



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La igualdad de género a través de la protección
por nacimiento y cuidado de menor.

*Gender equality through birth and child care
protection*

Autora:

Elena Lizama Pérez

Director:

Rafael Álvarez Gimeno

Facultad de Derecho

2020

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	1
II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO COMO DERECHO FUNDAMENTAL	3
1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.....	3
2. REGULACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA.....	4
2.1. El derecho a la igualdad y a la no discriminación en el ámbito internacional ..	4
2.2. El derecho a la igualdad y a la no discriminación en la Unión Europea	5
2.3. La protección de la maternidad y la paternidad en el Derecho Derivado de la UE.....	6
3. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....	7
III. LA PROTECCIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR EN ESPAÑA	9
1. EL REAL DECRETO-LEY 6/2019, DE 1 DE MARZO DE MEDIDAS URGENTES PARA LA GARANTÍA DE LA IGUALDAD DE TRATO Y DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN: JUSTIFICACIÓN Y PLANTEAMIENTO GENERAL	9
2. EL DESCANSO Y LA PRESTACIÓN PARA LA MADRE BIOLÓGICA.....	10
2.1. Dinámica, duración y características esenciales.....	10
2.2. Prestación económica	12
3. EL DESCANSO Y LA PRESTACIÓN PARA EL “OTRO PROGENITOR”	12
4. LOS SUPUESTOS DE ADOPCIÓN, GUARDA Y ACOGIMIENTO	14
5. ALGUNAS SITUACIONES ESPECIALES.....	16
5.1. Nacimiento o adopción múltiple	16
5.2. Supuestos de discapacidad	18
5.3. Supuestos de hijo prematuro e ingreso hospitalario prolongado.....	19

5.4. Los casos de fallecimiento de la madre o del hijo.....	20
5.5. Supuestos en los que la madre no tiene derecho a cobrar la prestación por no cumplir con los requisitos.....	21
5.6. La gestación por sustitución	22
6. EL NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR EN EL EMPLEO PÚBLICO ..	24
7. EL NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR EN LOS AUTÓNOMOS	26
IV. LA NUEVA PRESTACIÓN POR CORRESPONSABILIDAD EN EL CUIDADO DEL LACTANTE	28
V. LA TUTELA ESPECIAL FRENTE AL DESPIDO EN SITUACIONES DE NACIMIENTO, CUIDADO DEL MENOR Y OTRAS EQUIVALENTES	31
VI. CONCLUSIONES	33
VII. ANEXOS	35
ANEXO I: ABREVIATURAS	35
ANEXO II: BIBLIOGRAFÍA	37
ANEXO III: JURISPRUDENCIA.....	40
ANEXO IV: TABLAS	41

I. INTRODUCCIÓN

Cuestión tratada en el TFG

En el presente trabajo se desarrollará el tema de la igualdad de género a través de una figura tan relevante como la prestación por nacimiento y cuidado de menor, introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que constituye una pieza fundamental en la corresponsabilidad familiar de ambos progenitores.

Razón de la elección del tema y justificando su interés:

El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo se encuentra recogido en nuestra Constitución como un derecho fundamental de toda persona. Sin embargo, en el ámbito laboral, observamos que una de las causas que ponen más en peligro este principio es la maternidad y el cuidado de los hijos.

A raíz de la maternidad muchas mujeres han sido discriminadas en sus puestos de trabajo, por considerar que la maternidad y el cuidado de hijos suponía un riesgo para las empresas en las que estaban trabajando, lo que ha provocado una barrera tanto en la contratación de las mujeres como en su desarrollo profesional.

Es por todo esto por lo que considero que una de las formas de poner soluciones reales a este tema es a través de la regulación estricta de dicha prestación con el objetivo de que el cuidado de los hijos deje de verse como una obligación intrínseca de la mujer, en su condición de madre; y se incluya al padre, en igualdad de condiciones, en esta actividad.

