciones económicas por maternidad:

- a) Reducción de los periodos mínimos de cotización exigidos.
- b) Establecimiento de un subsidio por maternidad especial para el caso de que la madre no cumpla con el requisito del periodo mínimo de cotización exigido.
- c) Establecimiento de la prestación por desempleo, en caso de pasar a situación de maternidad desde aquella.
- d) Establecimiento de periodos de cotización asimilados por parto, a efectos de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente.

⁸ PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás. *La protección de la maternidad, la paternidad y la adopción y acogimiento*. Edición 1^a. Lugar de publicación: Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch, 2008. ISBN: 978-84-8442-548-9. págs. 67 y 68.

De todas las prestaciones anteriormente mencionadas, la prestación de maternidad es el núcleo central en torno al cual se configuran las otras. Por ello, el estudio se centrará en la regulación de la prestación de maternidad en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS), ya que al abordar su análisis, se está abordando el análisis de la misma en el resto de Regímenes.

3. SITUACIONES PROTEGIDAS POR LA PRESTACIÓN DE MATERNIDAD.

Según el artículo 133 bis LGSS, a efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el artículo 49 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP).

3.1 Parto:

La identificación del supuesto de hecho que da lugar a la prestación contributiva de maternidad en caso de parto no plantea problemas, ya que está vinculada a un hecho físico, al contrario que la adopción o acogimiento que requieren una atención especial, al estar ligada a un hecho jurídico.

La causa principal que originó la protección por maternidad fue la alteración de la salud ocasionada a la mujer como consecuencia del parto y que la incapacita para trabajar, de ahí que en un primer momento se protegiera esta situación a través de la incapacidad temporal⁹. Empero, con el paso del tiempo, este objetivo inicial fue ampliándose

⁹ Mediante la Ley de 14 de diciembre de 1942 por la que se crea el seguro obligatorio de enfermedad, se asimiló la maternidad a la enfermedad, puesto que hasta entonces la maternidad contaba con un seguro autónomo.

incorporando también la finalidad de garantizar la integración del hijo en la unidad familiar, lo que dio lugar a la ampliación del permiso más allá del período rigurosamente necesario para la recuperación física de la trabajadora y la incorporación de la adopción y el acogimiento como nuevos supuestos causantes del derecho a la protección por maternidad. Fruto de esta evolución normativa fue la separación de la protección de la incapacidad temporal de la maternidad constituyéndose ésta como una prestación autónoma¹⁰.

En el parto se pretende establecer un período de descanso para la mujer con la finalidad de asegurar su recuperación física y proporcionar los primeros cuidados al recién nacido. Podemos distinguir dos supuestos: muerte del hijo e interrupción del embarazo.

En el primer caso, según el artículo 48.4 ET, sí estaríamos ante la protección por maternidad, ya que ese artículo establece que el simple hecho biológico del parto, con independencia del resultado del mismo, origina esa protección. Además añade que “en el supuesto de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se verá reducido”, lo que indica que la ausencia del hijo por fallecimiento no afecta a la existencia del derecho.

Respecto a la cuestión relativa a si para tener derecho a la prestación por maternidad, es necesario que el hijo fallecido reúna los requisitos que el artículo 30 del Código Civil (en adelante CC) exige para entenderlo nacido, es decir, que permanezca con vida una vez se haya producido el entero desprendimiento del seno materno tenemos que acudir al RD 295/2009. En su artículo 8.4 afirma que, en caso de fallecimiento del hijo, la duración de la prestación no se verá reducida “aún cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 CC para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días”.

3.2 Adopción o acogimiento:

Se regula en el artículo 133 bis y en el artículo 2.1 RD 295/2009. A su vez el artículo 45.1 d) ET reconoce el derecho a la suspensión por maternidad en caso de

¹⁰ FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, Alicia. *La prestación por maternidad*, cit., pág. 32.

adopción y acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple o provisional (siempre que su duración no sea inferior a un año), de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

Que se reconociera expresamente el acogimiento simple como supuesto que da lugar a la prestación de maternidad puso fin a la doctrina judicial que había negado la posibilidad de tener derecho a la prestación de maternidad por este supuesto, por considerar que era una situación simplemente circunstancial¹¹. Una de las principales características de la regulación del RD 295/2009 fue que amplió los supuestos que daban lugar a la prestación de maternidad por adopción o acogimiento, incorporando incluso la situación de tutela cuando el tutor fuera un familiar que no pudiera adoptar al menor (artículo 2.1 RD 295/2009). Tal sería el caso de los abuelos u otros familiares que se hacen cargo del cuidado de los menores por fallecimiento de sus padres¹².

En definitiva los supuestos que posibilitan el acceso a la prestación de maternidad contributiva por adopción o acogimiento son los siguientes:

- a) Adopción;
- b) Acogimiento familiar preadoptivo;
- c) Acogimiento familiar permanente;
- d) Acogimiento familiar simple, incluidos los provisionales siempre que su duración no sea inferior a un año;
- e) Tutela cuando el tutor sea un familiar que no pueda adoptar al menor.

Estarían incluidos en esta regulación general de maternidad, adopción o acogimiento todos los trabajadores, tanto los del Régimen General como los de Regímenes Especiales, con las peculiaridades establecidas para cada Régimen según el artículo 1.1

¹¹ STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social), sentencia núm. 2421/2000, de 30 de enero de 2001 y STSJ de Galicia (Sala de lo Social), sentencia núm. 1847/2000, de 14 de julio de 2000.

¹² BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La prestación de maternidad*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch, 2013. ISBN: 978-84-9004-932-7. pág. 24.

RD 295/2009. En el caso particular de los trabajadores autónomos, éstos requieren un tratamiento específico y diferenciado.

4. REQUISITOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN.

4.1 Requisitos:

En relación con la prestación de maternidad, el artículo 133 ter LGSS, relativo a los “beneficiarios” de la prestación, enumera los requisitos que han de reunir los trabajadores para tener derecho a la misma. Así, además de establecer la exigencia de que los trabajadores disfruten de los periodos de descanso por maternidad, dispone que será necesario reunir los requisitos generales establecidos en el artículo 124.1 LGSS, es decir, estar afiliados, en alta o situación asimilada y acreditar determinados periodos de cotización.

Cabe destacar que estos requisitos se exigen tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los trabajadores por cuenta propia incluidos en algún régimen de la Seguridad Social, ya que de acuerdo con el artículo 3 RD 259/2009 ambos sujetos son beneficiarios del subsidio.

4.1.1 Ejercicio del derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad.

En relación con el requisito de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, aunque la titularidad del derecho es de la madre (en caso de nacimiento), también se permite que el otro progenitor disfrute de la suspensión, ya sea por cesión de la mujer trabajadora o por fallecimiento de la misma, o cuando ésta no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a una prestación.

A continuación se analizarán, por un lado, aquellos supuestos en los que tiene lugar la suspensión del contrato de trabajo por maternidad y, por otro, los sujetos que tienen derecho a dicha suspensión.

El artículo 48.4 ET modela el permiso por maternidad por parto como un derecho de titularidad materna¹³, de manera que el otro progenitor tendrá derecho al descanso en caso de que la madre biológica le ceda el derecho o en caso de que la trabajadora no pueda disfrutar del descanso, ya sea por su fallecimiento o porque no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a una prestación.

Afianzar la salud de la mujer trabajadora después del parto, la lactancia natural y la especial relación de afectividad entre la madre y el hijo son las principales razones que justifican el trato diferenciado entre ambos progenitores¹⁴.

En caso de disfrute de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad por el otro progenitor¹⁵, podemos distinguir varios supuestos:

A) Por cesión de la madre biológica:

Esta posibilidad viene prevista y recogida en el artículo 48.4 ET cuando establece que “sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre”.

Respecto al tema de que ambos progenitores trabajen es necesario poner de manifiesto que, para poder ceder el derecho, la madre debe estar dentro del sistema de Seguridad Social o en el RETA, no siendo suficiente que lleve a cabo una actividad profesional¹⁶.

¹³ El artículo 48.4 ET se refiere a la trabajadora o madre cuando establece que: “El periodo de suspensión se distribuirá a opción de la interesada (...)”.

¹⁴ Así lo reconoce de forma reiterada el TJCE en las sentencias de 12 de julio de 1984 (asunto Hofmann) y de 30 de septiembre de 2010 (asunto C-104/09). Asimismo, y en este sentido, también se ha pronunciado el TC (Sala Pleno) en la sentencia 75/2011, de 19 de mayo de 2011, y en la sentencia 152/2011, de 29 de septiembre de 2011.

¹⁵ Tras la reforma de la LOI, se eliminaron todas las referencias al padre como posible titular del derecho, sustituyéndolas por la expresión “el otro progenitor”, con el objetivo de facilitar en las uniones del mismo sexo la posibilidad del disfrute del permiso a quien no sea la madre con independencia de su género.

¹⁶ STSJ del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2009/2006, de 5 septiembre de 2006. El caso versa sobre una madre que realiza una actividad profesional como abogada en ejercicio, que

Así, podemos distinguir tres requisitos: 1) que ambos progenitores trabajen; 2) que el tiempo cedido no afecte al periodo de descanso obligatorio de seis semanas; 3) que la opción se realice al inicio del periodo de descanso.

1) Que ambos progenitores trabajen:

Es indiscutible que la cesión se podrá ejercitar cuando ambos progenitores sean trabajadores por cuenta ajena, pero cabría plantearse si sería posible en caso de que la madre no sea trabajadora por cuenta ajena y el padre trabajador sí lo sea, y el caso contrario, es decir, si la madre es trabajadora por cuenta ajena y el otro progenitor no.

En el primer caso son posibles varias apreciaciones. La primera sería que siendo la madre la titular del derecho al descanso y al no estar incluida en el ámbito de aplicación del ET, no puede ceder al otro progenitor un derecho que no tiene¹⁷. Sin embargo, existen otras interpretaciones dependiendo de si la madre trabaja como funcionaria, personal estatutario o trabajadora por cuenta propia:

a) Si la madre presta servicios como funcionaria o personal estatutario incluido en el ámbito de aplicación del EBEP, sí está admitida la cesión del derecho al descanso por maternidad puesto que el artículo 49 a) EBEP regula el permiso por parto de manera idéntica a la de la regulación de la suspensión del contrato por maternidad del artículo 48.4 ET. En caso de que la trabajadora funcionaria no estuviera incluida en el EBEP, habría que estar a lo que indique la norma aplicable en cada caso¹⁸.

no ha determinado su inclusión en la Seguridad Social al haber optado voluntariamente por incorporarse a la Mutuality General de la Abogacía en lugar de al RETA, que sí cubre dicha contingencia. Considera, por tanto, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco que: “no tiene derecho a la prestación de maternidad del sistema de la Seguridad Social, por no reunir el requisito exigido por el artículo 133 ter de estar afiliada y en alta en alguno de los regímenes de la Seguridad Social”.

¹⁷ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 9493/2008, de 17 diciembre. La Sala consideró no ser posible atender a la petición del demandante al ser su esposa trabajadora autónoma, careciendo del derecho a suspender su contrato de trabajo por disfrute del permiso por maternidad y, por tanto, la posibilidad de su cesión al padre.

¹⁸ STS (Sala de lo Social), sentencia núm. 1479/2000, de 28 de diciembre de 2000. En esta sentencia, la madre, en su calidad de Registradora de la Propiedad, está incluida en el Régimen de Clases Pasivas del Estado. Así pues, la Sala de lo Social del TS considera que “la esposa del demandante, por su condición de Registradora de la Propiedad y por participar en la Función Pública, queda fuera del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, de modo que no puede ser titular de ninguno de los derechos reconocidos en tal cuerpo normativo a los trabajadores por cuenta ajena y, consiguientemente, no puede hacer cesión a su marido de un derecho del que carece”.

b) Si la madre es trabajadora por cuenta propia, se establece un régimen de descanso igual al establecido para las trabajadoras por cuenta ajena. Por tanto, la trabajadora autónoma sí puede ceder parte de su descanso a favor del otro progenitor cuando éste es un trabajador por cuenta ajena. Sin embargo, para evitar supuestos de desprotección, los artículos 48.4 ET y 3.4 RD 295/2009 prevén que en caso de que la trabajadora por cuenta propia no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestación, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre.

En el segundo caso, es decir, si la madre es trabajadora por cuenta ajena y el otro progenitor no lo es, también está justificada la cesión del derecho al descanso por maternidad a favor del otro progenitor, siempre y cuando éste trabaje.

En el supuesto de que la madre no trabajase, y no esté incluida en un régimen del sistema de la Seguridad Social, no podría ceder al otro progenitor el derecho a una parte del descanso por maternidad. No obstante, si falleciera la madre, independientemente de que ésta trabajase o no, tendrá derecho el otro progenitor a la prestación por maternidad durante todo el periodo de descanso, siempre que reúna los requisitos exigidos.

2) Que el tiempo cedido no afecte al periodo de descanso obligatorio de seis semanas:

Respecto a este requisito relativo al periodo de descanso obligatorio, su finalidad es asegurar la recuperación física de la trabajadora después del parto.

3) Que la opción se realice al inicio del periodo de descanso:

En relación con el tercer requisito de que la opción tenga lugar al inicio del periodo de descanso, la razón de este requisito se encuentra en las necesidades organizativas que tienen las empresas de conocer los recursos humanos con que cuentan para que el ejercicio del derecho del trabajador no ocasione repentinas alteraciones en la organización productiva¹⁹.

¹⁹ LOUSADA AROCHENA, José Fernando. *Permiso por paternidad y conciliación masculina*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Albacete. Editorial: Bomarzo, 2008. ISBN: 978-84-96721-56-2. pág. 61.

Sobre este requisito ha habido bastante controversia, pues aunque la norma señala que la posibilidad de optar porque el otro progenitor disfrute de parte del descanso posterior al parto debe realizarse: “al iniciarse el período de descanso...”, algún TSJ ha considerado que si se produce una opción posterior, y “si se ha producido efectivamente el disfrute por el padre, no existe razón alguna para denegarle el derecho a la percepción del subsidio, a pesar de que la madre hubiera manifestado su opción una vez iniciado el periodo de descanso”²⁰.

B) Por fallecimiento de la madre:

Se refiere a esta posibilidad el artículo 48.4 ET al establecer que “en caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto”.

Tiene como objetivo este precepto asegurar el cuidado del recién nacido por el otro progenitor, debido al fallecimiento de la madre. Respecto a la causa y al momento del fallecimiento la norma no lo determina, por lo que el padre tendrá derecho a la prestación con independencia de la causa del fallecimiento y de que tenga lugar durante el parto o en un momento posterior.

En relación a la duración del descanso establece que cuando el fallecimiento tenga lugar durante el parto, el descanso abarcará la duración total del derecho; mientras que si tiene lugar en un momento posterior tendrá derecho a la parte que restase para completar el total del periodo legalmente establecido y sin que se tenga en cuenta el periodo que la madre hubiera podido disfrutar antes del mismo.

Aunque el artículo no dice nada respecto a si el otro progenitor, en caso de fallecimiento tanto de la madre como del hijo, sigue manteniendo el derecho al descanso debido a la

²⁰ STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), sentencia núm. 496/2008, de 20 de febrero de 2008.

finalidad de la norma que es el cuidado del recién nacido, lo más lógico es pensar en no mantener el derecho a la suspensión²¹.

C) Por ausencia de derecho materno:

El artículo 48.4 ET, párrafo 4º establece que: “En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre”.

Es necesario que la madre ejerza una actividad distinta del trabajo por cuenta ajena (sometida al ET) y no tenga derecho a suspender dicha actividad con derecho a la prestación por maternidad o al subsidio no contributivo por maternidad; y el otro progenitor sí ha de ser trabajador por cuenta ajena, ya que se habla de “suspensión de actividad profesional” de la madre y de “suspensión del contrato” del otro progenitor.

En consecuencia, sólo podrán ser trabajadoras autónomas o por cuenta propia que no tengan la obligación de inscribirse en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA), de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de Ley sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (en adelante LOSSP)²².

