

## La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia

### Shared responsibility through the Social Security: new birth and breastfeeding benefits

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE HUELVA

#### Resumen

El presente estudio pretende analizar la situación generada por las reformas introducidas en la LGSS por parte del RD-Ley 6/2019, concretamente con la creación de dos nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia. Bajo el objetivo de conseguir la corresponsabilidad entre los progenitores, se ha suprimido la regulación dedicada a las prestaciones por maternidad y paternidad, siendo sustituidas por una nueva prestación por nacimiento. Hemos tratado de analizar cuáles son las principales líneas de esta nueva regulación, así como sus principales elementos críticos, centrándonos en cómo quedan las situaciones protegidas, los requisitos para acceder a la prestación, así como el contenido de la acción protectora, así como el régimen transitorio. Con el mismo espíritu crítico, hemos analizado la nueva prestación por lactancia.

#### Abstract

This study sets out to analyse the situation generated by the reforms introduced in the Social Security Law by Royal Decree-Law 6/2019, specifically with the creation of two new benefits for birth and breastfeeding. With the goal of ensuring shared responsibility between parents, the regulation on maternity and paternity benefits has been abolished, being replaced by a new benefit for birth. We analysed the main approaches of this new regulation, as well as its key critical elements, focusing on the protected situations that are the requirements to access the benefit, the content of the protection and the provisional system. With the same critical spirit, we also analysed the new breastfeeding benefit.

#### Palabras clave

Seguridad Social; protección por nacimiento; adopción; lactancia

#### Keywords

Social Security; birth protection; adoption; breastfeeding

## 1. INTRODUCCIÓN

Estamos realmente ante una reforma refleja del derecho sustantivo, de la profunda alteración que ha supuesto la nueva regulación de la suspensión por nacimiento, adopción, guarda y acogimiento en el ET y las licencias por los mismos motivos del EBEP, que ha requerido la adaptación de las prestaciones de Seguridad Social a dicha nueva regulación.

En líneas generales podemos decir que el legislador ha pretendido equiparar las antiguas prestaciones de maternidad y paternidad, por la vía de asimilar las segundas a las primeras, fusionandolas en una única prestación, la prestación por nacimiento y cuidado de hijos, que cubre ahora las diferentes situaciones protegidas, creando, además, una nueva prestación de corresponsabilidad en el cuidado del lactante.

Como antesala a esta reforma debe señalarse a las SSTC 111/2018, 117/2018, 138/2018 y 2/2019. En ellas se planteaba el problema de la distinta duración de los permisos generados por el parto para la madre y el padre y, consecuentemente de las prestaciones de Seguridad Social generadas en base a tales situaciones. Se demandaba la equiparación con la suspensión y la prestación por maternidad en base al derecho a la igualdad y no discriminación. Tal pretensión fue rechazada por el Tribunal Constitucional, lo cual era bastante previsible, pues al haberse optado por un planteamiento de violación de los principios de igualdad y no discriminación, se requería que de la comparación entre dos situaciones equiparables hubiera diferencias normativas no justificadas objetivamente; resultando que las situaciones a comparar (maternidad y paternidad) no eran idénticas, por lo que la diferencia normativa de trato no suponía discriminación. La base argumental era que la finalidad de la maternidad es la protección de la salud de la trabajadora, mientras que la finalidad de la suspensión por paternidad es facilitar y favorecer la corresponsabilidad de padres y madres del cuidado de los hijos<sup>1</sup>. Dicha corresponsabilidad es una tarea exigible a ambos progenitores, pero ello no supone que el ordenamiento deba regular instituciones jurídicas que favorezcan el cumplimiento de dicha obligación en clave de plena igualdad; así, es perfectamente posible que el contenido de los derechos de maternidad y paternidad sean diferentes sin que ello suponga ninguna violación de los principios de igualdad y no discriminación. No obstante, el TC reconocía expresamente la posibilidad de una regulación que estableciese una situación de efectiva equiparación entre ambos progenitores, pero como opción del legislador, no una consecuencia del principio constitucional de igualdad y no discriminación<sup>2</sup>.

Pues bien, el vaticinio del TC se cumple a través del RD-Ley 6/2019, regulación que pretende impulsar el principio de corresponsabilidad ante las responsabilidades familiares. Debe entenderse que la corresponsabilidad no es sino un trasunto de las exigencias de igualdad y no discriminación a favor de las madres trabajadoras. Es decir, los planteamientos de supresión de la discriminación es la base de esta regulación, pero debe rechazarse que el sujeto discriminado sea el varón respecto de la mujer trabajadora. Muy al contrario, el hecho de que socialmente se acepte que las responsabilidades familiares recaigan sobre la mujer, motiva al legislador a impulsar medidas de equiparación de los derechos laborales de conciliación de los hombres con los propios de la mujer trabajadora, para facilitar la asunción por parte de aquellos de tales responsabilidades, pues al ostentar derechos de inferior duración, el efecto era el de una limitación de la corresponsabilidad: la corresponsabilidad no era posible si los hombres disfrutaban de derechos cuantitativamente muy inferiores a los de la mujer<sup>3</sup>. La simple comparación evidenciaba que la mujer siempre asumía más responsabilidades pues, aun cuando el hombre deseara asumirlas, el ordenamiento no lo permitía<sup>4</sup>. En definitiva, la equivalencia de los derechos de mujeres y hombres trabajadores

<sup>1</sup> Vid. Fundamentos Jurídicos nº 5, 6 y 7 STC 111/2018.

<sup>2</sup> Fundamento Jurídico nº 8º de la STC 111/2018.

<sup>3</sup> Sobre esta cuestión vid. GARCIA VIÑA, J.: “La paternidad como situación protegida por la Ley Orgánica 3/2007”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 75 (2008), páginas 203 y 204; PEREZ CASTILLO, A.M.: “La prestación por paternidad en los casos de paternidad biológica, adopción y acogimiento. Análisis crítico”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* Monográfico 2008, página 185.

<sup>4</sup> Tal como señala la exposición de motivos, “En este sentido, los poderes públicos están obligados a adoptar medidas específicas a favor de las mujeres cuando existan situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres”.

en este ámbito es una cuestión de igualdad material de las primeras respecto de los segundos<sup>5</sup>.

Para lograr este objetivo se pretende equiparar la duración de los permisos por maternidad y paternidad, sustituyendo ambos por una nueva regulación sobre la suspensión por nacimiento de hijos que beneficia a ambos progenitores. Ciertamente ello supone una mejora de los derechos de los padres, pero también de las madres trabajadoras, pues se favorece una mayor implicación paterna ante las responsabilidades familiares. Dicho de otra manera, se mejora la regulación sobre conciliación de la vida familiar de los trabajadores varones, con el objetivo de incrementar la corresponsabilidad, lo que beneficia a las mujeres trabajadoras.

El principal problema que plantea esta nueva regulación es su deficiente calidad técnica: con toda seguridad se debe a la premura en la aprobación del RD-Ley, que ha impedido un proceso de elaboración más sosegado que hubiera permitido identificar los problemas interpretativos de la redacción y los suprimiese. Ello es especialmente evidente en la nueva prestación de corresponsabilidad en el cuidado del lactante (arts. 183 y ss. LGSS), normas que plantean algunos problemas importantes, pese a la poca relevancia de la prestación. También se manifiesta en la inexistencia de una nueva regulación reglamentaria que desarrolle la normativa legal, pues no se ha derogado el RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se establecen las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (RMA), lo que genera importantes dudas en cuanto a la vigencia de las reglas destinadas a la maternidad y paternidad y, sobre todo, cómo hayan de entenderse aquellas normas reglamentarias que no resultan derogadas tácitamente con claridad. Es evidente que la DD única del RD-Ley debe implicar la derogación tácita de un buen conjunto de normas del RMA, por lo que, a la espera de un nuevo desarrollo reglamentario, hay diferentes cuestiones que generan incertidumbres interpretativas e inseguridad jurídica.

## **2. LA NUEVA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR: CARACTERES GENERALES DE LA PRESTACIÓN**

A tenor de lo establecido por el art. 177 LGSS, la prestación por nacimiento se configura como el subsidio al que tienen derecho trabajadores y trabajadoras durante los períodos de descanso que regulan el Estatuto de los Trabajadores (artículo 48 apartados 4, 5 y 6) y el Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 49 letras a, b y c). A tenor de la regulación señalada los trabajadores pueden disfrutar de períodos de suspensión o licencias para atender las necesidades generadas por el nacimiento de un hijo o la incorporación a la familia de un menor adoptado, acogido o en régimen de guarda. Durante dichos períodos se cesa en el desarrollo de la prestación laboral, careciéndose como consecuencia de salario, generando una carencia de rentas que haría renunciar a muchos trabajadores del disfrute de la suspensión o de licencias. Es por ello que el legislador establece esta prestación como mecanismo de sustitución de las rentas económicas que dejan de percibirse, favoreciendo el

---

<sup>5</sup> MOLINS GARCIA-ATANCE, J.: “La reforma de las prestaciones de maternidad y paternidad por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 79 (2009), página 161.

disfrute de tales períodos de descanso, al eliminar los efectos negativos de la suspensión o de las licencias<sup>6</sup>.

Es característico de esta prestación (al igual que ocurría con las prestaciones de maternidad o paternidad) su dependencia normativa de la regulación sustantiva contenida en el ET o en el EBEP, pues se genera derecho a la prestación si los beneficiarios están disfrutando de los períodos de descanso (suspensión o permisos) por nacimiento de hijo regulador por tales normas. Consecuentemente, a la hora de determinar el alcance y contenido de las prestaciones de Seguridad Social, sigue siendo imprescindible conocer adecuadamente el régimen jurídico de tales suspensiones o permisos. En consecuencia, la prestación debe conectarse con los períodos de descanso regulados en el artículo 48, apartados 4, 5 y 6 ET; así como con el art. 49 49 a, b y c EBEP<sup>7</sup>. Esta conexión se va a manifestar sobre diferentes aspectos de la prestación, fundamentalmente sobre las situaciones protegidas, donde se produce una remisión del art. 177 LGSS a los preceptos sustantivos; pero también en cuestiones propias del contenido de la prestación, como ocurre con uno de sus aspectos esenciales: la duración de la misma.

Estructuralmente la nueva regulación introducida por el RD-Ley 6/2019 supone una importante alteración de los parámetros normativos que en materia de Seguridad Social existían sobre las antiguas prestaciones de maternidad y paternidad. Fundamentalmente se ha pretendido extender un principio de corresponsabilidad en el cuidado de los hijos, que requiere la equiparación entre los progenitores tanto en materia de acceso a la suspensión del contrato o permisos como en el disfrute de las prestaciones de Seguridad Social<sup>8</sup>. La consecuencia es la supresión del anterior sistema que distinguía entre prestaciones de maternidad y paternidad, siendo sustituido por una prestación de nacimiento y cuidado del menor, a la que (si cumplen los requisitos) pueden acceder ambos progenitores, pero no en forma compartida (una única prestación distribuida entre ellos), sino individualizada (una prestación diferente para cada uno de ellos) y equivalente en su duración y contenido. No obstante, aun cuando la regulación de la prestación nada señala expresamente, la equiparación no se aplicará con la entrada en vigor de las reformas introducidas por el RD-Ley 6/2019, sino que se establece un régimen transitorio, de manera que la equiparación se producirá en el año 2021. En realidad la regulación de la prestación nada establece al respecto, pero hemos de reiterar la dependencia normativa respecto de la regulación de los períodos de descanso establecida en el ET y en el EBEP<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Vid. MONEREO PEREZ, J.L. y LOPEZ INSUA, B.M.: “La renovada tutela social de la maternidad en el marco de los derechos de conciliación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 43 (2016), páginas 11 y 12.

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión, debemos tener en cuenta que si estamos ante personal laboral de las AA.PP., la regulación del ET no es aplicable en estos casos, sino que el RD-Ley 6/2019 ha añadido una nueva Disp. Adic. 22ª al ET, norma que señala de aplicación la regulación sobre permisos establecida en el EBEP, produciéndose un trasvase subjetivo parcial del ET al EBEP. En el mismo sentido la nueva redacción del art. 7 EBEP.

<sup>8</sup> Vid. LOPEZ ANORTE, M.C.: “Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 214 (2018), página 2 versión Smarteca.

<sup>9</sup> En este sentido el RD-Ley 6/2019 ha añadido a ET y EBEP sendas normas transitorias, por las que la nueva regulación se aplicará íntegramente a partir de 1 de enero de 2021, de manera que en los años intermedios se incrementará la duración del período de descanso para el otro progenitor con el objetivo de alcanzar la equiparación en el momento señalado. Al respecto vid. las nuevas DT 13ª ET y DT 4ª EBEP, dedicadas justamente a regular esta cuestión y que han sido incorporadas por el RD-Ley 6/2019.

### 3. LAS SITUACIONES PROTEGIDAS POR LA NUEVA REGULACIÓN

#### 3.1. El nacimiento como nueva situación protegida

A tenor de la nueva redacción del artículo 177 LGSS, parece que las alteraciones son meramente cosméticas, pues en ella se hace referencia como situaciones protegidas al “nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar”, mientras que con anterioridad se señalaban como tales situaciones a “la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar”. Sin embargo, la alteración es sustancial: sustituir maternidad (el hecho de que una mujer sea madre) por nacimiento (el acto de nacer) implica que el sujeto protegido por la prestación no tiene que ser necesariamente la madre, sino que caben otros sujetos. De otro lado, no es negativo que el legislador deje de poner el foco sobre la trabajadora, eliminando la prestación de maternidad, y la sustituya por prestación por nacimiento, permitiendo así la ampliación a sujetos que pueden también asumir las responsabilidades familiares; es decir, una visión más amplia de la situación protegida facilita que pueda alcanzarse con más facilidad el objetivo de la corresponsabilidad.

De otro lado, al mantenerse que las situaciones protegidas se producen “durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten” de acuerdo con la regulación en materia de suspensión o permisos de ET o EBEP, se produce un giro sustancial, pese a mantenerse en este punto la redacción original del art. 177 LGSS: dada la conexión entre la prestación y la regulación sustantiva, al modificarse ésta, la prestación sufre una evidente alteración. Dado que tanto ET como EBEP equiparan plenamente los derechos de madres y padres u otros progenitores al período de descanso, el resultado es que dicha alteración también se proyecta sobre la prestación, de manera que los diferentes sujetos puedan tener derecho a prestaciones de idéntico contenido, y no como en el período inmediatamente anterior, en el que las diferencias entre prestaciones por maternidad y paternidad eran evidentes.

En cuanto a las concretas situaciones protegidas, en primer lugar se menciona el nacimiento; es decir, el hecho biológico por el que surge una nueva vida. Bajo la anterior regulación de la prestación de maternidad, la situación protegida era la de la madre que daba a luz; sin embargo, con la nueva regulación, la situación protegida se refiere tanto a la madre como al padre (o como literalmente señala el art. 48.4 ET, el “progenitor distinto de la madre biológica”<sup>10</sup>), de manera que ambos puedan disfrutar de dos prestaciones distintas e individualizadas por nacimiento; una para cada progenitor (si es que cada uno de ellos cumple los requisitos del hecho causante)<sup>11</sup>. En realidad, ni el art 177 LGSS, ni el art. 178 al regular los beneficiarios, se refieren expresamente a que el nacimiento puede dar lugar a dos prestaciones distintas, pero la conexión de la regulación sustantiva evidencia esta cuestión.

Insistiendo en dicha conexión, se constata que la situación protegida comprende realmente dos situaciones: la suspensión del contrato de la madre biológica durante 16

<sup>10</sup> En caso del EBEP, el art. 49 c) se refiere al “Permiso del progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento (...)”.

<sup>11</sup> En el EBEP las normas de referencia las encontramos en las letras a), b) y c) del art. 49, que se refieren, respectivamente, a los permisos por nacimiento para la madre biológica, el permiso por adopción, guarda o acogimiento y el permiso del progenitor diferente de la madre biológica.

semanas, siendo obligatorias las seis semanas posteriores al parto, que deben disfrutarse de manera ininterrumpida y a jornada completa. Este período obligatorio tiene como objetivo la protección de la salud de la madre que acaba de dar a luz. En segundo lugar, el otro progenitor también tendrá derecho a la suspensión de su contrato durante 16 semanas, siendo también obligatorias las seis semanas posteriores al parto, que deben disfrutarse de manera ininterrumpida y a jornada completa. Según el art. 48.4 ET este período obligatorio se justifica “para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el art. 68 del Código Civil”. Desde mi punto de vista, es incoherente afirmar que estos deberes de cuidado sólo justifican las seis semanas obligatorias: es evidente justifican la totalidad del período de suspensión; más aún siguen recayendo sobre ambos progenitores mientras tales cuidados sean necesarios. Aparentemente la regulación del carácter obligatorio en este caso se justifica por el interés del legislador de establecer la mayor equiparación posible con el derecho de la madre biológica, incluso cuando, como en este caso, no sea necesario.

Cada una de estas situaciones genera derecho a una prestación diferente por nacimiento, en la que los beneficiarios deben cumplir sus específicos requisitos del hecho causante y el cálculo de las mismas se hará en función de cada una de las distintas bases reguladoras. El derecho de cada progenitor es individual e intransferible al otro progenitor, pues la suspensión por nacimiento tiene tales caracteres. No obstante, debe tenerse en cuenta que el RD-Ley 6/2019 ha añadido una nueva Disp. Trans. 13ª al ET que admite transitoriamente la cesión de parte del período de disfrute de la madre biológica al otro progenitor<sup>12</sup>, o que en caso de fallecimiento de la madre biológica, el otro progenitor pueda disfrutar del período de suspensión de la fallecida, incluso si esta no realiza ningún trabajo.

### 3.2. ¿Cómo queda la maternidad subrogada?

Uno de los principales conflictos generado en la prestación por maternidad ha sido el problema de la maternidad subrogada; es decir, los supuestos en que se acude a una tercera mujer para que sea ella la que engendre un hijo (junto con el padre, lógicamente) o bien aporte su útero en aquellos casos en los que la madre de intención no puede engendrar hijos (o no quiere, pero desea tener un hijo). Con anterioridad a las reformas introducidas por el RD-Ley 6/2019, la jurisprudencia sobre la prestación de maternidad admitía la existencia del derecho a las prestaciones de maternidad en estos casos<sup>13</sup>. En esta línea jurisprudencial se ha impuesto un planteamiento por el que se pretende favorecer a estos recién nacidos con una prestación económica a favor de los padres de intención, a pesar de que los contratos entre estos padres y la madre biológica sean totalmente contrarios a nuestro derecho, y pese a que, en el fondo, se esté favoreciendo negocios sobre seres humanos<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> En este caso, téngase en cuenta lo dispuesto por el artículo 9.1 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se establecen las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural –RMA–, que establece la posibilidad de revocar la opción en favor del padre, cuando sobrevengan hechos que hacen inviable su disfrute, tales como su ausencia, enfermedad o accidente, abandono o separación, u otras causas análogas.

<sup>13</sup> Así vid. las SSTs de 25 de octubre de 2016, Ar. 6167; 16 de noviembre de 2016, Ar. 6152; 22 de noviembre de 2017, Ar. 5401; y 14 de diciembre de 2017, Ar. 5889.

<sup>14</sup> Pueden consultarse múltiples trabajos que analizaban, más o menos críticamente, la posibilidad de otorgar prestaciones de maternidad en estos casos, pues de hecho ha sido la cuestión más debatida en los últimos años en materia de maternidad y paternidad: ALZAGA RUIZ, I.: “Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 134 (2018); ARIAS DOMINGUEZ, A.: (...)