La finalidad de esta posibilidad del otro progenitor de suspender su contrato de trabajo no es otra que asegurar la debida atención del recién nacido.

Respecto a la duración del descanso por maternidad del otro progenitor, es la establecida con carácter general en el ET, es decir, dieciséis semanas de acuerdo con el artículo 48.4 ET, párrafo 3º.

²¹ LOUSADA AROCHENA, José Fernando. *Permiso por paternidad y conciliación masculina*, cit., pág. 54.

²² CABEZA PEREIRO, Jaime. *La maternidad de las profesionales aseguradas por Mutualidades de Previsión Social alternativas del Reta. Derecho del otro progenitor. Mujer, trabajo y Seguridad Social*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Madrid. Editorial: La Ley, 2010. ISBN: 978-84-8126-731-0. págs. 347 y ss.

4.2 Requisitos contributivos:

4.2.1 Afiliación y alta:

El artículo 133 ter LGSS exige que el trabajador se encuentre afiliado y en alta o en situación asimilada al alta cuando tenga lugar la contingencia para causar derecho a la prestación por maternidad.

La afiliación es aquel 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 RD 84/1996).

Por su parte, el alta es también un 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 7.1 RD 84/1996).

Por otro lado, el alta asimilada o situación asimilada al alta son situaciones en las que el trabajador no está trabajando, pero que el legislador considera que merecen ser protegidas para acceder a una prestación. Por ello, protege al trabajador en supuestos como suspensiones o extinciones del contrato (artículo 4 RD 295/2009).

A) Situación asimilada al alta:

Se refiere a aquellas situaciones en las que, pese a no existir un acto administrativo o una efectiva prestación de servicios, se considera cumplido el requisito.

Se produce en determinados supuestos establecidos expresamente por la ley, en los cuales, a pesar de haberse producido el cese temporal o definitivo en la actividad profesional, se considera que debe mantenerse la situación de alta en que se encontraba el trabajador antes del cese.

En resumen, son situaciones en las que el trabajador no está trabajando pero que el legislador estima que merecen ser protegidas para acceder a una prestación. Por ello, protege al trabajador en supuestos como suspensiones o extinciones del contrato.

En relación con la prestación de maternidad, el artículo 4 RD 295/2009 establece una enumeración extensa y cerrada de situaciones asimiladas al alta. De esta forma los supuestos no contemplados en dicho precepto no pueden considerarse como situación asimilada al alta²³, sin perjuicio de los supuestos creados por la jurisprudencia para evitar situaciones de desprotección, como los periodos de tramitación del juicio de despido declarado improcedente o nulo y la suspensión de empleo y sueldo por motivos disciplinarios.

A continuación procederemos a analizar las nueve situaciones asimiladas al alta reguladas en el artículo 4 RD 295/2009:

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

- Esta situación se puede deducir también del artículo 222.3, párrafo 3º LGSS, cuando dicho artículo dispone que “cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de maternidad o de paternidad, percibirá la prestación por estas últimas contingencias en la cuantía que corresponda”.

Durante la percepción de la prestación contributiva por desempleo, se mantiene la obligación de cotizar por contingencias comunes (artículo 214 LGSS).

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, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 46.1 y 48.3 ET.

²³ STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1139/2011, de 13 de octubre de 2011. Según el parecer de la Sala, la enumeración del artículo 4 RD 295/2009 tiene carácter cerrado, por lo que únicamente se considerarán como situaciones asimiladas al alta las establecidas en dicho artículo.

- Con carácter general, la excedencia forzosa como situación asimilada a la de alta viene prevista en los artículos 125.2 LGSS y 36.1.2º RD 84/1996.

Se debe destacar que el RD 295/2009 no incluye en este artículo el supuesto de excedencia por motivos familiares, ya sea para el cuidado de hijos o de otros familiares; pero el RD 1335/2005, de 11 de noviembre sí reconoce tal situación durante los dos primeros años para el cuidado de hijos y durante el primer año para el cuidado de familiares.

No obstante, la disposición adicional cuarta RD 295/2009 reconoce como situación asimilada al alta el periodo de tiempo que el trabajador permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares, que exceda del periodo considerado como de cotización efectiva en el artículo 180 del Ley General de la Seguridad Social “salvo en lo que respecta a incapacidad temporal, maternidad y paternidad”. De esta manera, el último año de excedencia por cuidado de familiares no es considerado situación asimilada al alta.

Por último, se debe tener en cuenta que los efectos de la excedencia sobre la relación de Seguridad Social solo afectan al personal al servicio de las Administraciones públicas y a los trabajadores por cuenta ajena.

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

- Los artículos 125.2 LGSS y 36.1.5 RD 84/1996 reconocen, con carácter general, el traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional como situación asimilada al alta.

Cabe destacar que la consideración de situación asimilada al alta no afecta a todos los trabajadores que sean trasladados por la empresa al extranjero, puesto que el artículo 2 de la Orden Ministerial de 27 de enero de 1982 (en adelante OM 27-1-1982) excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores trasladados a un país con el que España tenga suscrito convenio por el cual el trabajador permanezca sujeto a la legislación española con obligación, durante el traslado, de cotizar a la Seguridad Social; y también excluye a los trabajadores trasladados al territorio de un

país con el que España tenga suscrito convenio y se establezca el reconocimiento de las cotizaciones realizadas en dicho país a efectos de la Seguridad Social española.

En relación con la duración del traslado, no tiene importancia y no se distingue entre traslado y desplazamiento.

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 no se correspondan con los de prestación de servicios.

5.ª La situación del trabajador durante el periodo correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por él 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.

- La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOMPIVG) estableció la posibilidad de que las trabajadoras víctimas de la violencia de género, ya sea por cuenta ajena como por cuenta propia, pudieran suspender su contrato de trabajo por una duración máxima de seis meses, prorrogables por períodos de tres meses con un máximo de dieciocho meses (artículo 48.6 ET).

7.ª La situación de desplazamiento al extranjero por razón de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena que realicen labores agrarias.

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, regulados, respectivamente, en los artículos 11 y 12 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.

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.

- Si durante el periodo de inactividad el trabajador está percibiendo la prestación por desempleo de nivel contributivo, no se considerará en situación asimilada al alta, ya que en este caso ya tendría acceso a prestación por maternidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 222.3 LGSS.

Además de estas nueve situaciones asimiladas al alta reguladas en el artículo 4 RD 295/2009, si se extingue el contrato de trabajo durante la incapacidad temporal, el trabajador produce baja en el sistema de la Seguridad Social y finaliza la obligación de cotizar por el empresario.

Por lo tanto, en caso de darse la maternidad el trabajador no tendría derecho a la prestación de maternidad debido a que no reúne el requisito de alta. Para solucionarlo, el RD 259/2009 reconoce en el artículo 10 el derecho a la prestación de maternidad desde la situación de incapacidad temporal de la trabajadora que subsista después de la extinción del contrato de trabajo.

B) Situación de alta especial:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 125.6 LGSS, durante las situaciones de huelga y cierre patronal el trabajador permanecerá en situación de alta especial en la Seguridad Social. Por tanto, no se da de baja al trabajador sino que se incluye dentro de esta modalidad denominada “alta especial”.

Esta situación de alta especial, por un lado, conlleva la finalización de la obligación de cotizar tanto por parte del empresario como del trabajador y, por otro, que el trabajador no pueda acceder a las prestaciones por desempleo e incapacidad temporal.

Respecto a la prestación de maternidad, el artículo 8.8 RD 259/2009 establece que las situaciones de huelga y cierre patronal no impedirán el reconocimiento y percepción del subsidio por maternidad.

C) Alta presunta o de pleno derecho:

Este tipo de alta se produce cuando el empresario incumple sus obligaciones de afiliación, alta y/o cotización.

En esta situación, el sistema de la Seguridad Social protege automáticamente la situación del trabajador a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo. La misma protección se llevará a cabo a efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral (artículo 125.3 LGSS)

Se aplica en estos casos, por tanto, el principio de automaticidad de las prestaciones, puesto que una vez que se produce la contingencia que da lugar a la prestación, ésta se abonará directamente por la Entidad Gestora de la Seguridad Social.

Cabe destacar que no se incluye dentro del alta presunta o de pleno derecho la contingencia por maternidad, teniéndola en cuenta solo a efectos de la asistencia sanitaria. Por ello, en caso de incumplimiento de la obligación de afiliación o alta, el empresario será el responsable de la prestación, sin que se aplique el citado principio²⁴.

4.2.2 Cotización previa o carencia:

Con la afiliación y el alta se comprueba que el trabajador estaba en activo o situación asimilada cuando ocurrió la contingencia, mientras que con el periodo de cotización previa o carencia se corrobora que el trabajador ha contribuido previamente al sostenimiento económico del sistema.

La carencia es un requisito de acceso a las prestaciones profesionales y contributivas que consiste en la exigencia de un tiempo mínimo de cotización, previo a la actualización de la contingencia protegida.

²⁴ STSJ de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 887/2011, de 27 de mayo de 2011. Considera la Sala que “dado que en la fecha del hecho causante la actora no se hallaba formalmente en alta, la prestación en tal fecha devengada, si bien debe ser abonada por deberse la falta de alta formal al incumplimiento de la empleadora, no debe ser abonada ni anticipada por la Entidad Gestora”. En consecuencia, condena en exclusiva a la empresa sin hacer responsable del anticipo a la Entidad Gestora.

En relación con la prestación de maternidad, el periodo de carencia o de cotización previa se regula en el artículo 133 ter LGSS y en el RD 259/2009 (concretamente en el artículo 5). Se fija la cotización previa o carencia por tramos de edad, de forma que el trabajador debe acreditar una determinada carencia dependiendo de la edad que tenga en la fecha del parto.

Así establece el artículo 133.1 ter LGSS que serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 124.1 y las demás que reglamentariamente se establezcan, acrediten los siguientes períodos mínimos de cotización:

a) Si el trabajador tiene menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización.

- A pesar de que no exigirse carencia, cabe destacar que la prestación sigue teniendo naturaleza contributiva. Tiene como objetivo facilitar el acceso a la prestación por maternidad por parte del trabajador, debido a que por su juventud es posible que no pueda acreditar un determinado periodo de cotización.

b) Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de noventa días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita ciento ochenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

c) Si el trabajador es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de ciento ochenta días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento

de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita trescientos sesenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

Es importante señalar que, pese a la finalidad del legislador de facilitar el acceso a la protección a los trabajadores con más dificultades para cumplir el requisito de cotización previa, la edad de acceso al mercado laboral es tardía²⁵, por lo que los tramos de edad establecidos en la norma no responden a la realidad del mercado laboral y, por tanto, pueden causar situaciones de desprotección²⁶.

A) Cómputo del periodo de carencia:

Para realizar el cómputo se debe tener en cuenta la edad del trabajador, tomando como referencia el hecho biológico del parto. En caso de que la madre disfrute antes del parto de parte del descanso, la edad será la que tenga en el inicio de la suspensión del contrato (artículos 133 ter LGSS, apartado 2º y 5.3 RD 295/2009); y para el otro progenitor se tendrá en cuenta la edad que tenga cuando nazca el hijo.

Si el trabajador tiene entre 21 y 26 años de edad se exige un periodo de carencia de noventa días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso, o bien de ciento ochenta días cotizados a lo largo de su vida laboral. En el primer caso, computarán todas las cotizaciones realizadas por el trabajador en los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso; mientras que en el segundo caso, computarán todas las cotizaciones realizadas hasta el inicio del descanso; y las mismas reglas se aplican a los trabajadores mayores de 26 años.

Además, también se han de computar tanto los días efectivamente cotizados como las cotizaciones correspondientes a las gratificaciones extraordinarias establecidas por ley

²⁵ Según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), la población activa en la franja de edad comprendida entre dieciséis y diecinueve años durante el primer trimestre del 2015 era de 1,1% respecto del total de la población activa; mientras que para el intervalo de edad que va desde los veinte a los veinticuatro años, el porcentaje era del 5,6%.

²⁶ LÓPEZ GANDÍA, Juan. *Medidas de Seguridad Social en la Ley de Igualdad*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Albacete. Editorial: Bomarzo, 2009. ISBN: 978-84-96721-66-1. págs. 162 y 163.

(artículos 109 y 124.2 LGSS). De esta manera, las dos gratificaciones extraordinarias se prorratean en la base de cotización mensual dando lugar a sesenta días teóricos de cotización.

Es importante destacar, en relación con la prestación de maternidad, que el artículo 133 ter LGSS permite que las cotizaciones efectuadas computen aunque se hayan consumido para lucrar otras prestaciones del sistema²⁷. También conviene tener en cuenta que se computan todas las cotizaciones realizadas al Sistema de la Seguridad Social independientemente del Régimen en el que se hayan realizado, el llamado “cómputo recíproco de cotizaciones”²⁸.

En relación con las cotizaciones asimiladas, son aquellos periodos en los cuales a pesar de haber ingresado cotizaciones a la Seguridad Social, se consideran igualmente como tiempo de cotización efectiva.

Así, para tener derecho a la prestación de maternidad se consideran como periodos de cotización efectiva:

- extinción del contrato durante la baja por maternidad o paternidad;
- periodo de maternidad o paternidad que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo;
- los tres primeros años en el supuesto de excedencia por cuidado de hijos y el primer año en la excedencia por cuidado de familiares;
- el periodo de suspensión, con reserva de puesto de trabajo, de la trabajadora víctima de violencia de género;
- y el periodo de suspensión del contrato de trabajo disfrutado por la madre biológica antes del parto.

²⁷ STS (Sala de lo Social), sentencia núm. 3137/1997, de 10 de febrero de 1998.

En esta sentencia se analiza si un trabajador declarado afecto de incapacidad permanente total para su profesión habitual, que inicia una nueva actividad laboral y en ella sufre una baja médica por enfermedad, debe o no acreditar, un periodo laboral de seis meses y la consiguiente cotización de ciento ochenta días, o si le son computables para lucrar ésta las cotizaciones que sirvieron para reconocer la invalidez permanente. La Sala de lo Social del TS sostiene que: “el trabajador declarado afecto de una incapacidad permanente con derecho a la correspondiente pensión no tiene que acreditar un nuevo período de cotización de seis meses entre la declaración de incapacidad permanente y la nueva baja, sino que estima que debe operar la regla general del cómputo”.

²⁸ El “cómputo recíproco de cotizaciones” es una regla según la cual las cotizaciones realizadas a un Régimen del Sistema de Seguridad Social se computan para la solicitud de prestaciones en otro cualquiera de esos Regímenes.

B) Trabajadores fijos-discontinuos y a tiempo parcial:

El sistema de la Seguridad Social establece un régimen de protección en torno a la figura de un trabajador a tiempo completo que cuenta con una retribución mensual. Como consecuencia de esto, para el caso de trabajadores fijos-discontinuos o a tiempo parcial es necesario establecer una serie de reglas especiales.

Para los trabajadores a tiempo parcial, la disposición adicional séptima de la LGSS establece que “la base de cotización a la Seguridad Social y de las aportaciones que se recaudan conjuntamente con las cuotas de aquélla será siempre mensual y estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias”. Si se aplicasen las reglas establecidas, con carácter general, para los trabajadores a tiempo completo, los trabajadores a tiempo parcial necesitarían prestar servicios durante muchos más días naturales para poder tener derecho a la prestación por maternidad²⁹.

La disposición adicional séptima de la LGSS, para solucionarlo, fija una serie de medidas correctoras que, de acuerdo con su apartado segundo, también son aplicables a los trabajadores fijos-discontinuos.

En primer lugar, establece la transformación de las horas trabajadas en días teóricos de cotización. Para ello, el número de horas totales trabajadas se divide entre cinco, asimilándose la fracción de día a un día completo³⁰.

Y, en segundo lugar, prevé que el periodo de tiempo inmediatamente anterior al inicio del descanso, en el que debe estar comprendido el período mínimo de cotización exigido, se incremente en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada

²⁹ LÓPEZ GANDÍA, Juan y TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel. *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*. Edición 2ª. Lugar de publicación: Albacete. Editorial: Bomarzo, 2014. ISBN: 978-84-15000-59-4. págs. 18 y ss.