Debemos preguntarnos ahora si la maternidad subrogada es un fenómeno que puede ser encuadrado dentro de la situación protegida por nacimiento de hijo. Pues bien, al respecto hemos de señalar que con la nueva redacción del art. 48.4 ET, que no olvidemos está directamente conectado con la delimitación de cuáles son las situaciones protegidas establecidas por el art. 177 LGSS, podemos encontrar algún problema: el art. 177 LGSS considera situación protegida el nacimiento, durante el período de descanso que por tal situación se disfruta de conformidad al art. 48.4 ET; y este último precepto se refiere al nacimiento que suspende el contrato de trabajo de la "madre biológica"<sup>15</sup>. Entendemos que una madre de intención no puede ser la madre biológica, expresión con la que claramente el legislador se está refiriendo a la mujer que da a luz un hijo. Por lo tanto, con esta denominación se está refiriendo a la persona que ha sido contratada para engendrar o facilitar el desarrollo uterino de un hijo. Con estos contratos de puesta a disposición del útero lo que se busca es, justamente, sustituir a la madre que no puede o no quiere engendrar un hijo, por una tercera mujer que es, a todos los efectos, la madre biológica.

Es evidente que esta literalidad puede complicar el reconocimiento de prestaciones por nacimiento a las madres de intención. En todo caso, tal como hemos visto con la jurisprudencia antes citada, no sería la primera vez que en este ámbito se obvia la regulación legal y se otorgan prestaciones, en este caso por nacimiento de hijo. Cuestión diferente es la suspensión y prestación para el "progenitor distinto de la madre biológica", que tiene derecho a la suspensión y a la prestación por nacimiento de hijo, sin que la nueva redacción del art. 48.4 en su segundo párrafo implique limitación alguna.

### 3.3. La adopción, guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar

Como segunda situación protegida, están los casos de adopción, guarda con fines de adopción y de acogimiento familiar (vid. para delimitar el alcance de estos mecanismos lo dispuesto por el art. 45.1.d ET). En este punto la nueva redacción del art. 177 LGSS es prácticamente idéntica a la anterior; sin embargo, nuevamente debemos señalar cómo la interpretación de este precepto depende directamente de lo establecido por el art. 48.5 ET, de

<sup>15</sup> "Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad", *Revista de Derecho de la Seguridad Social* nº 8 (2016); BASTERRA HERNANDEZ, M.: "El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la fecundación *in vitro* y la gestación subrogada", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 205 (2018); CORDERO GORDILLO, V.: "La prestación por maternidad en los supuestos de gestión por sustitución", *Trabajo y Derecho* nº 7-8 de 2015; DESDENTADO DAROCA, E.: "Nuevas perspectivas de la protección social de la maternidad subrogada", *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 7 de 2018; GARCIA VALVERDE, M.D.: "Gestación por sustitución. Necesidad de una respuesta jurídica a una realidad social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social* nº 16 (2018); GORELLI HERNANDEZ, J.: "El derecho a las prestaciones por maternidad en los supuestos de maternidad subrogada o gestación por sustitución", en AA.VV., "Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet", Atelier, Barcelona 2017; GORELLI HERNANDEZ, J.: "La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)", *Aranzadi Doctrinal* nº 1 de 2017; HIERRO HIERRO, F.J.: "Maternidad subrogada y prestación de Seguridad Social", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 190 (2016); HIERRO HIERRO, F.J.: "Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre maternidad subrogada", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 127 (2017); MORENO PUEYO, M.J.: "Maternidad subrogada y prestación de maternidad", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 116; POQUET CATALA, R.: "La prestación por maternidad en la gestación por sustitución", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 198 (2017); SIRVENT HERNANDEZ, N.: "Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 205 (2018).

<sup>15</sup> Por su parte, el art. 49 a) EBEP se refiere al permiso por nacimiento "para la madre biológica".

manera que la alteración de esta norma afecta a la situación protegida. Tal como hemos señalado anteriormente estas situaciones están protegidas en tanto se disfruta de las suspensiones o permisos allí regulados. Pues bien, al igual que ocurre con el nacimiento, se genera derecho a sendas prestaciones para cada adoptante, guardador o acogedor que disfruta de la suspensión del contrato; es decir, se supera el esquema previamente existente a tenor del cual en caso de que ambos adoptantes, acogedores o guardadores trabajasen, el único periodo de suspensión se distribuía a opción de los interesados, que en su caso lo compartirían.

Con la nueva regulación, al igual que ocurren en los casos del art. 48.4 ET, se pueden generar dos prestaciones de 16 semanas (ampliables en los supuestos de discapacidad o adopción, guarda o acogimiento múltiples)<sup>16</sup>. El art. 48.5 ET establece algunas reglas que afectan a la interpretación de la situación protegida. En primer lugar, hay que subrayar que el mismo menor no puede dar lugar a varios periodos de suspensión (y de prestación) en beneficio del mismo trabajador; es decir, no es admisible, por ejemplo, disfrutar una suspensión y prestación por guarda preadoptiva y posteriormente por adopción. Es cierto que se trata de fenómenos e instituciones jurídicas distintas, pero es evidente que la finalidad perseguida por la suspensión y la prestación se agota con el disfrute de la primera de estas situaciones. De otro lado, al igual que ocurre con la suspensión y prestaciones por nacimiento, cada una de ellas es un derecho individual de cada trabajador, sin que pueda transferirse su derecho al otro adoptante, guardador o acogedor.

Sin embargo, a la hora de regular las situaciones protegidas, ni el ET, ni la LGSS hacen referencia a un problema que se genera cuando la adopción tiene carácter internacional, pues es posible que en los países a los que se acude utilicen instituciones jurídicas distintas a las españolas. Al respecto debemos recordar lo señalado por el art. 2.2 RMA<sup>17</sup>, a tenor del cual en estos casos lo esencial es que los efectos jurídicos sean los previstos por la normativa española; de manera que si es así se consideran equiparables tales instituciones jurídicas extranjeras y, por tanto, son situación protegida a los efectos de las prestaciones.

Por último, recordemos que la jurisprudencia admite la posibilidad de disfrutar de la prestación en caso de la adopción de hijos del otro cónyuge<sup>18</sup>, incluso cuando éste ya haya disfrutado de su prestación<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> En el EBEP, art. 49 b), se reconoce en primer lugar el permiso por adopción, guarda o acogimiento; para, a continuación, la letra c) del mismo art. 49 EBEP, referirse a el permiso “del progenitor diferente (...) guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija”.

<sup>17</sup> Señala este precepto que “Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación”.

<sup>18</sup> Vid. SSTSJ de Madrid de 28 de julio de 2008, AS 2008\2491, 7 de julio de 2014, AS 2014\2274.

<sup>19</sup> STS de 15 de septiembre de 2010, RJ/2010/7428; o las SSTSJ de Madrid de 3 de octubre de 2014, AS 2014\2822 y Cataluña de 6 de julio de 2018, JUR\2018\295806.



#### 4. REQUISITOS DEL HECHO CAUSANTE: SIN NOVEDAD, SALVO ALGÚN DEFECTO TÉCNICO

En esta materia, pese a que el art. 178 LGSS ha recibido una nueva redacción por parte del RD-Ley 6/2019, no se han planteado realmente cambios, más allá de los de proceder a una adaptación terminológica al cambio de denominación de prestación, pues este precepto regulaba los requisitos del hecho causante de la maternidad, mientras que hoy se refiere a los requisitos para tener derecho a la prestación por nacimiento. Al margen de algún pequeño defecto en la técnica legislativa, poco debemos reseñar de este precepto que suponga novedad respecto de la regulación anterior.

En cuanto a los requisitos del hecho causante en sí, ninguna alteración se ha producido, manteniéndose las exigencias de afiliación, alta o asimilación al alta (sobre las situaciones asimiladas al alta vid. lo dispuesto por el 4 RMA, así como diversas situaciones de asimilación reconocidas por la jurisprudencia<sup>20</sup>) y el período de carencia concretado por el art. 178 LGSS

Si acaso, resaltar nuevamente que cada beneficiario madre, padre u otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor, tendrá derecho a su propia prestación, pues su derecho es individual respecto del otro progenitor. Ello supone dos prestaciones distintas y la necesidad de que cada uno de los progenitores cumpla sus propios requisitos para acceder a la prestación, sin que la circunstancia de que uno de ellos no tenga derecho, afecte o altere en nada el derecho del otro.

No obstante, tal como hemos señalado en el párrafo inicial de este subepígrafe, existe algún defecto técnico que ha de resaltarse. Me refiero a lo previsto por el art. 178.2 LGSS, precepto destinado a regular ciertos aspectos de la prestación por nacimiento cuando la beneficiaria es la madre biológica, en el que se puntualiza el momento en que ha de tomarse en cuenta la edad de la madre y cuándo debe cumplirse la exigencia de carencia. Con la redacción anterior era claro que la regla se refería exclusivamente a la situación protegida de maternidad biológica: “En el supuesto de parto, y con aplicación exclusiva a la madre biológica”. Sin embargo, en la redacción actual, pudiera surgir la duda pues su redacción es menos concluyente: “En el supuesto de nacimiento, la edad señalada en el apartado anterior será la que tenga cumplida la interesada (...)”. Parece claro que al referirse al “supuesto de nacimiento”, el legislador deja fuera los casos de adopción, guarda o acogimiento. No obstante, no es precisamente la redacción más adecuada, pues también podría interpretarse que no se refiere a la situación protegida, sino a la denominación de la prestación, que incluye, entre otras situaciones protegidas, a la adopción, guarda y acogimiento). De otro lado, si bien no se señala ahora expresamente a la madre biológica, si se hace referencia a la edad que tenga cumplida la “interesada”; es decir, utiliza el legislador el género femenino en clara alusión a que ha de tratarse de una trabajadora. Ello nos conduciría sin mucho esfuerzo a estimar que el legislador sigue refiriéndose a la madre biológica; ahora bien, recordemos una cuestión ya asentada desde hace tiempo en nuestro ordenamiento: es posible que dos

<sup>20</sup> Así, el período de cobro de salarios de tramitación (SSTS de 17 de enero de 1995, Ar. 356, y de 24 de junio de 1996, Ar. 5388; SSTSJ de Valencia de 28 de abril de 2010, AS 1119, y 4 de marzo de 2010, AS 1068); el período de suspensión de empleo y sueldo por motivos disciplinarios (STS de 30 de mayo de 2000, Ar. 8192); o la situación de suspensión por riesgo durante el embarazo (SSTSJ de Asturias de 16 de septiembre de 2011, JUR 2011\356455 y 1 de julio de 2010, JUR 2010\265009).

personas del mismo sexo tengan hijos. Ello hace que surja la duda de si esta norma regula exclusivamente la situación de la madre biológica, o la situación de cualquier madre trabajadora que tenga un hijo, sea o no la madre biológica del mismo. Teniendo en cuenta la interpretación histórica, parece que lo más adecuado es entender que se sigue refiriendo a las madres biológicas, sin incluir a una segunda trabajadora que también sea progenitora.

De otro lado, la regulación establecida en el art. 178 LGSS hace que nos planteemos una duda. Al margen de los requisitos de hecho causante, este precepto regula también cuál es el momento en el que se tiene en cuenta la edad y el cumplimiento del período de carencia. Recordemos que el período de carencia depende de la edad del beneficiario en la fecha de nacimiento (salvo en los casos del art. 178.2 y 3 LGSS que se toma la fecha de inicio del descanso). Pues bien, el RD-Ley 6/2019 ha aceptado la posibilidad del disfrute interrumpido o fraccionado de la suspensión (nueva redacción del art. 48.4 y 5 ET<sup>21</sup>); y a partir de ahí surge la duda: dado que la suspensión y la prestación pueden tener carácter interrumpido, pudiendo disfrutarse las 16 (o más) semanas durante el plazo de 12 meses a partir del parto, resolución administrativa o judicial, ¿podrían alterarse los requisitos de carencia por disfrutar la prestación de manera interrumpida en momentos diferentes a lo largo del período de 12 meses en el que pueden distribuirse las 16 semanas? Me refiero a beneficiarios que no han cumplido 21 años, o que no alcanzan los 26 años de edad en el momento del parto, resolución administrativa o judicial; que comienzan a disfrutar la prestación, la interrumpen y cuando retoman nuevamente la suspensión y la prestación, ya tienen 21 ó 26 años (y, por tanto, el período de carencia es diferente al tener otra edad). Entiendo que no es aceptable exigir en estos casos de disfrute de la suspensión de manera interrumpida, un incremento del período de carencia. La prestación es una y única y los requisitos y la edad de referencia deben tenerse en cuenta en el momento inicial, no en los sucesivos períodos de disfrute; así, el art. 178.1 b) y c) LGSS señala que el período de cotización exigido ha de cumplirse "al momento de inicio del descanso", refiriéndose claramente al momento en que el beneficiario comienza a disfrutar de la suspensión, con independencia de que lo haga ininterrumpidamente o no. Entendemos que la misma respuesta y por el mismo motivo ha de darse cuando inicialmente no se tiene derecho a la prestación por falta de carencia, pero en un momento posterior y dentro de los 12 meses, si se ha cotizado lo suficiente: dado que en el momento inicial en que debía cumplir con los requisitos, no pudo hacerlo, no tiene derecho a la prestación.

## **5. CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES: LA INCIDENCIA DE LAS NUEVAS REGLAS SOBRE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y DIFERENTES PROBLEMAS INTERPRETATIVOS**

### **5.1. La prestación por nacimiento: su flexibilidad a través de la distribución de los períodos de disfrute**

En principio las modificaciones de los arts. 179 a 182 LGSS son simples adaptaciones a la supresión del ordenamiento de la prestación por maternidad, y su sustitución por una nueva prestación por nacimiento y cuidado del menor. Ello implica una mera sustitución terminológica, de manera que no hay alteración del contenido de la prestación, ni de su

---

<sup>21</sup> La misma posibilidad existe en los permisos regulados por el art. 49 a), b) y c) EBEP.

cuantificación, salvo que hoy se va a denominar prestación por nacimiento en vez de prestación por maternidad (art. 179 LGSS).

No obstante, debemos resaltar nuevamente que la reforma del RD-Ley 6/2019 supone una importante alteración: la prestación por nacimiento tiene como situación protegida, el nacimiento, adopción, guarda y acogimiento mientras se disfrutan los períodos de descanso de los arts. 48 ET (apartados 4 a 6) y 49 EBEP (letras a, b y c), que están previstos para cualquiera de los dos progenitores si son trabajadores. Consecuentemente, no sólo se ha sustituido la maternidad por la prestación por nacimiento; sino que también se ha sustituido la prestación de paternidad por otra prestación por nacimiento. Esta prestación por nacimiento, destinada al otro progenitor, tiene el mismo contenido que la antigua prestación por maternidad (subsidio equivalente al 100% de la base reguladora de la IT por contingencias comunes, durante las dieciséis o más semanas de suspensión del contrato), de manera que en la práctica los “otros progenitores” van a disfrutar de un notable incremento de protección respecto del régimen jurídico garantizado por la prestación por paternidad. La diferencia, en este punto, resulta sustancial, pues estaremos ante dos posibles prestaciones con una duración básica de dieciséis semanas.

Al margen de esta importante cuestión ha de tenerse en cuenta que las principales alteraciones que se plantean en esta prestación no obedecen a la propia regulación de Seguridad Social, sino que proceden de las modificaciones operadas en materia de suspensión o de las licencias, y específicamente en materia de distribución del período de suspensión, lo que afecta también a la prestación. Recordemos que, con carácter general, la prestación por nacimiento, tendrá la misma duración que el período de suspensión del contrato o de los permisos; es decir, dieciséis semanas. No obstante, los arts. 48 ET y 49 EBEP admiten la ampliación de esta duración y, en consecuencia, de la prestación en ciertos casos: parto prematuro o con falta de peso o aquellos otros en los que el neonato precisa de hospitalización a continuación del parto por período superior a siete días (puede ampliarse hasta trece semanas adicionales *ex art. 48.4 sexto párrafo ET o 49 a en su quinto párrafo EBEP*), discapacidad del hijo (dos semanas, una para cada uno de los progenitores, *ex arts. 48.6 ET, 49 letras a, b y c EBEP*), o en caso de parto, adopción, guarda o acogimiento múltiple (dos semanas por cada hijo a partir del segundo, una para cada uno de los progenitores, *ex art. 48.6 in fine ET y 49 letras a, b y EBEP*)<sup>22</sup>. Obsérvese como en los casos de discapacidad y parto múltiple, si bien se mantiene la regla del incremento en dos semanas, sin embargo, se procede al reparto equitativo entre los dos progenitores (regla que debería entenderse siempre y cuando los dos trabajen, no operando el reparto en caso contrario).

En cuanto a la distribución de estos períodos de descanso y de la prestación, la tradicional regla que se aplicaba a la madre biológica, por la que se establece el disfrute obligatorio de las seis semanas posteriores al parto, se predica ahora también del otro progenitor, de manera que éste tendrá que disfrutarlas a inmediatamente a continuación del

---

<sup>22</sup> También como regla sobre la duración de la suspensión y de la prestación debe tenerse en cuenta que se reitera por el art. 48.4 ET que en caso de fallecimiento del hijo (o del *nasciturus*, siempre que haya permanecido en el seno materno al menos ciento ochenta días), incluyendo los casos de adopción o acogimiento, el período de suspensión del contrato no se verá reducido, salvo que finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio posteriores al parto, la madre solicite la reincorporación a su puesto de trabajo. En similares términos el art. 49 a) EBEP.

parto, de manera ininterrumpida y a jornada completa<sup>23</sup>. En cuanto al resto del período de suspensión o del permiso (diez o más semanas, si hay parto múltiple o se trata de hijos discapacitados), cada progenitor podrá distribuir a su voluntad el resto de los períodos de suspensión y, consecuentemente, la prestación ex art. 177 TRLGSS. Ahora bien, esta distribución ha de respetar ciertas reglas: en primer lugar, debe hacerse por períodos semanales (es decir, semanas completas), que podrán disfrutarse de manera acumulada (varias semanas juntas, o la totalidad del período restante de descanso), o bien de manera interrumpida o fraccionada (disfrutar una o varias semanas, volver al trabajo y posteriormente volver a disfrutar de la suspensión y de la prestación). De otro lado, la distribución puede realizarse entre la finalización de las seis semanas de disfrute obligatorio y hasta el momento en que el recién nacido cumpla los 12 meses; si bien como excepción a esta regla, se permite que la madre biológica pueda anticipar su disfrute hasta cuatro semanas antes de la fecha prevista de parto<sup>24</sup>.

Se trata de reglas que permiten una mejor adaptación a las necesidades de los trabajadores que disfrutan de estos períodos de suspensión y de prestación. No obstante, se prevé por los arts. 48.4 ET y 49 EBEP que la distribución de cada período semanal o la acumulación de los mismos debe comunicarse a la empresa con 15 días de antelación, lo que genera problemas de gestión de la prestación, pues ésta se gestiona directamente por el INSS, lo que supone que en caso de disfrute interrumpido de la prestación, cada vez que se inicie un período de disfrute, deberá solicitarse la prestación al INSS (salvo que el necesario desarrollo reglamentario de esta prestación establezca una solución diferente, como el abono completo de la prestación con la solicitud inicial, con independencia de cuáles sean las concretas fechas del fraccionamiento de la suspensión); más aún, recordemos que el art. 12.2 RMA establece que el abono de la prestación la realiza directamente la entidad gestora, sin que quepa colaboración por parte de las empresas: evidentemente estas posibilidades de distribución pueden complicar la gestión de la prestación, por lo que no es de extrañar que se busquen soluciones para simplificar esta cuestión (como el pago delegado).

El derecho a cada prestación es un derecho individual de cada uno de los progenitores que trabajan y cumplen con los requisitos para tener derecho a la prestación, y dicho derecho no puede transferirse al otro progenitor; es decir, es posible la distribución de cada prestación, pero no es factible ceder parte de la duración de la suspensión y la prestación de un progenitor a otro. La regla tiene pleno sentido desde el punto de vista del objetivo perseguido: facilitar la corresponsabilidad; pero quizás hubiera sido mejor prever la posibilidad de transferencia de la mujer trabajadora al trabajador, que implicaría el disfrute de éste de un mayor período de suspensión y de prestación, lo cual podría ser interesante para los progenitores cuando el padre tuviese derecho a una prestación de cuantía más alta que la

<sup>23</sup> Téngase en cuenta que las seis semanas obligatorias, ininterrumpidas y a jornada completa también afectan a los supuestos de adopción, guarda y acogimiento, si bien en estos casos el disfrute obligatorio se realiza a partir de la resolución administrativa o judicial.