³⁰ Se ha modificado por la STJUE (Sala octava), número de recurso C-385/11, de 22 de noviembre de 2012, la cual ha considerado que el actual sistema para determinar la cotización previa de los trabajadores a tiempo parcial es contrario al artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, en la medida que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una prestación.

por el trabajador y la jornada habitual en la actividad correspondiente y exclusivamente en relación a los períodos en que se hubiera realizado una jornada inferior a la habitual (artículo 23.1 RD 295/2009).

No obstante, esta segunda medida ha sido derogada de acuerdo con la nueva redacción de la disposición adicional séptima de la LGSS dada por el artículo 5 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto (actualmente Ley 1/2014, de 28 de febrero), para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

5. DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN.

Según el artículo 133 bis LGSS, la duración de la prestación por maternidad se extiende durante los periodos de descanso que por maternidad se disfruten de acuerdo con lo previsto en los artículos 48.1 ET y 49 a) y b) EBEP. En consecuencia la duración de la prestación será, con carácter general, de dieciséis semanas ininterrumpidas (artículo 48.4 ET).

El artículo 8.1 RD 295/2009 establece que “se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el periodo de descanso correspondiente, de acuerdo con las normas aplicables en cada caso”. Se concede a la trabajadora la posibilidad de iniciar el descanso hasta un máximo de diez semanas antes de la fecha prevista para el nacimiento.

En caso de cesión por la madre a favor del otro progenitor del derecho a la suspensión, el disfrute del descanso será el acordado por los progenitores.

Por el contrario, en caso de fallecimiento de la trabajadora o cuando ésta no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestación, el periodo de descanso se computará desde la fecha del parto.

En el supuesto de que el período de vacaciones fijado en el calendario de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el

artículo 48.4 y 48.bis ET, afirma el artículo 38.3 ET que “se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan”. A este respecto se pronuncia el TS considerando que “negar la compatibilidad de la vacación anual con el disfrute del periodo por baja maternal, supondría establecer una discriminación entre el hombre y la mujer, puesto que solo la mujer sería perjudicada al reducirse a suprimirse su vacación anual debido a la maternidad”³¹.

5.1 Cómputo del periodo de suspensión:

Los artículos 48.4 y 8.3 RD 295/2009 establecen que el descanso por maternidad se debe disfrutar de forma ininterrumpida. La finalidad es evitar posibles requerimientos por parte del empresario de fraccionamiento que dejen vacío de contenido el derecho³². Cuando el descanso por maternidad se realice a jornada completa, el cómputo del periodo de descanso se realizará en días naturales. Por su parte, cuando se realice a jornada parcial, la disposición adicional primera RD 259/2009 fija dos reglas:

- 1) “El periodo durante el que se disfrute el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice”.
- 2) “El tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante”. En consecuencia, para el cómputo de descanso por maternidad, se considerará trabajo efectivo todo el tiempo en el que no se presten servicios, incluyendo el tiempo en el que no exista obligación de trabajar y el tiempo no trabajado por no ser exigible el trabajo³³.

³¹ STS (Sala de lo Social), sentencia núm. 4291/2004, de 10 de noviembre de 2005. La Sala estima que “la baja por maternidad se singulariza por el necesario descanso que la mujer precisa después del parto y en la obligada atención que ha de prestar al recién nacido, objetivos éstos que son claramente distintos del que se protege con la vacación anual y que no es otro que el de propiciar una recuperación, tanto física como psíquica, tras la prestación, continuada o no, de servicios durante todo el año a la empresa”.

³² BALLESTER PASTOR, María Amparo. Licencia por maternidad: aspectos laborales y de seguridad social. *Cuadernos de derecho judicial*. Año 2006, nº 17. págs.: 49-96. ISSN: 1134-9670. págs. 73 y 74.

³³ VIQUEIRA PÉREZ, Carmen. *Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch, 2003. ISBN: 978-84-84428-72-5. pág. 79.

En caso de parto prematuro o cuando el recién nacido requiera hospitalización a continuación del parto, se permite solicitar la interrupción del descanso y de la prestación por maternidad con la finalidad de flexibilizar el disfrute del descanso en pos del bienestar del recién nacido³⁴. La solicitud puede ser ejercitada por el beneficiario, en caso de interrupción de la prestación por maternidad; o bien por la madre, o en su defecto, por el otro progenitor (artículo 48.4 ET), en el supuesto de interrupción del descanso por maternidad.

De esta manera, el otro progenitor podría suspender su descanso por maternidad en caso de que fallezca la trabajadora o cuando ésta no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestación.

5.2 Supuestos especiales:

5.2.1 Ampliación de la duración de la suspensión y prestación por maternidad:

Existen una serie de supuestos especiales, previstos por el RD 295/2009, en los cuales se permite ampliar la duración ordinaria de dieciséis semanas. El objetivo principal de esta ampliación es dar a los padres un tiempo extra para atender a su hijo.

- Parto múltiple: Se permite ampliar la duración de la suspensión y prestación por maternidad en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo.

- Discapacidad del hijo: Según establecen los artículos 48.4 ET, párrafo 9 y 8.3 RD 295/2009, la duración de la suspensión y prestación por maternidad se ampliarán en dos semanas adicionales por cada hijo que tenga discapacidad.

El artículo 8.7 RD 295/2009 exige la discapacidad se valore en un grado igual o superior al 33%. En caso de menores de tres años cuando la valoración sea, al menos, del grado 1 moderado. Y, cuando el grado de discapacidad no haya sido determinado, tratándose de recién nacidos, será suficiente un informe del Servicio Público de Salud o

³⁴ FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, Alicia. *La prestación por maternidad*, cita., pág. 113.

informe médico de un hospital público o privado, en este último caso avalado por el Servicio Público de Salud, en el que se haga constar la discapacidad o su posible existencia.

- Hospitalización del menor se prolongue más allá de 7 días: Se permite ampliar la duración del permiso por maternidad en tantos días como el menor deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, hasta un máximo de trece semanas adicionales. Por tanto, en estos casos el período de suspensión tendría una duración máxima de veintinueve semanas, salvo que existan otras circunstancias personales que podrían ampliar este período (por ejemplo, discapacidad del menor, que hubiese sido un parto múltiple...). Si agotado este periodo, el menor continuara hospitalizado, se abrirían de nuevo las posibilidades de ausencia del trabajo o la reducción de la jornada, en los términos contemplados en el artículo 37.4 bis ET³⁵.

Para poder ampliar la duración del descanso y de la prestación por maternidad se exigen tres requisitos:

- 1) Que la hospitalización tenga su origen en el estado de salud del recién nacido;
- 2) Que la hospitalización tenga lugar a continuación del parto;
- 3) Que la hospitalización sea superior a siete días (artículo 8.9 RD 295/2009).

5.2.2 Fallecimiento de la trabajadora en el parto:

Según el artículo 3.3 RD 295/2009, si en el parto se produce el fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la prestación económica de maternidad durante todo el periodo de descanso o durante la parte que quedara por disfrutar de dicho periodo, computado desde la fecha del parto, siempre que aquél acredite los requisitos para acceder a la prestación y sin que se descuente la parte que la madre hubiera podido percibir antes.

³⁵ GABINETE JURÍDICO DEL CEF. Autores varios (AA.VV.). La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con la maternidad. *Revista mensual de trabajo y Seguridad Social*. CEF. Edición 1ª. Editorial: Centro de Estudios Financieros, Año 2009. ISSN: 1138-9532.

5.2.3 Error en la fecha del parto:

En el supuesto de maternidad biológica, hay que tener en cuenta que el derecho a la protección nace desde el mismo día de la fecha del parto o la del inicio del descanso.

De acuerdo con el artículo 48 ET, la suspensión del contrato de trabajo por maternidad incluye diez semanas que podrán ser disfrutadas antes o después del parto, a opción de la madre. En estos casos pueden plantearse problemas si, por un error en el pronóstico del parto, éste se retrasa de modo que la trabajadora completa las diez semanas sin haberse producido el nacimiento. Para estos supuestos, como el error es del médico, se ha establecido que las consecuencias del mismo no sean sufridas por la trabajadora.

De este modo, si la trabajadora ha decidido disfrutar de las diez semanas enteras antes del parto y solo le quedaran las seis semanas de descanso obligatorio, no sería posible reducir la duración de esas seis semanas, tal y como establece el artículo 3.4 del Convenio 103 OIT, ratificado por España el 17 de agosto de 1965.

Y, en caso de que la trabajadora hubiera disfrutado de parte de esas diez semanas de descanso, los días consumidos antes del parto no computarán.

5.2.4 Fallecimiento del hijo:

El legislador, tras la promulgación de la LOI, ha dado solución a aquellos partos que han resultado fallidos debido al fallecimiento del hijo en el parto o inmediatamente después del mismo.

La LOI establece que la muerte de hijo o hijos nacidos no priva del derecho al descanso y conceda a la madre la posibilidad de disfrutar de la totalidad del permiso por maternidad una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio.

El artículo 48.4 ET prevé que en caso de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo. En relación con la prestación de maternidad, el artículo 8.4 RD 295/2009 contiene una previsión similar.

Cabe destacar que esto se aplicará aún cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante al menos ciento ochenta días (artículo 8.4 III RD 295/2009). Por tanto, en caso de aborto, es decir, de fallecimiento del hijo sin haber nacido, para tener la trabajadora derecho al descanso lo único que se exige es que el feto hubiera permanecido en el seno materno durante al menos ciento ochenta días.

Cabría pensar que no habría motivo para mantener el descanso y el derecho a la prestación más allá del tiempo necesario para la recuperación física de la madre, ya que al no existir el hijo, la razón de ser de dicha situación desaparece³⁶. Sin embargo, la finalidad del artículo no es otra que descargar al empresario del coste económico que la calificación de incapacidad temporal conllevaría³⁷.

Si la madre no se reincorpora anticipadamente a su puesto de trabajo, ambos progenitores tendrán derecho al descanso por maternidad. Por el contrario, si la madre renuncia a la parte del descanso que le corresponde se extingue el tiempo que hubiera cedido al otro progenitor.

6. CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN.

La cuantía de la prestación económica por maternidad se establece aplicando un determinado tipo a una base reguladora. Así, el artículo 133 quáter LGSS establece que “la prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora, que será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso”.

³⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. *La familia en el ámbito jurídico-laboral. Situación y protección*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch, 2008. ISBN: 978-84-8456-201-6. págs. 144 y ss; y LÓPEZ GANDÍA, Juan. *Medidas de Seguridad Social en la Ley de Igualdad*, cit., pág. 166.

³⁷ AGUILERA IZQUIERDO, Raquel y GIL PLANA, Juan. *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Navarra. Editorial: Civitas-Thomson Reuters, 2010. ISBN: 978-84-470-3367-6. pág. 71.

6.1 Base reguladora:

Para el cálculo de la base reguladora es necesario acudir a las normas que regulan el contenido económico de la prestación por incapacidad temporal.

Pues bien, la base reguladora de la prestación por incapacidad temporal se regula en el artículo 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio (en adelante Decreto 1646/1972).

El citado artículo establece que la base reguladora, para el cálculo de la cuantía del subsidio de incapacidad laboral transitoria, será el resultado de dividir el importe de la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad, (que en el caso de prestación por maternidad será el mes anterior a la fecha de inicio del periodo de descanso), por el número de días a que dicha cotización se refiera.

En unos casos, la base reguladora de la prestación de maternidad coincidirá con el promedio diario de la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso por maternidad, mientras que en otros casos no.

El artículo 109 LGSS prevé que la base de cotización esté integrada, además de por la retribución mensual a la que tiene derecho el trabajador, por las percepciones de vencimiento superior al mes prorrateadas a lo largo del año.

El artículo 1.1 de la Orden ESS/86/2015, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 (en adelante OC/2015), establece un prorrateo anticipado por aquellos conceptos que sean de devengo superior al mensual o no periódicos.

Respecto a las gratificaciones que no puedan ser estimadas inicialmente a efectos de prorrateo, el artículo 27.2 OC/2015 afirma que se abonarán mediante liquidación complementaria por las diferencias de cotización relativas a los meses del año ya transcurridos, incrementando, en la parte que corresponda, las cotizaciones pendientes de ingresar durante el ejercicio económico correspondiente.

Es necesario tener en cuenta que la cuantía de la retribución devengada por el trabajador ha de estar ajustada a las bases máximas y mínimas de cotización³⁸:

- Las bases de cotización del Régimen General de la Seguridad Social, exceptuando las bases de cotización de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, estarán comprendidas para cada grupo de categoría profesional en el año 2015 entre:

- Base mínima: 756,60 euros/mes para trabajadores encuadrados desde el grupo 4 al 11, 762,60 euros/mes para grupo 3, 876,60 euros/mes para el grupo 2 y 1.056,90 euros/mes para el grupo 1. En los casos de cotización por días, la base mínima se fija en 25,22 euros/día.
- Base máxima: 3.606,00 euros mensuales o de 120,20 euros/día en grupos profesionales que se cotice por días. Esta base máxima se ha actualizado en un 0,25% respecto el 2014, que se situaba en 3.597,00 euros mensuales.

- Por su parte, como norma general, las bases de cotización en autónomos para el 2015 quedan fijadas en las siguientes cuantías:

- Base mínima: 884,40 euros mensuales.
- Base máxima: 3.606,00 euros mensuales.

Fijada la cuantía inicial de la base reguladora de la prestación se procederá a la conversión de la base reguladora en diaria. Si la remuneración del trabajador es diaria, la base reguladora se dividirá por el número efectivo de días que tenga el mes a la que se refiera, ya sea, 30, 31, 28 o 29 (artículo 13.1 Decreto 1646/1972); y si la remuneración es mensual y el trabajador hubiera permanecido en alta en la empresa el mes anterior al del inicio del descanso, se dividirá entre 30 (artículo 13.2 Decreto 1646/1972).

³⁸ Seguridad Social 2015. *Bases y tipos de cotización 2015*. [http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/CotizacionRecaudaci10777/Basesytiposdecotiza36537/index.htm] [Fecha de consulta: 18 de febrero de 2015]. Disponibilidad y acceso.

En caso de que el trabajador haya ingresado en el mismo mes en que se inicie la situación de incapacidad transitoria, la cuantía inicial se dividirá por el número de días efectivamente trabajados en dicho mes (artículo 13.3 Decreto 1646/1972).

❖ Para los trabajadores en situación de pluriempleo o en situación de pluriactividad, el artículo 3.6 RD 295/2009 establece que “en caso de pluriempleo o pluriactividad el beneficiario disfrutará de los descansos y prestaciones por maternidad en cada uno de los empleos de forma independiente e ininterrumpida, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso”. Asimismo, se computarán las bases de cotización de las distintas empresas, con aplicación del tope máximo vigente a efectos de cotización³⁹.

En este supuesto, para determinar el tope máximo a aplicar, se distribuirá el tope máximo establecido con carácter general entre todos los sujetos de la obligación de cotizar en proporción a las retribuciones abonadas en cada una de las empresas en que preste sus servicios el trabajador, sin que, respecto a las contingencias comunes, la fracción del tope máximo que se asigne a cada empresa o sujeto obligado pueda ser superior a la cuantía de la retribución abonada al trabajador. El tope máximo se prorrateará entre todas las empresas y demás sujetos de la obligación de cotizar, en proporción a las retribuciones percibidas en cada una de ellas.

❖ Si el trabajador disfruta del descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, el artículo 7.1 RD 295/2009 afirma que “durante el disfrute de los periodos 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”.