<sup>24</sup> Obsérvese que esta última posibilidad supone una reducción de la capacidad de distribución de la madre, pues bajo el régimen jurídico anterior podía disfrutar con anterioridad al parto de la totalidad del período, excepto las seis semanas obligatorias de disfrute posterior al parto. De otro lado, también en los casos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento de los progenitores al país de origen del adoptado, podrá iniciarse la suspensión (y la prestación), hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

madre. Sin duda esto facilitaría aún más la corresponsabilidad, aunque a cambio de un mayor coste económico para la entidad gestora.

Desde el punto de vista de la distribución también debemos tener en cuenta que, tal como hemos señalado antes, en caso de parto, adopción, guarda o acogimiento múltiple, o bien en caso de discapacidad del menor, se incrementa la duración de la prestación en dos semanas; debiendo distribuirse estas semanas equitativamente entre cada progenitor (entendemos que siempre que haya más de un progenitor y siempre que los dos tengan derecho a la prestación, pues en las situaciones contrarias si podrá hacer suyo todo el incremento el único progenitor con derecho a la prestación); además, el artículo 48.4 ET prevé que en caso de parto prematuro y en aquellos casos en los que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el período de suspensión podrá computarse a instancia de la madre biológica o del otro progenitor, a partir del alta hospitalaria (art. 8.9 RMA); si bien se excluye de dicho cómputo las seis semanas obligatorias posteriores al parto. Se establece así, una posibilidad de interrupción del período de disfrute de la suspensión y de la prestación.

Por último, recordemos que excepto las semanas de disfrute obligatorio, el resto del período puede disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, para lo que se requiere acuerdo entre la empresa y el trabajador o trabajadora. Ello repercute, lógicamente, tanto en la cuantía como en la duración de la prestación.

## **5.2. La prestación no contributiva**

A tenor de los arts. 181 y 182 LGSS, cuando la trabajadora no tenga derecho a la prestación por nacimiento por no cumplir con la exigencia del período de carencia, tendrá derecho a un subsidio equivalente al IPREM (salvo cuando su base reguladora sea inferior, en cuyo caso habrá que estarse a esta cuantía) durante cuarenta y dos días naturales a computar desde el parto. También aquí las modificaciones normativas son meramente terminológicas. No obstante, debemos preguntarnos la razón por la que, en este caso, el legislador no ha optado por la equiparación entre ambos progenitores: no debemos perder de vista que esta prestación está prevista para las trabajadoras, sin que afecte al otro progenitor. Se genera así una ruptura del objetivo de equiparación que puede cuestionar, si bien de manera muy parcial, el objetivo de la reforma, pues se mantiene una prestación exclusivamente destinada a la mujer trabajadora. Puede responderse que ello está justificado por el hecho de que la prestación favorece la situación de la madre trabajadora durante las seis semanas posteriores al parto, facilitando una renta económica durante este período (los cuarenta y dos días posteriores al parto coinciden milimétricamente con las seis semanas obligatorias posteriores al parto), por lo que se estaría facilitando la recuperación física de la madre. Desde este punto de vista, la desigualdad tendría una justificación objetiva y no sería discriminatoria, tal como se deduciría directamente de la reciente jurisprudencia constitucional contenida en las SSTC 111/2018, 117/2018, 138/2018 y 2/2019<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Tal como se deduce de estas Sentencias, las situaciones de la madre que acaba de dar a luz y del otro progenitor no pueden ser consideradas equivalentes, por lo que la diferencia normativa de trato no supondría discriminación, al existir una necesidad de protección de la salud de la madre.

No obstante, aun cuando exista una justificación, constitucionalmente admisible, no debe olvidarse que el objetivo de esta nueva regulación es fomentar la corresponsabilidad; de manera que en aquellos casos en los que el padre no tenga derecho a la prestación por nacimiento, al faltar el requisito del período de carencia, no tendrá ningún aliciente para aceptar el reto de la corresponsabilidad.

De otro lado, también aquí se mantiene un defecto de técnica legislativa que procedía de la regulación previa: el art. 181 LGSS sigue afirmando que “Serán beneficiarias (...) las trabajadoras incluidas en el Régimen General”: se mantiene una fórmula que olvida que las trabajadoras, hoy no sólo pueden ser madres, sino también pueden ser el otro progenitor. La literalidad del precepto obvia esta realidad, por lo que la misma conduce a entender que cualquier trabajadora que tenga un hijo, sea madre biológica o sea el otro progenitor, podría tener derecho a la prestación. No obstante, sería factible una interpretación que reconduzca esta literalidad a la madre biológica, pues el precepto establece esta prestación para la trabajadora “que, en caso de parto” no cumpla con el requisito carencia exigido. Pero desde mi punto de vista no es suficiente, pues con esta alusión se reconduce la situación a una maternidad biológica, lo que elude aplicar esta prestación a los supuestos de adopción, guarda o acogimiento; pero no cuestiona la posibilidad de que la otra progenitora también pretenda tener derecho a la prestación. Sin lugar a dudas hubiese sido más adecuado referirse a la “madre biológica” y no a la “trabajadora”.

### **5.3. La prestación por parto, adopción, guarda o acogimiento múltiple**

Por otra parte debemos también tener en cuenta la problemática que se genera en la prestación por parto, adopción, guarda o acogimiento múltiple. A tenor del art. 6.2 RMA, en estos casos se concederá un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo. Consistirá en una cantidad igual a la que corresponde percibir de subsidio por nacimiento (debe aplicarse lo dispuesto por la DA única del RD-Ley 6/2019, pues el precepto se refiere a la prestación por maternidad) durante el período de seis semanas, inmediatamente posteriores al parto, o a partir de la resolución administrativa o judicial en casos de adopción, guarda o acogimiento.

El problema que plantea esta regulación es que se trata de una prestación regulada reglamentariamente, que no tiene un referente legal. Concretamente, el RMA regula esta prestación en su Capítulo II, dedicado a la prestación por maternidad, de manera que no existía una prestación paralela por parto múltiple en caso de paternidad. Sin embargo, al sustituir las prestaciones por maternidad y paternidad por una prestación por cuidado de hijos, surge la pregunta: ¿cabe en la actualidad que ambos progenitores disfruten de sendas prestaciones por parto, adopción o acogimiento múltiples, o sólo es posible una única prestación?

Para responder a esta cuestión podemos acudir a lo dispuesto por el art. 3.9 RMA, a tenor del cual resulta beneficiario de esta prestación quien a su vez lo sea de la prestación económica de maternidad (hoy nacimiento); más aún, en caso de disfrute conjunto de la prestación por maternidad (con la nueva regulación no es posible, excepto durante el período transitorio que veremos posteriormente), sólo uno de los dos progenitores podrá percibir esta prestación; tal sujeto será elegido por los interesados en caso de adopción o acogimiento; mientras que en el caso de maternidad, habrá que estar a la opción de la madre. A tenor de esta regulación es evidente que la normativa reglamentaria se refiere a una única prestación. Sin embargo, al haberse sustituido maternidad y paternidad por la prestación por nacimiento

para cada progenitor y al establecer la Disp. Adic. única del RD-Ley una regla de adaptación normativa, por la que las referencias en los textos normativos a las prestaciones de maternidad y paternidad han de entenderse realizadas a la prestación por nacimiento, que disfruta cada progenitor, puede defenderse perfectamente que cada uno de los progenitores tiene derecho a su propia prestación por parto, adopción, guarda o acogimiento múltiples.

En definitiva, hay elementos para dar respuestas favorables a ambos planteamientos, por lo que habrá de estarse a la opinión jurisprudencial, o a un más que deseable nuevo desarrollo reglamentario.

## 6. RÉGIMEN TRANSITORIO

### 6.1. Régimen transitorio en caso de nacimiento

El RD-Ley 6/2019 ha añadido una nueva Disposición Transitoria 13ª al ET, a tenor de la cual, la nueva regulación del art. 48.4 y sus ET ha de aplicarse de manera gradual durante un período de dos años. Sólo a partir del 2021 será de aplicación íntegra la reforma del régimen jurídico de la suspensión por nacimiento, adopción, acogimiento y guarda. Por otra parte, debemos distinguir el período transitorio en función de que estemos ante un caso de nacimiento, o bien ante un supuesto de adopción, guarda o acogimiento<sup>26</sup>.

En caso de nacimiento, los efectos prácticos de este régimen transitorio son, de un lado, que el otro progenitor no va a ver incrementado el plazo de suspensión a dieciséis semanas de manera directa, sino que va a pasar de las cinco semanas (Ley 6/2018), a ocho en 2019 y doce semanas en 2020. Además, el legislador ha decidido mantener transitoriamente la posibilidad de cesión de parte del período por la madre biológica al otro progenitor<sup>27</sup>: así se establece por la citada nueva DT 13ª que durante 2019 el otro progenitor tendrá derecho a una suspensión de ocho semanas (las dos primeras de disfrute obligatorio tras el parto), pudiendo ceder la madre biológica al otro progenitor hasta cuatro semanas. Durante el año 2020, el otro progenitor tendrá derecho a una suspensión de doce semanas (las cuatro primeras de disfrute obligatorio tras el parto) y la madre biológica podrá ceder hasta dos semanas al otro progenitor<sup>28</sup>.

Es evidente que un planteamiento de estas características afecta de manera directa a la prestación por nacimiento, y más concretamente a la duración de las posibles prestaciones que puedan generarse, pues la prestación se abona mientras se mantiene el período de suspensión regulado en el ET: si bien, en principio, la madre puede tener derecho a las dieciséis semanas, el otro progenitor accede a una prestación de sólo ocho o doce semanas según el año; y en caso de cesión, la madre verá disminuida su prestación, en función de las semanas cedidas, mientras que el otro progenitor la verá incrementada.

<sup>26</sup> De igual manera, el RD-Ley 6/2019 introduce una nueva DT 9ª al EBEP para regular la duración del permiso del progenitor diferente a la madre biológica durante un período transitorio que comprende 2019 y 2020.

<sup>27</sup> Recordemos que esta posibilidad que ha sido eliminada del nuevo régimen jurídico que considera el derecho a la suspensión como un derecho individual de cada trabajador y sin que pueda transferirse al otro progenitor.

<sup>28</sup> Esto supone que, en el mejor de los casos, durante 2019, el otro progenitor podrá acceder a una suspensión de una duración de doce semanas (ocho más cuatro) y en 2020 podrá tener derecho a una suspensión de catorce semanas (doce más dos).

Esta regulación transitoria supone para el otro progenitor una situación comparativamente peor que bajo el régimen jurídico anterior, lo cual es, cuanto menos sorprendente, pues si bien el objetivo de la reforma legal es incrementar el derecho a la suspensión y a la prestación del otro progenitor, para lograr la corresponsabilidad, sin embargo, el período transitorio nos conduce justo en dirección contraria. Recordemos que con la regulación previa la madre podía ceder al padre hasta la totalidad del período no obligatorio; es decir, diez semanas. Ello suponía que el padre podía tener derecho a una suspensión del contrato por paternidad de hasta quince semanas (las cinco semanas propias a las que tenía derecho según la redacción anterior del art. 48.7 ET, más las hasta diez semanas que podía cederle la madre). Con la regulación transitoria encontramos que durante 2019 se pueden ceder cuatro semanas y el otro progenitor tiene derecho a ocho semanas propias, total doce; es decir, se han perdido tres semanas. Durante 2020, el otro progenitor podrá disfrutar de un máximo de catorce semanas (doce propias, más dos cedidas por la madre), con lo cual se habrá perdido una semana de prestación, en la mejor de las situaciones, respecto del régimen jurídico anterior.

Estimo que no es este el mejor procedimiento para alcanzar la corresponsabilidad durante el período transitorio; desde mi punto de vista hubiese sido aconsejable garantizar durante este período las quince semanas que cómo máximo podría disfrutar el otro progenitor y que se regulaban en la normativa precedente<sup>29</sup>.

Debe, por último, tenerse en cuenta que para los trabajadores a quienes resulta de aplicación el EBEP, si bien durante el período transitorio se incrementa la duración en 2019 y 2020 en la misma cuantía que en la regulación del ET (ocho y doce semanas respectivamente), no se prevé la posibilidad de cesión de semanas de disfrute de la madre al otro progenitor (vid. DT 9ª EBEP).

## **6.2. Régimen transitorio en caso de adopción, guarda o acogimiento**

En cuanto al régimen transitorio en los casos de adopción, guarda o acogimiento, vamos a encontrarnos, al igual que en el supuesto anterior, que la regulación de la suspensión afecta a la duración de la prestación. Así, la DT 13ª ha establecido como regla general, el derecho de cada uno de los adoptantes, guardadores o acogedores, a un período individual propio (que se incrementa durante el período transitorio), más un período a distribuir entre los dos, si bien sujeto a límites en dicha distribución; para, a partir de 2021, serles de aplicación íntegra la nueva regulación. Así, durante 2019 y desde la entrada en vigor del RD-Ley 6/2019, cada progenitor dispondrá de un período de suspensión de seis semanas, que deben disfrutarse obligatoriamente tras la resolución judicial o administrativa. A ello se suma un período de doce semanas que deben repartirse entre ambos progenitores, debiendo disfrutarse ininterrumpidamente dentro del plazo de doce meses posteriores a la resolución administrativa o judicial. El reparto entre los progenitores de estas doce semanas se realiza en función del acuerdo que ellos alcancen, de modo que no es necesario que haya un reparto equitativo de las mismas; ahora bien, existen ciertos límites a tener en cuenta: uno de los dos podrá disfrutar, como máximo, diez semanas sobre esas doce, quedando las otras dos a

<sup>29</sup> Es decir, durante 2019, debería haber tenido derecho a ocho semanas propias, más siete que pudieran cederse por la madre y durante 2020, doce semanas propias más tres que pudieran ser cedidas por la madre. En ambos casos el total sería quince semanas, las mismas que con el régimen jurídico anterior.



disposición del otro progenitor; es decir, se establece un máximo y un mínimo en la distribución. El disfrute de estas semanas puede ser simultáneo o sucesivo (si bien, la empresa puede limitar el disfrute simultáneo si ambos progenitores trabajan para la misma empresa y sólo por razones fundadas y objetivas).

Durante el año 2020 se reitera el mismo esquema: cada progenitor dispondrá de un período de suspensión de seis semanas, que deben disfrutarse obligatoriamente tras la resolución judicial o administrativa, sumándose dieciséis semanas a distribuir entre los dos progenitores, que podrán disfrutarlas ininterrumpidamente dentro del plazo de doce meses posteriores a la resolución administrativa o judicial. Un progenitor podrá disfrutar como máximo de diez semanas sobre esas dieciséis, quedando las otras seis a disposición del otro progenitor, pudiendo ser un disfrute simultáneo o sucesivo (si bien, la empresa puede limitar el disfrute simultáneo si ambos progenitores trabajan para la misma empresa y sólo por razones fundadas y objetivas).

La normativa transitoria establece, por tanto, tanto en caso de nacimiento, como de adopción, guarda y acogimiento, unos límites a la duración de la suspensión y prestación, pero en ambos casos ha olvidado regular qué ocurre en los supuestos o situaciones en los que se establecen incrementos a la duración legal; me refiero a los casos de discapacidad, parto, adopción, guarda o acogimiento múltiples, o los casos de hospitalización con posterioridad al parto. Desde mi punto de vista, al no recogerse expresamente las normas transitorias estos fenómenos, estimo que a la duración específicamente regulada para el período transitorio, deben sumarse tales incrementos.

En cuanto a los trabajadores afectados por el EBEP, el régimen transitorio es el mismo que se aplica al otro progenitor en caso de parto y se contiene en la nueva DT 9º EBEP.

### **6.3. Otras reglas transitorias que afectan a la prestación por nacimiento**

Además de lo anterior, la nueva DT 13ª ET establece en su apartado segundo ciertas particularidades sobre el disfrute de la suspensión, que también afectan a la prestación y que resultan aplicables hasta la plena equiparación de los períodos de suspensión de ambos progenitores en 2021.

En primer lugar se establece una regla específica para los supuestos de maternidad biológica. Dado que durante el período transitorio se mantiene una prestación para el otro progenitor de duración inferior a la prestación de la madre biológica, se reitera una norma procedente del régimen jurídico anterior: que en caso de fallecimiento de la madre biológica, con independencia de que ella realizara o no trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de las dieciséis semanas de suspensión y de prestación (si cumple los requisitos para acceder a la misma). Esta norma no puntualiza, tal como si hacía la anterior redacción del art. 48.4 ET en su primer párrafo, que el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de las dieciséis semanas, o la parte restante si es que la madre llegó a disfrutar una parte del período. Entendemos, no obstante, que pese a la ausencia de referencia a esta cuestión, ha de entenderse que al otro progenitor le corresponde el período no disfrutado por la madre.

En segundo lugar, se establece que en caso de nacimiento, el otro progenitor mantiene el derecho al período cedido por la madre, incluso si esta se encuentra en situación de incapacidad temporal al reincorporarse al trabajo. Se trata de otra norma que procede del régimen jurídico anterior (el art. 48.4 ET segundo párrafo en su redacción anterior).

La tercera de las reglas del apartado segundo de la DT 13ª mantiene transitoriamente otra regla procedente del anterior régimen jurídico de la prestación de maternidad (art. 48.4 ET tercer párrafo), a tenor de la cual si un progenitor no tuviese derecho a la suspensión de su actividad profesional con derecho a prestaciones de conformidad a las reglas que regulan dicha actividad, el otro progenitor tiene derecho a la suspensión de su contrato de trabajo (debe ser, por tanto, trabajador) por la totalidad de 16 semanas sin que le afecten ninguna de las limitaciones del régimen transitorio (es decir, sin entrar a diferenciar si es madre u otro progenitor, pues durante el período transitorio tienen derecho a suspensiones y prestaciones de diferente duración). En este mismo sentido, el artículo 3.4 RMA establece que en caso de prestaciones de maternidad causadas por parto, si la madre resulta ser trabajadora por cuenta propia, incorporada a una mutualidad de previsión social establecida por su colegio profesional y no tuviese derecho a la protección por maternidad «por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad», el otro progenitor (si reúne los requisitos y disfruta de la suspensión del contrato), tendrá derecho a la prestación<sup>30</sup>. Este mismo artículo 3.4 RMA señala que se otorgará el mismo tratamiento (el disfrutado por el otro progenitor) cuando la interesada, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad<sup>31</sup>.

La regla que analizamos genera importantes dudas interpretativas. De entrada, la norma incorporada a la DT 13ª tiene una importante diferencia respecto de lo establecido por el ET en su redacción anterior y lo establecido por el art. 3.4 RMA: si bien estas dos últimas normas se referían a una situación de maternidad biológica en que la madre no tenía derecho al cese de actividad con prestación, sin embargo, la letra c) de la DA 13ª en su segundo párrafo regula la situación en que “un progenitor” suspende la actividad sin derecho a prestaciones. Es decir, respecto de la regulación anterior, esta normativa parece suponer una ampliación del ámbito de aplicación de la norma, pues abarcaría no sólo a los casos de maternidad biológica, sino también los casos de adopción, guarda o acogimiento; más aún, se está refiriendo a una situación en la que cualquiera de los dos progenitores no tiene derecho al cese de actividad con prestación y no en concreto la madre biológica. De otro lado, la redacción del anterior art. 48.4 ET, en su tercer párrafo *in fine*, admitía la compatibilidad o acumulación del período propio del otro progenitor, más las dieciséis semanas que procedían de la madre con derecho a suspensión de su actividad profesional, pero sin prestación; sin embargo, la nueva regulación transitoria no hace referencia a esta cuestión, por lo que debemos plantearnos si es factible o no esta acumulación en la actualidad. Desde mi punto de

<sup>30</sup> Sobre esta cuestión vid. LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.: “La protección por maternidad de las abogadas en el ejercicio libre de la profesión y el disfrute por el padre”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 17 (2018), páginas 142 y ss.