❖ En caso de huelga y cierre patronal, se aplicará por analogía las previsiones de la prestación por incapacidad temporal. La RSGSS de 5 marzo de 1985 establece que, durante los días de huelga en los que el trabajador mantenga parte de su actividad laboral, se cotizará por los salarios realmente percibidos. En caso de que la huelga suponga la paralización absoluta de la prestación de servicios por el trabajador, si en el mes anterior se dieron días de actividad y días de huelga se tomará la base de cotización

³⁹ Seguridad Social 2015. *La prestación de maternidad*. [http://www.seg-social.es/Internet_1/Masinformacion/TramitesyGestiones/PrestaciondeMaterni43344/index.htm] [Fecha de consulta: 22 de febrero de 2015]. Disponibilidad y acceso.

del mes anterior a la baja dividiéndose por el número de días a los que dicha cotización se refiera; y si, por el contrario, la huelga abarca todo el mes o meses anteriores se tomará como base de cotización la del último mes en la que hubiera existido obligación de cotizar plenamente⁴⁰.

En el supuesto de cierre patronal, la base reguladora se determinará del mismo modo que para el caso de huelga.

❖ En caso de que el disfrute del descanso por maternidad se realice de forma compartida, la prestación se determinará para cada uno de ellos en función de su respectiva base reguladora (artículo 7.6 RD 295/2009).

❖ Por lo que respecta al colectivo de artistas y profesionales taurinos, el artículo 7.5 RD 295/2009 establece que la base reguladora será el promedio diario que resulte de dividir por trescientos sesenta y cinco la suma de las bases de cotización de los doce meses anteriores al hecho causante, o el promedio diario del periodo de cotización que se acredite, si éste es inferior a un año.

Con el “promedio de las bases de cotización de los doce meses anteriores al hecho causante”, se pretende disminuir la aleatoriedad en la cuantía final de la prestación⁴¹.

❖ En caso de reducción de jornada distinguimos varios supuestos (artículo 180 LGSS):

- Si la reducción es por causa del cuidado de un menor, las cotizaciones se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción durante los dos primeros años.

- Si la causa de la reducción es el cuidado de una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial o que por razones de guarda legal el trabajador tenga a su

⁴⁰ FERNÁNDEZ PRATS, Celia. *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch, 2011. ISBN: 9788498765939. págs. 164 y 165; y MUÑOZ MOLINA, Julia. *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Navarra. Editorial: Aranzadi, 2005. ISBN: 978-84-97678-73-5. pág. 101.

⁴¹ MUÑOZ MOLINA, Julia. *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, cit., pág. 106.

cuidado un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, el incremento será únicamente en el primer año durante el que el trabajador disfrute de la reducción.

- Si la reducción es por causa del cuidado de un menor durante su hospitalización por cáncer o cualquier otra enfermedad grave, las cotizaciones se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido la jornada sin dicha reducción durante todo el tiempo que dure tal situación.

❖ En lo relativo a los supuestos de excedencia para el cuidado de hijos, el artículo 180 LGSS dispone que “los tres años de periodo de excedencia que los trabajadores disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido, tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social”. Mientras que en el caso de excedencia para el cuidado de familiares “se considerará efectivamente cotizado el primer año del período de excedencia”.

Por último señalar que cuando las situaciones de excedencia anteriormente citadas hubieran estado precedidas por una reducción de jornada, en los términos previstos en el artículo 37.5 ET, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo (artículo 180.4 LGSS).

❖ Finalizando con el análisis de estos supuestos especiales para la determinación de la base reguladora, es necesario hacer referencia a los trabajadores a tiempo parcial. El artículo 7.2 RD 295/2009 establece que “en el caso de trabajadores contratados a tiempo parcial, la base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión laboral, entre trescientos sesenta y cinco”.

En caso de ser menor la antigüedad del trabajador en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan.

6.2 Modificación de la base reguladora:

De acuerdo con el artículo 7.8 RD 295/2009, excepcionalmente, la base reguladora del subsidio podrá ser modificada en tres casos:

1º Cuando se modifique la base mínima de cotización aplicable al trabajador en el régimen de que se trate, para actualizar su cuantía a partir de la fecha de entrada en vigor de esta nueva base mínima.

- El fundamento de esta modificación está en el equilibrio que se exige entre la cotización efectuada durante la situación de maternidad y las variaciones que anualmente sufre la base mínima de cotización⁴².

2º Cuando se produzca un incremento de la base de cotización, como consecuencia de una elevación de los salarios de los trabajadores en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial, que retrotraiga sus efectos económicos a una fecha anterior a la del inicio del descanso por maternidad, adopción o acogimiento.

- Respecto a esta modificación se ha pronunciado el TJCE afirmando que excluir a la trabajadora del aumento durante el permiso por maternidad “constituiría una discriminación por su sola condición de trabajador, puesto que, si no hubiese estado embarazada, la mujer hubiera percibido el salario incrementado”⁴³.

3º Cuando para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso.

⁴² FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, Alicia. *La prestación por maternidad*, cit., pág. 169.

⁴³ En las sentencias TJCE de 4 de junio de 1992 (asunto Botel C-360/1990), de 27 de junio de 1990, (asunto Kolwalska. C-33/1989), y 17 de mayo de 1990 (asunto Barber, C-262/1988), la fórmula reiterada por el TJCE establece que: “es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

- La resolución provisional será definitiva en un plazo de 3 meses desde su emisión en caso de que la base de cotización del mes anterior al inicio del descanso no hubiera cambiado respecto de la dicha resolución provisional. Y en el supuesto de que la base de cotización del mes anterior sí hubiera variado y fuera distinta, la base reguladora se modificará y se emitirá resolución definitiva.

6.3 Porcentaje aplicable:

Antes de la Ley 42/1994 el porcentaje aplicable a la base reguladora era el 75%, pero con la Ley 42/1994 el tipo se incrementó hasta el 100%. Este incremento ha servido para mejorar la tasa de natalidad e intentar disminuir la desigualdad salarial entre hombres y mujeres en el mercado laboral⁴⁴.

7. NACIMIENTO DE LA PRESTACIÓN.

Tal y como dispone el artículo 8.1 RD 295/2009 “se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el periodo de descanso correspondiente, de acuerdo con las normas aplicables en cada caso”.

El inicio del periodo de descanso por maternidad puede ser tanto antes del parto como después del mismo, ya que de acuerdo con el artículo 48.4 ET el período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto, de forma que las diez semanas restantes podrán ser disfrutadas por la trabajadora antes del parto o tras el transcurso de las seis semanas de descanso obligatorio.

Cuando la madre opte porque el padre disfrute de hasta diez semanas, se tendrá derecho al subsidio por maternidad desde la fecha del comienzo del descanso del padre, cuya fecha coincidirá con la elegida al ejercitar la opción.

⁴⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *La protección por maternidad. Análisis normativo en derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 146; y GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo. *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Madrid, Editorial: Consejo Económico y Social, 2004. ISBN: 978-84-8188-216-2. pág. 182.

En los supuestos de adopción y acogimiento, a elección del trabajador, bien a partir de la fecha de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo. El cobro de la prestación se podrá iniciar a partir del día siguiente al del recibimiento del documento por el interesado.

Cuando sea exigido el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, en los supuestos de adopción internacional, se puede iniciar la prestación hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

Respecto a la determinación del nacimiento del derecho del otro progenitor, hay que decir que tanto en el supuesto de cesión materna, como por fallecimiento de la trabajadora, o como por ésta no tener derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestación, el acceso del otro progenitor se producirá siempre tras el parto.

8. SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN.

8.1 Suspensión de la prestación por maternidad: Se podrá suspender la prestación por maternidad en dos supuestos:

1) En primer lugar, se encuentra la hospitalización del recién nacido después del parto. Dentro de este supuesto se incluyen todos aquellos ingresos que tengan lugar dentro del plazo de 30 días después del parto.

De este modo, tanto la madre como el otro progenitor podrán optar por interrumpir la suspensión del contrato de trabajo y la prestación por maternidad cuando se produzca la hospitalización del recién nacido dentro de dicho plazo. Es importante tener en cuenta que, en caso de que sea la trabajadora la que ejercite la interrupción de la suspensión, se exige que hayan transcurrido las seis semanas de descanso obligatorio.

Respecto a la duración de dicha suspensión, la suspensión se prolongará durante el tiempo que dure la hospitalización del recién nacido hasta su alta hospitalaria. Como es normal, el alta hospitalaria del recién nacido dará lugar a la finalización de la suspensión de la prestación.

Cabría plantearse si es posible que la interrupción cese con anterioridad al alta hospitalaria, de manera que la suspensión, y en su caso la prestación, se reiniciara antes de que el neonato dejase el hospital y volviera a casa. A tenor de la literalidad del artículo 48.4 ET esta posibilidad no es viable pues se refiere literalmente a la fecha del alta hospitalaria; pero teniendo en cuenta la intención del legislador, que no es otra que permitir que se otorguen los cuidados al neonato, parece que nada impediría el reinicio de la suspensión con anterioridad al alta hospitalaria, sobre todo si la situación hospitalaria del neonato permitiera la presencia permanente de los progenitores en el hospital⁴⁵.

2) En segundo lugar, habrá lugar a la suspensión del percibo de dicha prestación por maternidad en caso de que el beneficiario hubiera cometido alguna infracción.

Para conocer cuáles son las conductas infractoras por los beneficiarios que pueden dar lugar a suspender el derecho a la prestación de maternidad tenemos que acudir al artículo 133 quinquies LGSS. Así, dicho artículo relativo a la “pérdida o suspensión del derecho al subsidio por maternidad”, establece que el derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso. Por su parte, el artículo 11 RD 295/2009 contiene la descripción de las conductas infractoras.

No obstante, tenemos que acudir al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante LISOS) el cual establece, con carácter general, el régimen sancionador para las infracciones cometidas por los titulares de las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social. Así lo reconoce expresamente la propia LGSS en su artículo 96 cuando afirma que “en materia de infracciones y sanciones se estará a lo

⁴⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan e IGARTUA MIRÓ, María Teresa. *La prestación por maternidad y riesgo durante el embarazo*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch, 2002. ISBN: 84-8442-591-6. págs. 46 y 47.

dispuesto en la presente Ley y en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social”.

En consecuencia, para determinar las conductas infractoras y su correspondiente sanción es necesario analizar conjuntamente la LISOS, la LGSS y el reglamento de desarrollo de ésta última, el RD 295/2009.

El procedimiento para la imposición de sanciones en materia de Seguridad Social viene regulado en el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (en adelante RD 928/1998).

En relación con la prestación de maternidad, la competencia para sancionar corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS), salvo para los trabajadores del mar, que será el Instituto Social de la Marina (en adelante ISM). El RD 928/1998 establece un distinto procedimiento sancionador dependiendo de si las infracciones son calificadas como leves y graves (artículo 37 bis) o como infracciones muy graves (artículo 18 bis).

Respecto a la suspensión cautelar del derecho a la prestación, regulado en los artículos 37 y 38 RD 928/1998, solo será aplicable en el supuesto de que el beneficiario hubiera cometido una infracción grave o muy grave. La suspensión se iniciará mediante un documento que deberá ser notificado, en tiempo y forma, por la Entidad Gestora de la Seguridad Social al infractor, dando un plazo de quince días hábiles para que formule las alegaciones y pruebas que considere oportunas.

Si resolución da la razón al infractor, y niega, por tanto, la comisión de la infracción, se reanudará de oficio el cobro de la prestación. Además, la Entidad Gestora deberá abonar aquellos meses en los que el derecho hubiera estado suspendido. Por el contrario, si la resolución confirma la comisión de la infracción, dará lugar a la pérdida parcial o extinción definitiva del derecho a la prestación.

8.2 Extinción de la prestación por maternidad:

De acuerdo con el artículo 8.12 RD 295/2009, el derecho al subsidio por maternidad se extinguirá por alguna de las siguientes causas:

1º. En primer lugar, por el transcurso de los plazos máximos de duración de los periodos de descanso. Como ya hemos indicado, con carácter general, el periodo de descanso es de dieciséis semanas. No obstante, es necesario destacar que, tal y como establece el artículo 10.4 RD 295/2009, “si la extinción del contrato de trabajo se produce una vez iniciado el descanso por maternidad, se mantendrá el percibo de la prestación hasta el término de tal situación”.

2º. En segundo lugar, por la reincorporación anticipada al trabajo del beneficiario de la prestación. Se contemplan dos supuestos:

- Cuando el periodo de descanso sea disfrutado “exclusivamente” por uno de los progenitores (artículo 8.12 b) RD 295/2009). Se establece que la reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario del subsidio antes del cumplimiento del plazo máximo de duración del periodo de descanso dará lugar a la extinción del derecho a la prestación de maternidad.

Esta previsión tiene una finalidad meramente clarificadora, ya que la extinción del derecho por el reingreso anticipado en caso de disfrute del periodo de descanso en solitario es una consecuencia que se desprende de la propia dinámica del derecho. Esto es así porque la regulación reglamentaria exige que, para que el otro progenitor hubiera tenido acceso al descanso y a la prestación, la madre tenía que haber ejercitado la opción en su favor al inicio del periodo de descanso⁴⁶.

- En el supuesto de disfrute “sucesivo o simultáneo” por ambos progenitores (artículo 8.12 c) RD 295/2009). Se prevé que el derecho a la prestación se extinga por la reincorporación voluntaria al trabajo de uno de ellos o de ambos, con anterioridad al cumplimiento de los plazos máximos de duración de los periodos de descanso.

⁴⁶ FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, Alicia. *La prestación por maternidad*, cit., pág. 185.

De esta manera, pueden distinguirse dos situaciones diferentes. Por un lado, puede suceder que ambos progenitores se reincorporen anticipadamente a su puesto de trabajo, lo que daría lugar a extinción del derecho de ambos. Y, por otro lado, puede suceder que se reincorpore anticipadamente sólo uno de ellos, finalizando solo el derecho de éste mientras que el del otro se mantiene en vigor y, además, se vería incrementado en la parte que restase por disfrutar del primero.

3°. En tercer lugar, por fallecimiento del beneficiario, salvo que pueda continuar en el disfrute del periodo de descanso el progenitor no fallecido, según las condiciones legales o reglamentariamente establecidas (artículo 8.12 d) RD 295/2009).

Para que el progenitor no fallecido pueda tener derecho a la prestación de maternidad, no sólo basta con que tenga derecho al descanso por maternidad, sino que además, se exige que cumpla los requisitos de estar afiliado y en alta o en situación asimilada a la de alta y acredite un determinado periodo de cotización, tal y como establece el artículo 3.1 RD 295/2009⁴⁷.

En segundo lugar, es necesario añadir que el progenitor no fallecido no adquiere la prestación del fallecido, sino que da lugar a una prestación independiente de la primera, que se calcula en base a sus cotizaciones (artículo 14 RD 295/2009).

Respecto a la duración de la prestación que tiene derecho el progenitor supérstite, será la que quedaba por consumir al progenitor fallecido.

4°.- En cuarto y último lugar, por adquirir el beneficiario la condición de pensionista de jubilación (total o parcial) o de incapacidad permanente (total, absoluta o gran invalidez), sin perjuicio del disfrute del período de descanso restante por el otro progenitor (artículo 8.12 e) RD 295/2009).

⁴⁷ Dicho precepto establece que: “serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, incluidos en el ámbito de aplicación de este capítulo, que disfruten de los descansos o permisos referidos en el artículo 2, siempre que reúnan la condición general de estar afiliados y en alta o en situación asimilada en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles en cada caso”.

Además de estos cuatro supuestos regulados en el artículo 8.12 RD 295/2009, también dará lugar a la extinción de la prestación de maternidad el hecho de que el beneficiario hubiera cometido una infracción, que puede ser leve, grave o muy grave:

a) Infracciones leves: La lista de infracciones leves viene recogida en el artículo 24 LISOS, en el cual se prevén una serie de conductas todas ellas relacionadas con el incumplimiento de deberes de carácter informativo o formal.

Dicho artículo establece como infracciones leves, en primer lugar el incumplimiento de la obligación de facilitar datos para la afiliación o alta y de los deberes de carácter informativo y, en segundo lugar, la falta de comparecencia ante la Entidad Gestora.