<sup>31</sup> Si bien esta regla supone una extensión de la protección, la jurisprudencia menor realizó una interpretación que negaba al otro progenitor el disfrute de la prestación cuando estando establecida la protección por maternidad (hoy nacimiento) en la mutualidad, su cobertura es voluntaria y la trabajadora autónoma decide no incluirla (así las SSTSJ de Madrid de 15 de junio de 2011, AS 2011\1926; Andalucía de 1 de marzo de 2012, AS 2012\2063; Andalucía de 2 de julio de 2014, JUR 2014\238613).

vista, debemos negar tanto que se haya producido una ampliación del ámbito de aplicación de esta norma, como la posibilidad de acumulación.

Comenzando por lo segundo, si admitimos la acumulación, podríamos encontrarnos ante situaciones en las que el otro progenitor pudiera alcanzar durante el período transitorio un derecho a las 16 semanas de la madre, más las ocho o doce propias (en total 24 o 28 semanas de suspensión y de prestación)<sup>32</sup>. Sin embargo, creo que debemos rechazar la posibilidad de la acumulación, pues la DA 13<sup>a</sup>.2 c) ET señala que en estos supuestos el otro progenitor “tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por la **totalidad** de 16 semanas” (la negrita es nuestra), sin que le afecten las limitaciones propias del período transitorio. Es decir, se está fijando una ampliación, pero con un máximo: eso es lo que indica el uso del término “totalidad”. Recordemos que durante el período transitorio el otro progenitor tiene derecho a una suspensión y una prestación de duración inferior a las dieciséis semanas. De esta manera, ante situaciones de desprotección generada por una suspensión de actividad sin derecho a prestación por parte de un progenitor, si el otro beneficiario tiene derecho a la suspensión, pero por período inferior, se garantiza como compensación el disfrute de un total de dieciséis semanas. Más aún, dicho acrecimiento del derecho se otorga pese a que estemos dentro del período transitorio, que como hemos visto retrasa la aplicación de la regla del art. 48.4 y 5 ET por la que ambos progenitores deben tener una suspensión de dieciséis semanas: durante este período transitorio sólo la madre biológica y uno de los dos progenitores en la adopción, guarda o acogimiento pueden tener un derecho de suspensión de dieciséis semanas; el otro (progenitor diferente a la madre biológica o el otro progenitor en adopción, guarda o acogimiento) no alcanzará esa duración hasta que termine el período transitorio; de ahí que la DT 13<sup>a</sup>.2 señale que no resultarán de aplicación ninguna de las limitaciones del régimen transitorio del apartado primero.

De otro lado, en cuanto a la posible ampliación del ámbito de aplicación de esta norma, de manera que la persona que tenga derecho a la suspensión de la actividad, pero sin derecho a prestación no sólo sea la madre biológica, sino cualquier otro progenitor, estimo que tampoco es posible. De entrada, la letra c) de la DA 13<sup>a</sup>.2 hace referencia al derecho del otro progenitor a suspender el contrato por la totalidad de dieciséis semanas: recordemos que durante el período transitorio (durante el que se debe aplicar esta norma) en caso de nacimiento, el único progenitor que tiene una suspensión y una prestación de dieciséis semanas es la madre biológica. El otro progenitor tiene un derecho de duración inferior (ocho o doce semanas). Por lo tanto, si es el otro progenitor quien no tiene derecho a la suspensión con prestación, no puede entenderse que pueda trasladar a la madre biológica el derecho a disfrutar las dieciséis semanas, pues este otro progenitor nunca tendrá derecho durante el período transitorio a una suspensión de tal duración.

De otro lado, en caso de adopción, guarda o acogimiento, durante el período transitorio ya se establece la posibilidad de que uno de los progenitores pueda alcanzar una suspensión y prestación de dieciséis semanas (seis propias, más hasta diez que como máximo puede atribuirse a uno de los progenitores), por lo que, realmente, no habría lugar a la aplicación de la

---

<sup>32</sup> No nos planteamos el supuesto en que sea el otro progenitor quien no tiene derecho a la prestación, de manera que la madre sumase a sus 16 semanas otras 16 en virtud de lo dispuesto por esta letra c) de la DT 13<sup>a</sup>.2, pues como vamos a ver a continuación, rechazamos que se haya producido una ampliación del ámbito de aplicación de esta norma.

norma que analizamos dado que el otro progenitor ya tendría aseguradas las dieciséis semanas: si uno de los progenitores puede suspender su actividad, pero no tiene derecho a prestación, por el propio mecanismo de reparto de la DT 13ª.1 ya se garantiza alcanzar las dieciséis semanas sin necesidad de que intervenga lo previsto por la DT 13ª.2 ET.

Por lo tanto, aun cuando la redacción parece abrir el ámbito de posibilidades de aplicación de la regla sobre adjudicación de las dieciséis semanas cuando un progenitor no tiene derecho a la suspensión con prestación; lo cierto es que el supuesto donde seguirá actuando la norma es cuando el sujeto afectado es la madre biológica que no tiene derecho a suspensión con prestación.

Otra duda que nos plantea esta regulación transitoria es su relación con los supuestos de partos, adopciones acogimientos o guardas múltiples; o bien hospitalización a continuación del parto, supuestos en los que se superan las dieciséis semanas. Entiendo que debemos hacer una interpretación flexible, de manera que en estos casos pueda superarse la totalidad de dieciséis semanas, que deben incrementarse como consecuencia de estas otras normas.

En cuarto lugar, se afirma que en los supuestos de adopción, guarda o acogimiento, si ambos progenitores trabajan, la suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que pueden disfrutarlo de manera sucesiva o simultánea, dentro de los límites de disfrute compartido regulados en los distintos períodos que regula el primer apartado de esta DT 13ª; pudiendo disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial. Por lo tanto, esta norma añade al régimen transitorio la posibilidad de que la suspensión pueda disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial; lo cual repercute sobre la prestación de Seguridad Social, dado que es necesario alterar la cuantía y la duración de la misma<sup>33</sup>. Entendemos que, por el contrario, esta última norma no introduce una novedad al referirse al disfrute de la suspensión y de la prestación de manera simultánea o sucesiva, pues ya indirectamente la DA 13ª.1 admite la posibilidad de optar entre disfrute simultáneo o sucesivo, al referirse expresamente en las letras c) y e) a la posibilidad de que el empresario limite el disfrute simultáneo, si los progenitores trabajan en la misma empresa y optan por este tipo de disfrute.

## **7. LA NUEVA PRESTACIÓN POR LACTANCIA (O PRESTACIÓN POR CORRESPONSABILIDAD EN EL CUIDADO DEL LACTANTE**

### **7.1. Situación protegida**

El RD-Ley 6/2019 ha introducido una nueva prestación a la acción protectora de la Seguridad Social, regulada en los arts. 183 a 185 LGSS.

A tenor de lo dispuesto por el art. 183 LGSS se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo en media hora que, de acuerdo con lo previsto en el

<sup>33</sup> Respecto a esta norma transitoria debemos realizar una aclaración: la posibilidad de disfrute a tiempo parcial o a jornada completa no se reduce a los casos en que ambos progenitores trabajan, como podría deducirse de la literalidad de la letra d) DT 13ª.2. En realidad el legislador se está refiriendo a la situación de que ambos trabajen sólo para la posibilidad de disfrute simultáneo o sucesivo; lo cual es lógico, pues tales modalidades sólo resultan de aplicación cuando hay dos beneficiarios de la suspensión.

párrafo cuarto del artículo 37.4 ET, lleven a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores de carácter, cuando ambos trabajen, desde que el menor cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad.

Para entender adecuadamente esta situación protegida debemos remontarnos a lo establecido por el art. 37.4 ET y su regulación de los derechos laborales en caso de lactancia de un menor establece que en los casos de nacimiento, adopción, guarda o acogimiento, los trabajadores tienen derecho a una hora de ausencia del trabajo, que puede ser dividido en dos fracciones, con el objetivo de otorgar los necesarios cuidados al lactante y hasta que cumpla nueve meses. Este derecho de ausencia es retribuido, de manera que el trabajador no pierde su salario.

Consciente el legislador de que el derecho a ausentarse es tremendamente limitado, ha establecido mecanismos alternativos a tales ausencias: ésta puede sustituirse, bien por una reducción de la jornada en media hora, o bien por la acumulación en jornadas completas (esta última posibilidad resulta condicionada a lo previsto por la negociación colectiva o el acuerdo al que se llegue con la empresa individualmente); en ambos casos se mantiene el derecho a la retribución. Pero la nueva redacción del precepto dada por el RD-Ley 6/2019 ha supuesto importantes modificaciones. De entrada, se suprime la regla por la que este derecho sólo podía ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajasen, admitiendo que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores puedan disfrutarlo. Además, se prevé una ampliación de los derechos de lactancia cuando ambos progenitores disfrutaran de este derecho, señalando el art. 37.4 ET en su cuarto párrafo, que cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el período de disfrute podrá ampliarse hasta que el lactante cumpla doce meses. Se amplía así la duración del derecho de nueve a doce meses; no obstante, durante el período de incremento comprendido entre los nueve y los doce meses, los trabajadores sufrirán una reducción proporcional del salario.

Pues bien, la situación protegida se refiere justamente a esta situación de aumento de la duración de los derechos de lactancia, pero sin derecho a retribución. Concretamente se considera situación protegida, la reducción de jornada en media hora, que es uno de los mecanismos alternativos a las ausencias por lactancia, siempre que se lleve a cabo por los dos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores y con la misma duración y régimen, cuando ambos trabajan y durante el período que va desde los nueve meses hasta los doce meses de edad del menor. Es decir, durante el período en que la reducción de la jornada implica la reducción proporcional del salario; por lo tanto, la prestación viene a sustituir la pérdida de rentas que durante esos meses puede generar la reducción de la jornada.

Obsérvese, además, que la prestación se otorga no ante cualquier situación de reducción de la jornada en media hora, sino exclusivamente en aquellos casos en los que ambos progenitores, adoptantes, acogedores o guardadores se corresponsabilizan de igual manera en facilitar los cuidados al menor, pues la prestación se condiciona al hecho de que ambos ejerzan este derecho con la misma duración y con el mismo régimen. Se trata, por tanto, de una prestación dirigida a favorecer la corresponsabilidad. Otra cuestión es que el supuesto en sí (la reducción de la jornada durante media hora) no tenga un excesivo impacto en el objetivo general de una corresponsabilidad plena por la limitación que supone que se facilite sólo media hora para los cuidados del menor.