Respecto a la primera infracción, según dicho precepto, constituye una infracción leve: “No facilitar a la entidad correspondiente o a la empresa, cuando le sean requeridos, los datos necesarios para su afiliación o su alta en la Seguridad Social y, en su caso, las alteraciones que en ellos se produjeran, los de la situación de pluriempleo, y, en general, el incumplimiento de los deberes de carácter informativo”. En caso de incumplimiento ante la entidad pública correspondiente tal requerimiento deberá ser notificado al destinatario conforme a lo establecido en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAPPAC). Por su parte, cuando el deber de carácter informativo se incumpla respecto al empresario, también será necesario previo requerimiento.

Respecto a la segunda infracción, también constituye una infracción leve: “No comparecer, previo requerimiento, ante la Entidad Gestora de las prestaciones en la forma y fecha que se determinen, salvo causa justificada”.

En caso de que incurra en alguno de las dos infracciones descritas, la sanción prevista para el beneficiario se contempla en el artículo 47.1 a) LISOS. Según establece dicho precepto, las infracciones leves se sancionarán con pérdida de la prestación durante un mes o de las prestaciones de desempleo o de la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos, durante un periodo de tiempo variable en función de la infracción cometida. Conviene señalar que el artículo se refiere a las pensiones y

prestaciones de desempleo, sin mencionar el resto de prestaciones entre las que se encuentra la de maternidad.

b) Infracciones graves: De acuerdo con el artículo 25 LISOS, se consideran infracciones graves:

○ Efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, cuando exista incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida.

Por lo que respecta a la prestación de maternidad, tal incompatibilidad entre el percibo de la prestación y el trabajo se establece expresamente tanto en la LGSS como en el RD 295/2009, ya que ambas normas disponen que el derecho a la prestación por maternidad se verá afectado cuando el beneficiario trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes periodos de descanso (artículos 133 quinquies LGSS y 11. b RD 295/2009).

Por tanto, el cobro de la prestación por maternidad es incompatible con la percepción de rentas derivadas del trabajo, ya sea éste en régimen asalariado o autónomo. Sin embargo, el RD 295/2009 establece dos supuestos en los que es posible compatibilizar el percibo de la prestación con la realización de una actividad profesional: cuando el descanso por maternidad sea disfrutado por el beneficiario en régimen de jornada a tiempo parcial o en pluriempleo y pluriactividad (artículo 11. b) RD 295/2009).

El cobro de la prestación por maternidad, además de ser incompatible con las rentas derivadas del trabajo, salvo en los supuestos anteriormente señalados, también lo es con el cobro de los salarios de tramitación⁴⁸.

○ No comparecer, salvo causa justificada, a los reconocimientos médicos ordenados por las Entidades Gestoras o colaboradoras, en los supuestos así establecidos, así como no presentar ante las mismas los antecedentes, justificantes o datos que no obren en la

⁴⁸ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), sentencia núm. 4514/2001, de 31 de enero de 2000. Considera la Sala que si los salarios de tramitación se justifican en la carencia de recursos del trabajador en un período en el que debería estar percibiendo el salario, los mismos han de ser incompatibles con la prestación de maternidad, pues de lo contrario supondría un enriquecimiento injustificado por parte del trabajador.

entidad, cuando a ello sean requeridos y afecten al derecho a la continuidad en la percepción de la prestación.

Por lo que se refiere a la incomparecencia a los reconocimientos médicos ordenados por las Entidades Gestoras, debido a que en la prestación por maternidad no existe dicha obligación por la Entidad Gestora, dicha infracción no tiene relevancia.

- No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación.

En caso de que incurra en alguno de las tres infracciones descritas, la sanción prevista para el beneficiario consiste en la pérdida de la prestación o pensión durante un período de tres meses (artículo 47.1 b) LISOS). Conviene señalar que la sanción afecta solo a la prestación y no al derecho a la suspensión del contrato.

c) Infracciones muy graves: El artículo 26 LISOS califica como infracciones muy graves:

- Actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute mediante la aportación de datos o documentos falsos; la simulación de la relación laboral; y la omisión de declaraciones legalmente obligatorias u otros incumplimientos que puedan ocasionar percepciones fraudulentas.

- Compatibilizar la solicitud o el percibo de prestaciones o subsidio por desempleo, así como la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial en los términos previstos en la normativa correspondiente.

- La connivencia con el empresario para la obtención indebida de cualesquiera prestaciones de la Seguridad Social.

- La no aplicación o la desviación en la aplicación de las prestaciones por desempleo, que se perciban según lo que establezcan programas de fomento de empleo.

Respecto a la sanción que conlleva la comisión de alguna de estas infracciones, tenemos que acudir al artículo 47.1 c) LISOS el cual establece que la infracción se sancionará con la pérdida de la pensión durante un período de seis meses o extinción de la prestación o subsidio por desempleo, o de prestación por cese de actividad del trabajador autónomo. Además, se les podrá excluir del derecho a percibir cualquier prestación económica y, en su caso, ayuda de fomento de empleo durante un año, así como del derecho a participar durante ese período en formación profesional para el empleo.

Las sanciones previstas (pérdida temporal de la pensión, pérdida definitiva de la prestación o del subsidio por desempleo, o de la prestación por cese de actividad del trabajador autónomo) no serían aplicables a la prestación por maternidad, puesto que no encaja en ninguno de los tipos de prestaciones enumerados⁴⁹.

No obstante, la Entidad Gestora puede obligar al beneficiario infractor a reintegrar las cantidades percibidas, ya que el artículo 47.3 LISOS establece que “las sanciones a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas”.

9. TRAMITACIÓN Y PAGO DE LA PRESTACIÓN.

9.1 Tramitación:

El trabajador, para poder percibir la prestación, debe solicitar el reconocimiento de su derecho a la Entidad Gestora. Cabe destacar que de acuerdo con la disposición adicional undécima ter LGSS y el artículo 12.1 RD 295/2009, la gestión de la prestación corresponde al INSS, salvo para los trabajadores del mar que será el ISM.

⁴⁹ FERNÁNDEZ DE PUELLES MARTÍNEZ, Jesús y SÁNCHEZ GRANDE, Amalio. *Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social. Derecho de la Seguridad Social*. Edición 4ª. Lugar de publicación: Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch, 2004. ISBN: 978-84-8456-184-2. pág 851.

El procedimiento se puede iniciar de oficio por la Entidad Gestora (no es habitual) o a instancia del interesado (el más habitual).

A) A instancia del interesado:

Si se inicia a instancia del interesado, éste debe solicitarlo ante el INSS de la provincia en el que tenga su domicilio. La solicitud debe formularse en un modelo normalizado que, además de contener los datos y circunstancias que establece el artículo 70 LRJAPPAC, expresará el motivo de la solicitud, la fecha de inicio y la distribución del periodo de descanso para cada uno de los beneficiarios y los datos relativos a la empresa o empresas en la que preste servicios en caso de que el descanso sea compartido por ambos progenitores.

Además, la solicitud deberá ir acompañada de una serie de documentos previstos en el artículo 14.2 RD 295/2009, que son:

1º En caso de maternidad y parto múltiple:

- a) Informe de maternidad expedido por el Servicio Público de Salud, cuando la Entidad Gestora no disponga de él.
- b) Libro de Familia o certificación de la inscripción del hijo o hijos en el Registro Civil, siempre y cuando no haya sido transmitido este dato por el Registro Civil. Cuando el descanso se haya iniciado con anterioridad al parto, tales documentos deberán acompañarse una vez practicada la inscripción registral del hijo.
- c) Certificación de cotizaciones a la Seguridad Social de la última o últimas empresas o acreditación de la cotización con los recibos del abono de cuotas, si el causante es el obligado a su ingreso, cuando sean necesarias para acreditar el periodo mínimo de cotización, para determinar la cuantía de la prestación o el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas.

Es conveniente señalar que en la mayoría de los casos no es necesario aportar dicha información, ya que estos datos usualmente están en poder de la Entidad Gestora.

d) En caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, y el otro progenitor suspenda su contrato de trabajo o su actividad por el periodo de descanso que hubiera correspondido a la madre, se exigirá justificante o certificado que acredite la inexistencia de derecho a prestaciones en su sistema de previsión privado o, en su caso, justificación de que no procede la inclusión de la interesada en una mutualidad de previsión alternativa.

2° En caso de fallecimiento de la madre:

El solicitante deberá adjuntar el certificado de defunción de aquella, cuando no haya sido transmitido este dato a la Entidad Gestora por el Registro Civil.

3° En caso de que la madre ejercite este derecho en favor del otro progenitor para que éste disfrute una parte del periodo de descanso:

Deberán adjuntarse también los datos o justificantes relativos a la cotización del interesado, a efectos del cálculo del subsidio, así como la certificación de la empresa en la que conste la fecha de inicio de la suspensión laboral.

4° En caso de que el disfrute de la prestación sea a tiempo parcial:

Se deberá presentar el documento que acredite el previo acuerdo con el empresario. En caso de que ambos progenitores, adoptantes o acogedores pacten esta modalidad de jornada, cada uno deberá aportar dicho documento acreditativo.

Cuando sea un trabajador por cuenta propia quien pretende disfrutar del período de descanso en régimen de actividad a tiempo parcial, compatibilizándolo con el subsidio, deberá presentar documento acreditativo del interesado en el que se recojan los términos precisos en que se realizará el régimen de parcialidad de la actividad y la percepción del subsidio.

Si la distribución inicialmente acordada o declarada del disfrute del periodo de descanso se modifica, dicha circunstancia deberá ponerse en conocimiento de la Entidad Gestora con carácter inmediato.

5° En supuestos de ampliación de la duración de la prestación:

- En caso de parto múltiple: se deberá presentar el Libro de Familia o la certificación de la inscripción de los hijos en el Registro Civil.

- En caso de discapacidad del hijo: deberá presentarse certificación del Instituto de Mayores y Servicios Sociales u órgano de la comunidad autónoma respectiva, acreditativa de que la discapacidad es igual o superior al 33%, o de que la valoración del grado y nivel de dependencia es, al menos, del grado I moderado, conforme a la escala de valoración específica para menores de 3 años.

Esta certificación podrá sustituirse, cuando se trate de recién nacidos, por un informe médico del Servicio Público de Salud o de un hospital público o privado, en este último caso avalado por el Servicio Público de Salud, en el que se haga constar la discapacidad o su posible existencia.

- En caso de hospitalización del recién nacido a continuación del parto: la solicitud deberá acompañarse de un documento expedido por el centro hospitalario acreditativo de dicha hospitalización.

B) De oficio por la Entidad Gestora:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.5 RD 295/2009, la Entidad Gestora podrá iniciar de oficio el procedimiento para el reconocimiento del subsidio por maternidad, cuando disponga de los datos suficientes para ello, debiendo comunicar al interesado dicha circunstancia en el plazo de quince días contados desde el día siguiente al del hecho causante, es decir, desde el día siguiente del inicio del descanso por maternidad. No se especifica si los días han de ser hábiles o inhábiles, por lo que ha de entenderse que éstos son hábiles por aplicación supletoria de lo dispuesto en la LRJAPPAC⁵⁰.

Es conveniente destacar que el precepto no obliga a la Entidad Gestora a iniciar dicho procedimiento, sino que se le concede esa facultad para que inicie la tramitación cuando

⁵⁰ Según el artículo 48.1 LRJAPPAC: “Siempre que por Ley o normativa comunitaria europea no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos. Cuando los plazos se señalen por días naturales, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones”.

lo estime oportuno, con el mero ánimo de agilizar el procedimiento para el reconocimiento del derecho⁵¹.

A partir de la comunicación al interesado, éste deberá realizar las alegaciones que considere oportunas (artículo 79.1 LRJAPPAC).

A la vista de la documentación presentada o de los datos acreditados y, una vez comprobados todos los requisitos exigidos para acceder al subsidio, el director provincial competente de la correspondiente Entidad Gestora dictará resolución expresa y la notificará, en el plazo de treinta días, contados desde la recepción de la solicitud del interesado, a efectos del reconocimiento o denegación del derecho a la prestación económica de maternidad (artículo 14.3 RD 295/2009).

La resolución del INSS por la que se reconozca o deniegue el derecho a la prestación de maternidad podrá ser recurrida ante la jurisdicción social. Para ello se habrá de interponer reclamación administrativa previa ante el órgano competente que haya dictado resolución sobre la solicitud inicial del interesado, en el plazo de treinta días desde la notificación de la misma, si es expresa, o desde la fecha en que, conforme a la normativa reguladora del procedimiento de que se trate, deba entenderse producido el silencio administrativo (artículo 71.2 LRJS).

Formulada reclamación previa, la Entidad deberá contestar expresamente a la misma en el plazo de cuarenta y cinco días. En caso contrario se entenderá denegada la reclamación por silencio administrativo (artículo 71.5 LRJS), quedando abierta la vía jurisdiccional.

En caso de que la reclamación previa sea denegada, la demanda habrá de formularse en el plazo de treinta días, a contar desde la fecha en que se notifique la denegación de la reclamación previa o desde el día en que se entienda denegada por silencio administrativo (artículo 71.6 LRJS).

⁵¹ LOUSADA AROCHENA, José Fernando. El reglamento de las prestaciones por maternidad y paternidad: puntos críticos. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. Año 2009, nº 24. págs.: 53 y 54. ISSN: 1575-3379. págs. 53 y 54.

9.2 Pago:

Tal y como establece el artículo 12.2 RD 295/2009, el pago del subsidio será realizado directamente por la Entidad Gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas.

Con esta forma de pago se pretende liberar al empresario de la obligación del pago anticipado de la prestación y de las cargas burocráticas que ello supone, de modo que la situación de maternidad por la que atraviese la trabajadora le resulte lo menos gravosa⁵².

El pago del subsidio se realizará por periodos vencidos. La norma reglamentaria no especifica la periodicidad de dicho pago. Ante tal vacío normativo, y dado que la prestación tiene por finalidad sustituir el salario que deja de percibir, el pago mensual de la misma parece el más adecuado, siendo ésta la práctica habitual de la administración⁵³.

10. COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.

El artículo 122.1 LGSS prevé que las pensiones del Régimen General de la Seguridad Social serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario.

La percepción de la prestación económica de maternidad es incompatible con la obtención de rentas derivadas del trabajo y con la obtención de otras prestaciones económicas de la Seguridad Social.

10.1 Incapacidad temporal:

El régimen de incompatibilidad de la incapacidad temporal se regula en el artículo 10 RD 295/2009, el cual no posibilita la percepción simultánea de ambas prestaciones.

⁵² BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La prestación de maternidad*, cit., págs. 142 y 143.

⁵³ FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, Alicia. *La prestación por maternidad*, cit., pág. 240. No obstante, hay quien entiende que el pago de la prestación debe ser semanal por aplicación supletoria de lo establecido en la OM de 13 de octubre de 1967. En este sentido se manifiesta RIVAS VALLEJO, María Pilar. El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado. Reglamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo. *Revista Aranzadi social*. Año 2001, nº 5. págs.: 1199 a 1254. ISSN: 1131-5369.

Podemos distinguir tres supuestos de concurrencia entre la prestación de incapacidad temporal y la prestación por maternidad:

1º) Durante la percepción de la prestación de maternidad el beneficiario incurre en una situación de incapacidad temporal:

De acuerdo con el artículo 10.3 RD 295/2009, durante el descanso por maternidad no procederá el reconocimiento del derecho al subsidio por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales sobrevenidas durante dicho periodo. Agotado éste, si la interesada necesitase asistencia sanitaria, se encontrara impedida para el trabajo y cumplierse los requisitos exigidos, se iniciará la situación de incapacidad temporal que corresponda, aplicándose lo establecido en el artículo 1 del mismo artículo, es decir, cuando la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria como consecuencia del parto y se encontrase incapacitada para el trabajo.

Por tanto, de acuerdo con el artículo 10.1 RD 295/2009, una vez finalizada la situación de maternidad, se considerará a la trabajadora en situación de incapacidad temporal debida a enfermedad común, iniciándose a partir de ese momento, si cumple los requisitos exigidos y sin solución de continuidad, el pago del subsidio y el cómputo para la duración de dicha situación, con absoluta independencia de los periodos de descanso por maternidad.

Respecto a los requisitos exigidos para tener derecho a prestación por incapacidad temporal derivada de enfermedad común, éstos son los siguientes:

- 1º. Estar afiliada a la Seguridad Social.
- 2º. Estar dada de alta o situación asimilada en algún Régimen de la Seguridad Social.
- 3º. Reunir un periodo de cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante.

De manera que, si no cumple estos requisitos, no tendría derecho a percibir la prestación correspondiente.

Sólo podría darse la compatibilidad entre ambas prestaciones (maternidad e incapacidad temporal) cuando durante la percepción de un subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial, se inicie un proceso de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia que lo cause (artículo 10.3 RD 295/2009, párrafo 2). Esto es así ya que, tal y como establece el artículo 48.4 ET y la disposición adicional primera RD 295/2009, el descanso y la prestación por maternidad pueden ser disfrutados a tiempo parcial y, por tanto, durante el disfrute del descanso y la prestación por maternidad a tiempo parcial es posible que el trabajador padezca algún tipo de dolencia que le impida continuar con la prestación parcial de servicios.

Respecto a la cuantía de la prestación por maternidad, será la misma que la que se venía percibiendo antes de incurrir en situación de incapacidad temporal⁵⁴.

Por lo que respecta a la cuantía de la prestación por incapacidad temporal, la base reguladora se calculará sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial que se viniera compatibilizando con la prestación de maternidad.

Si la situación de incapacidad persiste cuando finalice el descanso por maternidad, se mantendrá la percepción del subsidio por la contingencia de incapacidad temporal en la cuantía que corresponda al régimen de jornada completa, si bien a efectos de su duración y porcentaje se tomará como referencia la fecha de la baja médica en el trabajo en régimen de jornada a tiempo parcial (artículo 10.3 RD 295/2009).

2º) Durante la percepción de la prestación por incapacidad temporal el beneficiario incurre en una situación maternidad:

Para el caso de que el trabajador se encuentre disfrutando de la prestación por incapacidad temporal y sobrevenga la prestación por maternidad tenemos que acudir al artículo 10.2 RD 295/2009. De acuerdo con dicho artículo no es posible el percibo simultáneo de ambas prestaciones.

⁵⁴ Esto es el 100% de la base reguladora para la prestación por incapacidad temporal, reducida en proporción inversa a la disminución que haya experimentado la jornada laboral (artículos 6 y 7 RD 295/2009).

Pues bien, si ambas prestaciones se inician antes del parto, el precepto concede a la trabajadora la posibilidad de elegir entre ambas, pero después del parto, en caso de concurrir ambas prestaciones, obliga a la trabajadora a disfrutar del descanso por maternidad.

3º) Durante la suspensión del descanso por maternidad por hospitalización del recién nacido se pretenda acceder a la prestación de incapacidad temporal:

En este caso, el artículo 10.6 RD 295/2009 dispone que dicho proceso de incapacidad temporal quedará interrumpido por el alta hospitalaria del menor, con la consiguiente reanudación del subsidio por maternidad.

No obstante, si, una vez extinguido el subsidio por maternidad, persiste la situación de incapacidad temporal, se reanudará el subsidio correspondiente a esta última contingencia que había sido interrumpido.

10.2 Incapacidad permanente:

Respecto a la incapacidad permanente, el régimen de incompatibilidad se regula en el artículo 8.12 RD 295/2009. Dicho precepto establece en su apartado e) que el derecho al subsidio por maternidad se extinguirá por adquirir el beneficiario la condición de pensionista por incapacidad permanente.

Sin embargo, existen una serie de supuestos en los que ambas prestaciones sí son compatibles:

1º. La prestación por maternidad es compatible con la prestación por incapacidad permanente parcial, ya que el artículo 8.12 e) sólo se refiere a aquellas prestaciones que consistan en una pensión y la incapacidad permanente parcial da derecho a percibir una indemnización.

2º. Por otro lado también se permite el disfrute simultáneo de ambas prestaciones, cuando el pensionista por invalidez permanente total acceda a la prestación por maternidad en base al trabajo que viniese desempeñando.

3°. A diferencia del supuesto anterior y de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.12 RD 295/2009, en caso de concurrencia de la prestación por maternidad con la pensión por incapacidad permanente cualificada, ambas prestaciones son incompatibles.

4°. En relación con la incapacidad permanente absoluta, entendiendo por ésta aquella que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio, podemos distinguir dos formas de concurrencia de ésta con la prestación por maternidad:

1) Reconocimiento de la incapacidad permanente absoluta durante el disfrute de la prestación por maternidad:

En este caso la prestación por maternidad se extinguirá automáticamente.

2) Cuando el beneficiario de la pensión por incapacidad permanente absoluta acceda al disfrute del descanso por maternidad en virtud del trabajo que venga desempeñando en una actividad compatible con su situación de invalidez:

En este caso ambas prestaciones serán compatibles. La razón se encuentra en que si la pensión que recibe es compatible con el trabajo también tiene que ser compatible, por tanto, con las prestaciones que tengan por objeto sustituir dichas rentas derivadas del trabajo, como es el caso de la prestación de maternidad.

5°. En caso de gran invalidez, se aplicarían las mismas reglas que para el supuesto de invalidez permanente absoluta.

10.3 Prestación por desempleo:

Respecto a la prestación por desempleo, el régimen de incompatibilidad se regula en el artículo 221.2 LGSS. Así, establece que la prestación por desempleo será incompatible con la obtención de pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo, que no sería el caso de la prestación por maternidad.

De acuerdo con el artículo 222.2 LGSS, cuando el trabajador se encuentre en situación de maternidad o de paternidad y durante las mismas se extinga su contrato por alguna de las causas que originan la situación legal de desempleo (artículo 208.1 LGSS), seguirá percibiendo la prestación de maternidad o paternidad hasta que se extingan dichas situaciones, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. En este caso no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo el tiempo que hubiera permanecido en situación de maternidad o de paternidad.

Cabe destacar que, según el artículo 124.6 LGSS, el período por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

10.4 Prestación por riesgo durante la lactancia natural:

Para el supuesto de que la trabajadora se reincorpore a su puesto de trabajo porque ha cedido parte del descanso al otro progenitor, el artículo 9.3 RD 295/2009 afirma que quedará anulada la opción ejercitada por la madre en favor del otro progenitor y aquélla deberá reanudar el disfrute de la parte que reste del permiso por maternidad.

Por otro lado, en caso de que la madre se reincorpore a su puesto de trabajo porque esté disfrutando de la suspensión y la prestación por maternidad a tiempo parcial, ambas prestaciones se podrían percibir simultáneamente.

10.5 Jubilación:

Según el artículo 8.12 e) RD 295/2009, el derecho al subsidio por maternidad se extinguirá por adquirir el beneficiario la condición de pensionista de jubilación, sin perjuicio del disfrute del período de descanso restante por el otro progenitor.

En caso de jubilación parcial, a pesar de lo establecido en el artículo 14.1 b) RD 1131/2002 que admite la compatibilidad entre la prestación de maternidad y la pensión

de jubilación, de acuerdo con el principio de modernidad, será aplicable el artículo 8.12 e) RD 295/2009 siendo, por tanto, ambas prestaciones incompatibles.

Lo mismo sucedería para la jubilación flexible. A pesar de que el artículo 7 RD 1132/2002 reconoce la compatibilidad entre ambas prestaciones, de acuerdo con el principio de modernidad, será aplicable el artículo 8.12 e) RD 295/2009 siendo, por tanto también, ambas prestaciones incompatibles.

10.6 Muerte y supervivencia:

El capítulo VIII LGSS relativo a “muerte y supervivencia” recoge una serie de prestaciones (pensión por viudedad, pensión por orfandad, prestaciones a favor de familiares...), que son compatibles con la prestación de maternidad.

10.7 Prestaciones familiares:

Las prestaciones familiares están destinadas a cubrir la situación de necesidad económica o de exceso de gastos que produce la existencia de responsabilidades familiares y el nacimiento o adopción de hijos en determinados casos⁵⁵.

Estas prestaciones son:

- 1) Prestación económica por hijo o menor acogido a cargo.
- 2) Prestación económica por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad.
- 3) Prestación económica por parte o adopción múltiples.

Pues bien, todas ellas podrían ser compatibles con la prestación de maternidad dependiendo de la carencia de rentas.

⁵⁵ Seguridad Social 2015. *Prestaciones familiares*. [http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Prestacionesfamilia10967/index.htm] [Fecha de consulta: 6 de abril de 2015]. Disponibilidad y acceso.

11. PRESTACIÓN DE MATERNIDAD “NO CONTRIBUTIVA”

Si hasta la entrada en vigor de la LOI las modalidades no contributivas de las prestaciones económicas quedaban limitadas a las contingencias de la incapacidad permanente, la jubilación y el desempleo, tras la misma estas modalidades se extienden a la maternidad, ya que la Ley Orgánica 3/2007 establece una nueva prestación por maternidad, a favor de las trabajadoras que hayan sido madres biológicas, pero que no puedan acceder a la prestación contributiva general⁵⁶.

De este modo, la LOI creó un subsidio no contributivo por maternidad, en caso de parto, a favor de las trabajadoras por cuenta ajena o por cuenta propia del Régimen General o de cualesquiera de los Regímenes Especiales, que no reúnan el período mínimo de cotización exigido (artículos 133 sexies y 133 septies LGSS).

Esta prestación de maternidad tiene la consideración de no contributiva de acuerdo con el artículo 133 septies LGSS. Nos encontramos ante una prestación básica, que no tiene carácter universal ya que no se concede a todos los ciudadanos, financiada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, en virtud del artículo 86 LGSS⁵⁷.

El único requisito exigido es no cumplir el período mínimo de cotización o carencia legalmente exigido, con independencia de la situación económica del beneficiario. De esta forma, en el plano de la Seguridad Social podemos distinguir dos supuestos en relación con la maternidad: el general que da derecho al subsidio contributivo por maternidad, y el especial que da derecho al subsidio no contributivo por maternidad.

11.1 Beneficiarias:

Serán beneficiarias las trabajadoras por cuenta ajena o por cuenta propia que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por

⁵⁶ GABINETE JURÍDICO DEL CEF. Autores varios (AA.VV.). La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con la maternidad. *Revista mensual de trabajo y Seguridad Social*. CEF. Edición 1ª. Editorial: Centro de Estudios Financieros, Año 2009. ISSN: 1138-9532. pág 34.

⁵⁷ AGUILERA IZQUIERDO, Raquel y GIL PLANA, Juan. *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural*, cit., pág. 93 y ss.

maternidad, salvo el período mínimo de cotización exigido. Dada la enorme flexibilidad que la LOI incorporó en los períodos mínimos de cotización, los supuestos de acceso a la prestación no deberían ser numerosos, por lo que la doctrina los calificaba de “supuestos marginales”⁵⁸.

En el caso de trabajadoras por cuenta propia incluidas en los distintos Regímenes Especiales que sean responsables del ingreso de las cotizaciones, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que se encuentren al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.

Respecto al otro progenitor, el artículo 3.5 RD 295/2009 establece que, en caso de parto, si la madre trabajadora no reúne el periodo mínimo de cotización requerido y se le reconoce el subsidio de naturaleza no contributiva, el otro progenitor, a opción de la madre, podrá percibir el subsidio de naturaleza contributiva, durante el periodo de descanso que corresponda, descontando la duración y el incremento del subsidio de naturaleza no contributiva que, en su caso, hubiera correspondido, y siempre que aquél acredite los requisitos exigidos. Cabe destacar que dicho subsidio concedido a favor del otro progenitor será compatible con el de paternidad.

En consecuencia, la madre percibirá el subsidio no contributivo por maternidad durante seis semanas y, a partir de ese momento podrá ceder el resto de las semanas al otro progenitor, pasando éste a cobrar el subsidio por maternidad, siempre que reúna los requisitos legalmente exigidos.

11.2 Cuantía:

La cuantía de la prestación a percibir por todas las trabajadoras es la misma independientemente de cuál sea su base de cotización.

⁵⁸ BARCELÓN COBEDO, Susana y QUINTERO LIMA, María Gema. El impacto de la Ley para la Igualdad en el marco de la normativa de Seguridad Social. *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. Año 2007, nº. 91. pág.: 241. ISSN: 0213-0750. pág 241.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 133 septies LGSS, la cuantía de la prestación será igual al 100% del indicador público de renta de efectos múltiples (en adelante IPREM) vigente en cada momento, con las siguientes salvedades⁵⁹:

- ✓ Si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.
- ✓ Cuando se trate de trabajadoras a tiempo parcial, si la base reguladora diaria, resultante de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas durante el año anterior al hecho causante entre trescientos sesenta y cinco, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.
- ✓ El subsidio podrá reconocerse, mediante resolución provisional del INSS, con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema, siempre que no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o permiso.

Al tratarse de un subsidio no contributivo la alusión a la base reguladora produce confusión, como puso de manifiesto el CES en su Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres, por lo que dicha referencia debería haberse eliminado⁶⁰.

La base reguladora se actualizará en los siguientes supuestos⁶¹:

- 1) Cuando se produzca un incremento de la base de cotización, como consecuencia de una elevación de los salarios en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial, que retrotraiga sus efectos a una fecha anterior a la del inicio del

⁵⁹ Seguridad Social 2015. *Maternidad no contributiva. Prestación económica/cuantía*. [http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Maternidad/maternidadnocontributiva2009/index.htm#116695] [Fecha de consulta: 11 de marzo de 2015]. Disponibilidad y acceso.

⁶⁰ AGUILERA IZQUIERDO, Raquel y GIL PLANA, Juan. *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural*, cit., pág. 97.

⁶¹ Seguridad Social 2015. *Maternidad no contributiva. Prestación económica/cuantía*, cit., [Fecha de consulta: 24 de abril de 2015]. Disponibilidad y acceso.

descanso por maternidad. En tal supuesto, si la base reguladora resultase de cuantía superior al IPREM vigente en ese momento, se tomará éste.

2) En los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos del sistema y, posteriormente, se comprueba que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior al del inicio del permiso o descanso.

Cabe destacar que durante el percibo de este subsidio no contributivo por maternidad se mantendrá la obligación de cotizar. Así dispone el artículo 16.4 RD 295/2009 que cuando, de acuerdo con la normativa aplicable, la Entidad Gestora deba descontar del importe de la prestación la cuota correspondiente a la trabajadora, determinará su cuantía sobre la base de cotización del mes anterior al del parto. Si durante la situación de maternidad dicha base de cotización resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional de la trabajadora, se aplicará esta última base.

11.3 Nacimiento, duración y extinción:

Se tendrá derecho al subsidio no contributivo a partir del día del parto. Según establece el artículo 133 septies LGSS y 17 RD 295/2009, la duración de la prestación será de 42 días naturales a contar desde el parto.

Dicha duración se incrementará en 14 días naturales, en los siguientes casos:

- 1) Nacimiento de hijo en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición.
- 2) Nacimiento de hijo en una familia monoparental.
- 3) Parto múltiple.
- 4) Cuando la madre o el hijo estén afectados de discapacidad en un grado igual o superior al 65%.

A su vez, continúa diciendo dicho artículo que el incremento de la duración del subsidio no contributivo por maternidad en 14 días naturales es único, por lo que no procederá su acumulación cuando concurren dos o más de las circunstancias citadas.

En los casos de fallecimiento del hijo y de partos que tengan lugar tras más de 180 días de vida fetal, no se reducirá la prestación, aunque no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 CC para adquirir la personalidad (artículo 17.3 RD 295/2009).

A diferencia del subsidio por maternidad, la duración del subsidio no contributivo no se amplía en los casos de parto prematuro y en los de hospitalización de los neonatos ni, en estos últimos casos, procederá tampoco la interrupción del abono del subsidio⁶².

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 17.6 RD 295/2009 el derecho al subsidio se extinguirá:

- Por el transcurso del plazo de duración establecido.
- Por el fallecimiento de la beneficiaria.
- Por reconocerse a la beneficiaria una pensión de incapacidad permanente.