La situación protegida se refiere expresamente a la reducción de jornada entre el momento en que el neonato cumpla nueve meses y hasta que cumpla los doce. No hay prestación, por tanto, durante el período anterior (desde el nacimiento hasta los nueve meses), lo cual se justifica por una sencilla razón: no debe perderse de vista que durante el período de reducción comprendido entre el nacimiento y los primeros nueve meses de vida del neonato, el trabajador tiene derecho a su retribución; por lo que no es necesaria prestación alguna en dicho período, pues las rentas económicas están cubiertas. Es durante el período posterior, entre los nueve y los doce meses, cuando se abona la prestación, pues en dicho período el trabajador ve reducido su salario.

De otro lado debemos destacar que si bien la situación protegida es perfectamente factible en caso de maternidad biológica, es mucho más complejo en los supuestos de adopción, guarda o acogimiento, pues es habitual que cuando se produce la resolución judicial o administrativa, el menor tenga ya una edad superior. En definitiva, en estos casos es extraño que se pueda generar derecho a la reducción de la jornada y a la prestación que analizamos.

Para terminar, debemos referirnos a una cuestión que juzgamos de enorme relevancia: la restricción del ámbito subjetivo de esta prestación, pues a tenor de la actual regulación, el personal laboral al servicio de las AAPP no tiene derecho a estas prestaciones. Debemos recordar que la DA 22ª ET (introducida por el RD-Ley 6/2019) y el art. 7 EBEP (cuya redacción actual también es obra del RD-Ley 6/2019), señalan que al personal laboral de las AAPP les resulta de aplicación los permisos por lactancia regulados en el EBEP, no la regulación prevista por el ET (el EBEP regula tales permisos por lactancia en la letra f) de su art. 48). Debemos, además, tener en cuenta que el art. 37.4 ET es el único precepto que regula el contenido concreto de la situación protegida (la reducción de la jornada durante media hora entre el noveno y el decimosegundo mes), cuestión a la que no hace referencia el art. 48 f) EBEP.

Por lo tanto, si el art. 183 LGSS se remite al art. 37.4 ET, ha de entenderse que esta prestación no se extiende a un colectivo de trabajadores como el que presta sus servicios para las AAPP. Desde mi punto de vista, la exclusión a tales trabajadores de esta prestación no puede ser sino absolutamente criticable, generando una diferenciación de trato absolutamente injustificable. Probablemente tan lamentable situación sea obra de la improvisación con la que ha actuado el legislador al aprobar el RD-Ley 6/2019, y es necesaria una inmediata corrección.

## **7.2. Beneficiario de la prestación**

En cuanto a los beneficiarios de la prestación, serán aquellos sujetos que puedan disfrutar de la reducción de jornada regulada por el art. 37.4 ET. El artículo 184 LGSS regula los requisitos del hecho causante, que son idénticos a los establecidos para la prestación por nacimiento y cuidado de menores; por lo tanto, habrá de cumplirse con las exigencias de afiliación, alta o alta asimilada y el período de carencia que regula el art. 178 LGSS. Además de lo anterior debemos tener en cuenta que el artículo 183 LGSS, al configurar la situación protegida, requiere que se trate de una reducción de jornada en media hora que sea llevada a cabo por ambos progenitores y con la misma duración y régimen; consecuentemente, a los requisitos anteriores ha de añadirse que la reducción sea disfrutada por los dos progenitores y con la misma duración y régimen. Lo anterior supone que no se genera derecho a la prestación, pese al cumplimiento de los requisitos de afiliación, alta y período de carencia, si uno de los progenitores disfruta de un período inferior (por ejemplo, sólo del décimo mes), o

si uno de los progenitores decide no disfrutar de la reducción de la jornada durante los meses que van desde que el neonato cumple los 9 meses en adelante (aun cuando haya disfrutado de dicha reducción en el período anterior).

Ahora bien, aun cuando se exige que ambos progenitores disfruten de la reducción de la jornada por lactancia, hemos de tener en cuenta que se establece una importante limitación a los beneficiarios, pues el art. 184.2 LGSS señala que en caso de que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores se cumplan los requisitos para tener derecho a esta prestación, sólo podrá reconocerse el derecho a la prestación a uno de ellos. Esta regla tiene interesantes consecuencias. De entrada, que aun cuando la situación protegida involucra a los dos progenitores, en realidad se prevé que sólo uno de los dos va a disfrutar de la prestación; es decir, no hay dos prestaciones sino sólo una. De otro lado, al existir una única prestación, en realidad los requisitos del hecho causante y específicamente el período de carencia sólo va a exigirse a uno de los progenitores: a aquél que va a disfrutar de la prestación. En cuanto a cuál de los dos progenitores sea el beneficiario, la normativa no especifica cuál debe ser, por lo que entendemos que será a opción de los mismos.

En todo caso esta limitación que supone que sólo uno de los progenitores disfrute de la prestación nos parece totalmente criticable por contraria a la finalidad que se persigue con esta prestación: la corresponsabilidad en el cuidado del lactante. Es evidente que al poder disfrutarlo sólo uno de los progenitores, no se favorece una efectiva y real corresponsabilidad.

### **7.3. Cuantía y duración de la prestación**

La cuantía de la prestación se regula en el art. 185 LGSS. Recordemos que con esta prestación se pretende cubrir la disminución de rentas que se genera por dejar de percibir parte del salario como consecuencia de disfrutar de una reducción de jornada por lactancia. Es por ello lógico que la cuantía de la prestación equivalga a la reducción salarial que sufre el beneficiario de la prestación durante esta reducción de la jornada. Concretamente, el mencionado art. señala que consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora de la incapacidad temporal por contingencias comunes (la misma que en la prestación por nacimiento). Dicha cuantía deberá ser disminuida en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo (es decir, el resultado de aplicar a la base reguladora el porcentaje del 100% da como resultado una prestación que equivaldría a una reducción de la totalidad de la jornada de trabajo, pero la prestación sólo abona la reducción de media hora, por lo que debe aplicarse una regla de proporcionalidad).

La duración de la prestación será, como máximo, de tres meses, pues se abona la prestación durante el período comprendido entre el momento en que el menor cumple los nueve meses y los doce meses. Así, el art. 185.2 LGSS señala que la prestación se extinguirá cuando el menor cumpla los doce meses de edad. No obstante, entendemos que es perfectamente posible que los progenitores disfruten de una reducción de jornada de duración inferior a esos tres meses y, consecuentemente de una prestación de duración inferior a tales tres meses; será la que fijen los progenitores, siempre que ambos la disfruten de la reducción al mismo tiempo.

## 8. CONCLUSIONES

Diversas conclusiones pueden extraerse del análisis que hemos planteado. La primera y principal es que la reforma legal obedece fundamentalmente a la necesidad de favorecer la conciliación entre responsabilidades familiares y laborales, facilitando que las mismas se asuman, no sólo por las mujeres trabajadoras (tradicionales adjudicatarias de tales responsabilidades), sino también por los trabajadores varones; es decir, se avanza hacia la corresponsabilidad. Para ello se pretende eliminar la ausencia de incentivos de los trabajadores hombres por la vía de equiparación de derechos en materia de suspensión motivada por el nacimiento, adopción, acogimiento o guarda; se resuelve, por tanto la situación que dificultaba el acceso a la conciliación masculina por el hecho de tener unos derechos cuantitativamente inferiores. Desde la perspectiva de Seguridad Social es esencial la sustitución del esquema hasta ahora imperante, dos prestaciones distintas (maternidad y paternidad) en la que el trabajador tenía derechos inferiores respecto de la trabajadora. Este esquema se sustituye por una prestación por nacimiento, que no es compartida (una única prestación distribuida entre los progenitores), sino individual (una prestación idéntica en su duración para cada progenitor).

Al margen de la sustitución del esquema normativo (prestaciones de maternidad y paternidad frente a prestaciones por nacimiento), existe otras novedades interesantes en esta regulación, como la flexibilización de la prestación (reflejo de la flexibilización de la suspensión del contrato) con la ruptura de la exigencia de disfrute ininterrumpido de la misma. Se favorece con ello una mejor adaptación a las necesidades de los trabajadores.

Otra importante novedad es la prestación por corresponsabilidad en el cuidado del lactante. Al margen del análisis de la nueva regulación, este trabajo evidencia la irrelevancia de la misma, tanto desde la perspectiva económica como de su repercusión en el objetivo de la corresponsabilidad.

No obstante, esta regulación se caracteriza por múltiples interrogantes interpretativos, si bien esta es una cuestión que afecta a la totalidad del RD-Ley 6/2019. Parecería que en la elaboración de esta norma ha pesado mucho más las urgencias políticas, que la necesidad de elaborar una norma bajo los cánones más estrictos de la técnica legislativa.

De otro lado la reforma ha supuesto la introducción de un régimen transitorio para las prestaciones por nacimiento, adopción, acogimiento o guarda. Desde nuestro punto de vista este régimen es excesivamente complejo; probablemente es innecesariamente complejo, más aún si tenemos en cuenta la corta duración de este régimen (finalizará –en principio– en 2020, de manera que en 2021 resulte de aplicación la reforma en su totalidad). Este régimen supone limitar temporalmente dos aspectos de la nueva regulación: que no es posible ceder el derecho de uno al otro progenitor (supuesto de maternidad biológica) y que estemos ante dos prestaciones totalmente independiente (supuestos de adopción, guarda o acogimiento, en los que ha de irse necesariamente a compartir una parte del período de prestación).

En definitiva, esta regulación supone un avance en los derechos de conciliación pretendiendo ir más allá e intentar alcanzar la corresponsabilidad (de hecho es en buena medida respuesta a la jurisprudencia del TC sobre constitucionalidad de la regulación que duraba distinta duración a los permisos generados por el parto para madre y padre), pero presenta importantes problemas técnicos.