11.4 Denegación, anulación y suspensión del derecho:

Tal y como establece el artículo 133 septies LGSS en su apartado segundo, el derecho al subsidio no contributivo por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido por las mismas causas establecidas en el artículo 133 quinquies, es decir, por las mismas causas que el subsidio contributivo por maternidad:

- 1) Cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.
- 2) Cuando la beneficiaria trabajara por cuenta propia o ajena durante la percepción del subsidio.

11.5 Gestión y pago:

La gestión y el pago de este subsidio no contributivo vienen regulados en el artículo 19 RD 295/2009. El subsidio será gestionado directamente por el INSS o por el Instituto Social de la Marina, si se trata de trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

⁶² GABINETE JURÍDICO DEL CEF. Autores varios (AA.VV.). La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con la maternidad. *Revista mensual de trabajo y Seguridad Social*. CEF. Edición 1ª. Editorial: Centro de Estudios Financieros, Año 2009. ISSN: 1138-9532. pág 37.

El pago será realizado directamente por la Entidad Gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, y por períodos vencidos.

Al igual que en el subsidio por maternidad, será necesario que el facultativo del Servicio Público de Salud que atiende a la trabajadora embarazada expida un informe de maternidad en el que certificará la fecha del parto. El informe de maternidad constará de un original y tres copias. Se entregará a la trabajadora el original y una copia con destino a su empresa, otra copia se tramitará a la Inspección de Servicios Sanitarios u órgano equivalente del Servicio Público de Salud correspondiente y la última quedará en poder del facultativo. Las trabajadoras por cuenta ajena entregarán la copia correspondiente en la empresa, en un plazo de siete días.

11.6 Reconocimiento del derecho:

El artículo 21 RD 295/2009 establece que dicho procedimiento se inicia a instancia de la trabajadora, mediante solicitud dirigida a la Dirección provincial de la Entidad Gestora competente. Dispone en su apartado segundo que a la solicitud deberán acompañarse obligatoriamente los siguientes documentos:

- a) El informe de maternidad expedido por el Servicio Público de Salud.
- b) Libro de Familia o certificación de la inscripción del hijo o hijos en el Registro Civil, siempre y cuando no haya sido transmitido este dato por el Registro Civil.
- c) Certificación de cotizaciones a la Seguridad Social de la última o últimas empresas o acreditación de la cotización con los recibos del abono de cuotas si la causante es la obligada a su ingreso, cuando sean necesarias para justificar el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas.
- d) Una declaración de situación de la actividad, si la Entidad Gestora lo estima conveniente, cuando se trate de trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o Autónomos, a excepción de las integradas en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios y de las trabajadoras autónomas económicamente dependientes.

IV. PRESTACIÓN DE PATERNIDAD:

1. REGULACIÓN.

En la actualidad, la prestación de paternidad aparece regulada en el Capítulo IV ter de la LGSS, que comprende los artículos 133 octies (situación protegida), 133 nonies (beneficiarios), 133 decies (prestación económica).

El desarrollo reglamentario de dicha prestación se contiene en el Capítulo III del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, que comprende sus artículos 22 a 30.

2. LA PRESTACIÓN COMO PROTECCIÓN SOCIAL.

La prestación de paternidad protege el derecho del trabajador a percibir un subsidio durante los días de suspensión del contrato de trabajo, o cese en la actividad, en caso de nacimiento de un hijo, adopción o acogimiento.

Con el objetivo de lograr una mayor participación de los padres en el cuidado de los menores, propiciando que la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales se alcanzase desde una perspectiva de igualdad de género, la Resolución europea del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, alienta a los Estados miembros a evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad, manteniendo al tiempo sus restantes derechos laborales y sociales, correspondiendo a los propios Estados determinar las formas en orden a la concesión de ese derecho⁶³.

⁶³ ABRIL BERÁN, Francisco y ROMERO, Alfonso. Medidas para incorporar a los hombres en las políticas de conciliación. *Sociología del Trabajo. Nueva Época*. Año 2008, nº. 64, págs.: 41 y ss. ISSN: 0210-8364. págs. 41 y ss.

Antes de la aprobación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), solo la madre poseía la titularidad del derecho en el cuidado de sus hijos que fuera tutelado por el Sistema de Seguridad Social. Esta situación cambió sustancialmente tras la aprobación de la LOI, especialmente porque dicho cuerpo normativo dio carta de naturaleza a una pretensión histórica, cual era la creación de un permiso de paternidad de trece días de duración, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo, como un derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento y que modificó, en consecuencia, muchos de los presupuestos previos en lo que hace al disfrute de los permisos por cuidado de hijos⁶⁴.

Así, la propia LOI en su artículo 44.3 establece que “para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social”.

De esta forma, se convirtió esta prestación en una nueva situación protegida en los iguales términos que la de maternidad. Así, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 133 octies LGSS son situaciones protegidas el nacimiento del hijo, la adopción y el acogimiento familiar (preadoptivo, permanente o simple; en este último caso siempre que su duración sea inferior a un año). También son situaciones protegidas, según establece el artículo 22.2 RD 295/2009 aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjerías, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento en cualquiera de sus modalidades.

Para tener derecho a la prestación se exige que el adoptado o acogido sea menor de 6 años. No obstante, también generan derecho los mayores de 6 años pero menores de 18 con discapacidad o que, por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir

⁶⁴ MERCADER UGUINA, Jesús. *Análisis de la compatibilidad de prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo: balance y propuestas de reforma. Parte I*. Autores secundarios: ARAGÓN GÓMEZ, Cristina; DE LA PUEBLA PINILLA, Ana; GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo; MERCADER UGUINA, Jesús; MORENO SOLANA, Amanda; MUÑOZ RUÍZ, Ana Belén; NIETO ROJAS, Patricia; y PÉREZ DEL PRADO, Daniel. [<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/174222.pdf>]. [Fecha de consulta: 28 de mayo de 2015]. Disponibilidad y acceso. 2012, parte I. pág.: 46.

del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. Se entiende que el adoptado o acogido está afectado por una discapacidad, cuando se acredite en un grado igual o superior al 33% (artículo 22.3 RD 295/2009).

Con este reconocimiento de un derecho propio del padre se da un paso más en la adopción de medidas que pretenden ofrecer cuidados al hijo en los primeros momentos de su vida; con el fin de procurar una mayor igualdad de trato entre hombre y mujeres, y facilitar que la mujer pueda compaginar sus obligaciones familiares y laborales⁶⁵.

3. BENEFICIARIOS DE LA PRESTACIÓN.

Respecto a los posibles sujetos beneficiarios de esta prestación, el artículo 133 nonies LGSS, establece que serán beneficiarios del subsidio por paternidad los trabajadores por cuenta ajena y propia, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de la suspensión, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 124.1, acrediten un período mínimo de cotización de ciento ochenta días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión, o, alternativamente, trescientos sesenta días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha, y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen.

Así, podrán ser beneficiarios de esta prestación los trabajadores incluidos en el Régimen General y en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los periodos de descanso legalmente establecidos por nacimiento de hijo, adopción y acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, siempre que reúnan los requisitos exigidos.

En el supuesto de parto, el subsidio corresponderá en exclusiva al otro progenitor, si reúne los requisitos establecidos. Por su parte en caso de adopción o acogimiento, el derecho al subsidio corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados. No obstante, cuando el periodo de suspensión o permiso por maternidad sea

⁶⁵ GÓNZALEZ ORTEGA, Santiago y BARCELÓN COBEDO, Susana. *Introducción al derecho de la Seguridad Social*, cit., pág. 256.

disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el subsidio por paternidad se reconocerá en favor del otro progenitor, siempre que reúna los requisitos exigidos (artículo 23.2 RD 295/2009).

En los casos en que solamente exista un progenitor, adoptante o acogedor, si éste percibe el subsidio por maternidad, no podrá acumular el subsidio por paternidad.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 23.4 RD 295/2009, en situaciones de pluriactividad, podrá percibirse el subsidio en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social en el que se reúnan los requisitos exigidos. En el supuesto de que los trabajadores reúnan los requisitos exigidos para acceder a la prestación exclusivamente en uno de los regímenes, se reconocerá un único subsidio computando únicamente las cotizaciones que se hubieran satisfecho a dicho régimen. Por el contrario, si en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos para acceder al derecho, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos, y se tendrá derecho al subsidio en el régimen en el que se acrediten más días de cotización.

Por su parte, en situaciones de pluriempleo, el trabajador podrá tener derecho al subsidio en cada empleo, si disfruta del correspondiente periodo de descanso y se tendrán en cuenta las bases de cotización de cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación el tope máximo establecido.

4. REQUISITOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN.

En relación con los requisitos exigidos para tener derecho a esta prestación, para ser beneficiario del subsidio por paternidad es necesario cumplir los requisitos típicos de estar afiliados y en alta o situación asimilada al alta y reunir un determinado período mínimo de cotización o carencia.

En relación con el alta se remite a lo establecido para la prestación de maternidad. Respecto a la situación asimilada al alta el artículo 24 RD 295/2009 enumera un listado de situaciones asimiladas al alta con un contenido similar a las mencionadas para la prestación de maternidad.

Sin embargo, una diferencia fundamental la encontramos en la exigencia de carencia, respecto a la cual no se diferencia por tramos de edad.

Se exige tener cubierto un período de cotización de ciento ochenta días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio del período de suspensión o del permiso o, alternativamente, trescientos sesenta días cotizados a lo largo de su vida laboral (artículos 23.1 RD 295/2009 y 133 nonies LGSS).

5. DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN.

Respecto a su duración el RD 295/2009 establece una duración de (artículo 26.2):

✓ 13 días naturales ininterrumpidos, ampliables en 2 días más por cada hijo a partir del segundo en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples, para los trabajadores a quienes es de aplicación lo previsto en el artículo 48 bis ET.

Dicha suspensión se puede disfrutar en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50%, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador.

✓ 15 días naturales ininterrumpidos, por el nacimiento, acogimiento o adopción de uno o más hijos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.c) EBEP, para las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social a quienes sea de aplicación dicho Estatuto.

✓ 20 días naturales ininterrumpidos, cualquiera que sea la legislación aplicable, cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa, cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento, o cuando en la familia existiera previamente una persona con discapacidad, en un grado igual o superior al 33%.

Es importante tener en cuenta que la ampliación de la duración es única, sin ser posible la acumulación en caso de concurrir dos o más de las circunstancias mencionadas.

6. CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN.

De acuerdo con el artículo 25.1 RD 259/2009, la prestación económica de paternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso.

Respecto a las especialidades relativas a la determinación de la base reguladora, la actualización o modificación de la misma, las especialidades en relación con las personas con contrato a tiempo parcial o para la formación, para los artistas y profesionales taurinos (todas ellas reguladas en el artículo 25 RD 295/2009), será de aplicación lo dispuesto para la prestación de maternidad.

7. NACIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN.

Se tendrá derecho a este subsidio a partir del día en que dé comienzo el período de suspensión o permiso que corresponda.

El artículo 26.3 RD 295/2009 especifica estableciendo que:

- Para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el ET: Se podrá percibir este subsidio desde que termine el permiso por nacimiento de hijo, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, o hasta que finalice la suspensión del contrato de trabajo del artículo 48.4 ET, e incluso después de la finalización de la suspensión.
- Para los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes Especiales: El periodo de descanso podrá iniciarse a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, y hasta que finalice la suspensión del contrato por maternidad; o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión por maternidad.
- Respecto a los trabajadores incluidos en el EBEP: El periodo de descanso se ejercerá a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial

de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, salvo que la legislación aplicable prevea el momento del disfrute del permiso en otros términos. Excepcionalmente, en los supuestos de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados, podrán iniciar el percibo del subsidio a partir del alta hospitalaria del hijo.

- En los casos de parto: Si la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones por maternidad, el otro progenitor percibirá el subsidio por paternidad inmediatamente después del permiso retribuido y, a continuación, percibirá el subsidio por maternidad.

En relación con la extinción de esta prestación, para determinarlo tenemos que acudir al artículo 26.8 RD 295/2009 el cual establece que se extinguirá por:

- 1) El transcurso del plazo de duración establecido.
- 2) Reincorporación voluntaria al trabajo o actividad.
- 3) Causar el beneficiario pensión de jubilación o de incapacidad permanente.
- 4) Fallecimiento del beneficiario.
- 5) Cese de la adopción o del acogimiento.

Si se produce el fallecimiento del hijo o menor acogido durante la percepción de la prestación, no se extinguirá la prestación; en cambio si se produce el fallecimiento antes del inicio de la suspensión o del permiso, no se reconocerá la prestación.

En el supuesto de que el trabajador esté disfrutando del permiso de paternidad y durante dicha situación se extingue su contrato de trabajo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 222.2 de la LGSS, continuará percibiendo la prestación de paternidad hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación.

Asimismo, de acuerdo con los artículos 28 RD 295/2009 y 133 decies LGSS, el derecho al subsidio por paternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido:

a) Cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.

b) Cuando el beneficiario trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes periodos de descanso, salvo en supuestos de percepción de un subsidio por paternidad en régimen de jornada a tiempo parcial o en los supuestos de pluriactividad o pluriempleo.

8. TRAMITACIÓN Y PAGO.

8.1 Tramitación:

Al igual que sucede con la prestación de maternidad, para que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación, el trabajador debe solicitar el reconocimiento de su derecho a la Entidad Gestora. Según el artículo 29.1 RD 295/2009, la gestión de la prestación corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), salvo para los trabajadores del mar, que será el Instituto Social de la Marina (ISM).

El plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento iniciado será de 30 días contados desde la recepción de la solicitud del interesado en la Entidad Gestora.

El derecho al reconocimiento de la prestación prescribe a los 5 años, contados desde el día siguiente al del hecho causante, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los 3 meses anteriores a la fecha de la solicitud⁶⁶.

A) A instancia del interesado:

Si se inicia a instancia del interesado, éste debe solicitarlo mediante solicitud dirigida a la dirección provincial competente de la Entidad Gestora correspondiente de la provincia en la que aquél tenga su domicilio.

⁶⁶ Seguridad Social 2015. *La prestación de paternidad.* [http://www.seg-social.es/Internet_1/Masinformacion/TramitesyGestiones/PrestaciondePaterni51457/index.htm] [Fecha de consulta: 12 de abril de 2015]. Disponibilidad y acceso.

Además, la solicitud deberá ir acompañada de una serie de documentos previstos en el artículo 30.2 RD 295/2009, los cuales son:

1º Libro de Familia o certificación de la inscripción del hijo o hijos en el Registro Civil, siempre y cuando no haya sido transmitido este dato por el Registro Civil.

2º Certificación de la empresa o administración pública en la que conste la fecha de inicio de la suspensión laboral o permiso, respectivamente.

3º Certificación de cotizaciones a la Seguridad Social de la última o últimas empresas o acreditación de la cotización con los recibos del abono de cuotas si el causante es el obligado a su ingreso, cuando sean necesarias para acreditar el periodo mínimo de cotización, para determinar la cuantía de la prestación o el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas.

4º En caso de adopción o acogimiento de uno o más menores, deberá aportarse la resolución judicial por la que se constituye la adopción o la resolución administrativa o judicial por la que se concede el acogimiento familiar, ya sea permanente, preadoptivo o simple, y aunque dichos acogimientos sean provisionales. Si se trata de acogimiento simple, deberá constar que su duración es, al menos, de un año.

5º Documento que acredite el previo acuerdo con el empresario, cuando el periodo de descanso se disfrute en régimen de jornada a tiempo parcial.

6º Para los trabajadores pertenecientes al Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos, a excepción de los incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios y de los trabajadores económicamente dependientes, es obligatorio presentar, si la Entidad Gestora lo considera conveniente, una declaración de situación de la actividad.

7º En los supuestos en que proceda la ampliación del subsidio, además de los documentos señalados anteriormente, serán necesarios los siguientes:

- a) Título oficial de familia numerosa.
- b) Certificado del miembro de la familia discapacitado, con reconocimiento de un grado igual o superior al 33%.
- c) Informe médico del hospital público en el que se haya producido el nacimiento del hijo. Si el nacimiento se produce en un centro privado, será necesario presentar un informe del facultativo del Servicio Público de Salud.

B) De oficio por la Entidad Gestora:

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 30.4 RD 295/2009, la Entidad Gestora podrá iniciar de oficio el procedimiento para el reconocimiento del subsidio por paternidad, cuando disponga de los datos suficientes para ello, debiendo comunicar al interesado dicha circunstancia en el plazo de quince días contados desde el día siguiente al del hecho causante.

Cabe destacar que, al igual que sucedía en el caso de la prestación de maternidad, el artículo no obliga a la Entidad Gestora a iniciar dicho procedimiento de reconocimiento, sino que únicamente le concede esa facultad.

8.2 Pago:

El pago del subsidio será realizado directamente por la Entidad Gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración por las empresas (artículo 29 RD 295/2009). Se abonará en un único pago, aunque no haya finalizado el disfrute del período de descanso o permiso correspondiente.

9. COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.

La prestación de paternidad es incompatible, cuando haya un solo progenitor, con la de maternidad, por nacimiento, adopción o acogimiento; o cuando haya dos progenitores, el solicitante haya disfrutado en su totalidad del descanso de la madre, en caso de adopción o acogimiento.

No obstante, será compatible en los siguientes supuestos⁶⁷:

- Con el periodo al que hubiese tenido derecho el otro progenitor por haberse reconocido a la madre biológica el subsidio no contributivo por maternidad.
- Cuando haya disfrute compartido de la maternidad.
- Con el subsidio por maternidad íntegro del otro progenitor, en el supuesto en el que la madre realice una actividad profesional que no dé lugar a su inclusión en el sistema de la Seguridad Social ni en una mutualidad de previsión social alternativa.
- Con el subsidio por maternidad íntegro del otro progenitor en el supuesto de fallecimiento de la madre.
- Con el trabajo a tiempo parcial, condicionado a la presentación de un documento que acredite el previo acuerdo con el empresario (artículo 14.6 RD 295/2009).
- En situaciones de pluriactividad, pudiendo percibir el subsidio en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social en el que se reúnan los requisitos exigidos; y en situaciones de pluriempleo el trabajador podrá causar el subsidio en cada empleo (artículo 23.4 RD 295/2009).
- En relación con el desempleo y la incapacidad temporal, es necesario hacer una remisión a lo ya expuesto para la prestación de maternidad.

⁶⁷ Seguridad Social 2015. *Paternidad. Preguntas más frecuentes. ¿Es compatible el subsidio de paternidad con el de maternidad?* [http://www.seg-social.es/Internet_1/Preguntasmfrecuen37888/SubsidiosyotrasPres48581/Paternidad/index.htm#51578]. [Fecha de consulta: 25 de abril de 2015]. Disponibilidad y acceso.

❖ CONCLUSIONES ALCANZADAS:

Del trabajo realizado cabe extraer las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- En una sociedad como la que vivimos en la que ha descendido de modo alarmante la natalidad y en la que la incorporación de la mujer al mundo laboral hace necesaria la existencia de prestaciones económicas adecuadas a la conciliación de la vida laboral y familiar. Es posible debatir sobre la cuantía de las prestaciones, pero lo que es indudable es que es precisa la existencia de dichas formas de protección social.

SEGUNDA.- Al tiempo, parece que el **sistema normativo de Seguridad Social debe adecuarse a la evolución** que está experimentando la sociedad española marcada por:

- 1) Un proceso de envejecimiento demográfico, como consecuencia de un descenso en la tasa de natalidad unido al aumento de la esperanza de vida, que pone en peligro la sostenibilidad futura del sistema de pensiones.
- 2) La total incorporación de la mujer al mundo laboral y el retraso en la edad media de acceso a la maternidad⁶⁸.
- 3) El fenómeno de la inmigración.
- 4) La aparición de nuevas realidades y demandas sociales.

Para poder hacer frente a todos estos cambios que la sociedad ha sufrido la Seguridad Social se convierte en pieza clave. Es necesario llevar a cabo una serie de medidas encaminadas a aumentar la conciliación y corresponsabilidad fomentando la implicación de los padres en el seguimiento del embarazo y la crianza; la protección social y económica de las familias; el apoyo de la lactancia materna; y el apoyo a la maternidad y a la paternidad. En consecuencia, algunas de las medidas a establecer serían:

- a) Ampliar el actual período de permiso por maternidad de 16 semanas, vigente desde hace más de veinte años, a 6 meses de duración (que se ampliará en los supuestos de parto múltiple en dos semanas más por hijo a partir del segundo).

⁶⁸ En la última estadística del INE, publicada el 22 de junio de 2015, la edad media de acceso a la maternidad se situó en los 31,8 años, un 0,1 más que el año pasado.

En los países nórdicos la baja maternal es bastante más elevada que en nuestro país, así véase Suecia, con 480 días (16 meses) o Noruega, con 392 días (56 semanas).

- b) Ampliar el actual período de permiso por paternidad de 13 días a 4 semanas.

- c) Crear un permiso de una hora diaria por lactancia, para el cuidado de hijos menores de 12 meses. Se pretende facilitar que la madre pueda amamantar tranquilamente a su bebé durante los primeros seis meses de vida, el período de lactancia materna exclusiva recomendado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y UNICEF. Otro objetivo con esta medida es que la madre pueda dedicarse a tiempo completo a su bebé en estos meses claves para su desarrollo.

- d) Volver a establecer una deducción fiscal en el IRPF y una prestación no contributiva de la Seguridad Social por el nacimiento o la adopción de hijos (el llamado “cheque bebé”), con el objetivo de fomentar la natalidad.

- e) Reconocimiento legislativo del término “mobbing maternal”, para eliminar el acoso laboral contra las mujeres embarazadas.

- f) Incluir medidas en los convenios colectivos dirigidas a mejorar la protección de la maternidad y la conciliación de la vida laboral y familiar.

TERCERA.- A pesar de la publicación de la **Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres**, que estableció dos nuevos subsidios (el permiso por paternidad y riesgo durante la lactancia natural), en la sociedad española aún existe desigualdad entre hombres y mujeres.

En el mercado laboral las mujeres están situadas, en su gran mayoría, en actividades y profesiones tradicionalmente femeninas y en trabajos a tiempo parcial, y todavía existe una escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica. Además las diferencias salariales entre hombres y mujeres también contribuyen a incrementar esta desigualdad⁶⁹.

⁶⁹ En la última “Encuesta de Estructura Salarial”, difundida el 24 de junio por el INE, las mujeres siguen cobrando un 24% menos que los hombres.

CUARTA.- El artículo 39 de la Constitución Española de 1978, norma fundamental del ordenamiento jurídico español, así como el artículo 14.7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, establecen la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y la protección integral de los hijos (con independencia de su filiación), y de las madres (cualquiera que sea su estado civil).

Pues bien, de estos preceptos se extrae que los poderes públicos deben proteger el derecho a la maternidad. El progresivo envejecimiento de la población ha de forzar a los poderes públicos a **considerar la maternidad como un asunto de interés público** promoviendo medidas para protegerla.

QUINTA.- Al realizar el análisis del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con las prestaciones de maternidad y de paternidad es posible advertir una serie de **deficiencias o lagunas**, entre las que es preciso destacar las siguientes:

1ª) En el artículo 124.6 LGSS el cual afirma que: *“el período por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad”*, no deberían haberse excluido las contingencias de incapacidad temporal y desempleo, para aumentar la protección de la maternidad y la paternidad.

2ª) A diferencia de la prestación de maternidad, los artículos 133 nonies LGSS y 23.1 del RD 295/2009, relativos a los beneficiarios de la prestación de paternidad, no establecen un período de cotización reducido para los trabajadores menores de 21 años o entre 21 y 26 años. De esta forma, quedan más limitadas las posibilidades de acceder a dicha prestación impidiendo a los trabajadores más jóvenes cumplir con garantías el cuidado de su hijo.

❖ **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA** →

• **ABRIL BERÁN, Francisco y ROMERO, Alfonso.**

- Medidas para incorporar a los hombres en las políticas de conciliación. *Sociología del Trabajo. Nueva Época*. Año 2008, nº. 64, págs.: 41 y ss. ISSN: 0210-8364.

• **AGUILERA IZQUIERDO, Raquel y GIL PLANA, Juan.**

- *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Navarra. Editorial: Civitas-Thomson Reuters, 2010. ISBN: 978-84-470-3367-6.

• **BALLESTER PASTOR, María Amparo.**

- Licencia por maternidad: aspectos laborales y de seguridad social. *Cuadernos de derecho judicial*. Año 2006, nº 17. págs.: 49-96. ISSN: 1134-9670.

- *La prestación de maternidad*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch, 2013. ISBN: 978-84-9004-932-7.

• **BARCELÓN COBEDO, Susana y QUINTERO LIMA, María Gema.**

- El impacto de la Ley para la Igualdad en el marco de la normativa de Seguridad Social. *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. Año 2007, nº. 91. pág.: 241. ISSN: 0213-0750.

• **CABEZA PEREIRO, Jaime.**

- *La maternidad de las profesionales aseguradas por Mutualidades de Previsión Social alternativas del Reta. Derecho del otro progenitor. Mujer, trabajo y Seguridad Social*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Madrid. Editorial: La Ley, 2010. ISBN: 978-84-8126-731-0.

• **FERNÁNDEZ DE PUELLES MARTÍNEZ, Jesús y SÁNCHEZ GRANDE, Amalio.**

- *Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social. Derecho de la Seguridad Social*. Edición 4ª. Lugar de publicación: Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch, 2004. ISBN: 978-84-8456-184-2.

- **FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, Alicia.**

- *La prestación por maternidad*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Albacete. Editorial: Bomarzo, 2013. ISBN: 978-84-15000-88-4.

- **FERNÁNDEZ PRATS, Celia.**

- *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch, 2011. ISBN: 9788498765939.

- **GABINETE JURÍDICO DEL CEF.**

- La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con la maternidad. *Revista mensual de trabajo y Seguridad Social*. CEF. Edición 1ª. Editorial: Centro de Estudios Financieros, Año 2009. ISSN: 1138-9532.

- **GARCÍA LÓPEZ, José María y PÉREZ FORNIÉS, Claudia.**

- La Seguridad Social española. Los problemas del Sistema de Pensiones. *Acciones e investigaciones sociales*. Año 1997, nº 6. págs.: 5 y 6. ISSN: 1132-192X.

- **GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo.**

- *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Madrid, Editorial: Consejo Económico y Social, 2004. ISBN: 978-84-8188-216-2.

- **GÓNZALEZ ORTEGA, Santiago y BARCELÓN COBEDO, Susana.**

- *Introducción al derecho de la Seguridad Social*. Edición 8ª. Lugar de publicación: Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch, 2014. ISBN: 978-84-9086-167-7.

- **GORELLI HERNÁNDEZ, Juan.**

- *La protección por maternidad. Análisis normativo en derecho del trabajo y de la Seguridad Social*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch, 1997. ISBN: 84-8002-469-0.

- **GORELLI HERNÁNDEZ, Juan e IGARTUA MIRÓ, María Teresa.**

- *La prestación por maternidad y riesgo durante el embarazo*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch, 2002. ISBN: 84-8442-591-6.

- **LÓPEZ GANDÍA, Juan.**

- *Medidas de Seguridad Social en la Ley de Igualdad*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Albacete. Editorial: Bomarzo, 2009. ISBN: 978-84-96721-66-1.

- **LÓPEZ GANDÍA, Juan y TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel.**

- *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*. Edición 2ª. Lugar de publicación: Albacete. Editorial: Bomarzo, 2014. ISBN: 978-84-15000-59-4.

- **LOUSADA AROCHENA, José Fernando.**

- *Permiso por paternidad y conciliación masculina*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Albacete. Editorial: Bomarzo, 2008. ISBN: 978-84-96721-56-2.

- El reglamento de las prestaciones por maternidad y paternidad: puntos críticos. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. Año 2009, nº 24. págs.: 53 y 54. ISSN: 1575-3379.

- **MERCADER UGUINA, Jesús.**

- *Análisis de la compatibilidad de prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo: balance y propuestas de reforma. Parte I*. Autores secundarios: ARAGÓN GÓMEZ, Cristina; GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo; MERCADER UGUINA, Jesús; MORENO SOLANA, Amanda; MUÑOZ RUÍZ, Ana Belén; NIETO ROJAS, Patricia; PÉREZ DEL PRADO, Daniel; y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana. [<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/174222.pdf>]. [Fecha de consulta: 28 de mayo de 2015]. Disponibilidad y acceso. 2012, parte I. pág.: 46.

- **MUÑOZ MOLINA, Julia.**

- *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*. Edición 1ª. Lugar de publicación: Navarra. Editorial: Aranzadi, 2005. ISBN: 978-84-97678-73-5.

- **OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO.**

- *La maternidad en el trabajo: Examen de la legislación nacional. / Resultados de la Base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo.* Edición 2ª. Lugar de publicación: Ginebra. 2010. ISBN: 978-92-2-322927-6.

- **OLARTE ENCABO, Sofía.**

- Prestación económica por maternidad. ¿Nacimiento automático del Derecho? El más que cuestionado alcance del principio de oficialidad. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social.* Año 2004, nº 77. págs.: 267 a 276. ISSN: 0213-0750.

- **PANIZO ROBLES, José Antonio.**

- La protección de la maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo). *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración.* Año 2002, nº 34. págs.: 4 y 5. ISSN: 1137-5868.

- **PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás.**

- *La protección de la maternidad, la paternidad y la adopción y acogimiento.* Edición 1ª. Lugar de publicación: Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch, 2008. ISBN: 978-84-8442-548-9.

- **RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana.**

- *La familia en el ámbito jurídico-laboral. Situación y protección.* Edición 1ª. Lugar de publicación: Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch, 2008. ISBN: 978-84-8456-201-6.

- **RIVAS VALLEJO, María Pilar.**

- El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado. Reglamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo. *Revista Aranzadi social.* Año 2001, nº 5. págs.: 1199 a 1254. ISSN: 1131-5369.

- **VIQUEIRA PÉREZ, Carmen.**

- *Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo.* Edición 1ª. Lugar de publicación: Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch, 2003. ISBN: 978-84-84428-72-5.

❖ **RECURSOS ON LINE** →

- *La prestación de maternidad.* [http://www.seg-social.es/Internet_1/Masinformacion/TramitesyGestiones/PrestaciondeMaterni43344/index.htm] [Fecha de consulta: 22 de febrero de 2015]. Disponibilidad y acceso.

- *Bases y tipos de cotización 2015.* [http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/CotizacionRecaudaci10777/Basesytiposdecotiza36537/index.htm] [Fecha de consulta: 18 de febrero de 2015]. Disponibilidad y acceso.

- *Prestaciones familiares.* [http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Prestacionesfamilia10967/index.htm] [Fecha de consulta: 6 de abril de 2015]. Disponibilidad y acceso.

- *Maternidad no contributiva. Prestación económica/cuantía.* [http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Maternidad/maternidadncontributiva2009/index.htm#116695] [Fecha de consulta: 11 de marzo de 2015]. Disponibilidad y acceso.

- *La prestación de paternidad.* [http://www.seg-social.es/Internet_1/Masinformacion/TramitesyGestiones/PrestaciondePaterni51457/index.htm] [Fecha de consulta: 12 de abril de 2015]. Disponibilidad y acceso.

- *Paternidad. Preguntas más frecuentes. ¿Es compatible el subsidio de paternidad con el de maternidad?* [http://www.seg-social.es/Internet_1/Preguntasmasfrecuen37888/SubsidiosyotrasPres48581/Paternidad/index.htm#51578]. [Fecha de consulta: 25 de abril de 2015]. Disponibilidad y acceso.

- *Fenómenos demográficos. Movimiento Natural de la Población* [<http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft20%2Fe302&file=inebase&L=0>]. [Fecha de consulta: 22 de junio de 2015]. Disponibilidad y acceso.

- *Encuesta anual de estructura salarial.* [http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736061721&menu=ultiDatos&idp=1254735976596]. [Fecha de consulta: 24 de junio de 2015]. Disponibilidad y acceso.