Metodología seguida en el desarrollo del trabajo

Este trabajo gira en torno a dos ideas fundamentales, la primera es la exposición del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo como derecho fundamental, tanto en el ámbito internacional y comunitario como en el ámbito nacional. La segunda idea trata de la descripción exhaustiva de las medidas establecidas por el Real Decreto-Ley 6/2019, en concreto, la protección por nacimiento y cuidado de menor. De manera que se describirá el descanso y la prestación de la madre biológica y

el del otro progenitor; dichos descansos y prestaciones para las situaciones de adopción, guarda y acogimiento; y otras circunstancias peculiares.

Posteriormente se desarrollarán aspectos concretos como el nacimiento y cuidado del menor en el ámbito público y en el ámbito privado, más en concreto su regulación para los autónomos; la nueva prestación por corresponsabilidad en el cuidado de lactante; y la tutela especial frente al despido en situaciones de nacimiento, cuidado del menor y otras equivalentes.

Finalmente se aportarán unas conclusiones personales acerca del contenido desarrollado en el trabajo.

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

En un mundo plural como en el que vivimos, donde las personas somos tan dispares, resulta necesario configurar unas nociones básicas para que todos los ciudadanos podamos desarrollarnos con plenitud, a través de una serie de derechos mínimos que nos garanticen esta situación.

En este marco se desarrolla el principio de igualdad por razón de sexo, entre otras, caracterizándose por un derecho inherente a la persona para ser reconocidos (hombres y mujeres en el caso concreto) como iguales ante la Ley. Aunque muy relacionado con el principio de igualdad, se configura a su vez el principio de no discriminación, el cual, inherente a la persona también, sentencia el trato desigual entre hombres y mujeres, garantizando a estas últimas las mismas oportunidades que las que gozan los hombres¹.

De esta manera se estableció como un todo el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, como un derecho consustancial al ser humano, aceptado por todas las entidades internacionales de derechos humanos. Cabe precisar que, aunque nos refiramos a este principio como un único derecho, el derecho de igualdad y el de no discriminación son dos derechos diferenciados pues mientras uno se centra en la aceptación de las características de la persona; el otro condena cualquier tipo de trato peyorativo que pueda recibir esa persona por tener dichas diferencias en cuanto a su desarrollo como persona.

¹ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: Perspectiva constitucional reciente», en *Lan Harremanak*, n.º. 25, 2012, pp. 22 a 26.

2. REGULACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1. El derecho a la igualdad y a la no discriminación en el ámbito internacional

El principio de igualdad y no discriminación se desarrolló por primera vez, de manera efectiva, internacionalmente el 10 de diciembre de 1948, momento en el que la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció, a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, y por ello se les protege contra todo tipo de discriminación².

Además, en este sentido, pero más concretamente en el ámbito de la igualdad y no discriminación en el ámbito laboral, existen numerosas normas internacionales que abordan dicho tema. Ejemplo de esto lo encontramos en la Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra el 18 de junio de 1998³. Esta Declaración se centra en promover que en todos los Estados Miembros de la misma no se admita ningún tipo de discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral. En dicha Declaración se dan como convenios fundamentales el Convenio 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958, el cual señala como motivos de discriminación el sexo y las responsabilidades familiares; y el Convenio sobre igualdad de remuneración de 1951, el cual establece que a igual trabajo debe haber un igual salario, con independencia de quien lo ejerza.

Esta Declaración también pone en el punto de mira a las empresas, a las que establece la responsabilidad de contribuir a promover la igualdad de oportunidades entre

² Página web de Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos (consultado el 9 de marzo de 2020): <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

«Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

«Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación».

³ Página web de la Organización Internacional del Trabajo, Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (consultado el 9 de marzo de 2020): <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--es/index.htm>

sus trabajadores y trabajadoras en sus prácticas, tanto en las relativas a la contratación como en las relativas a sus ascensos, eliminando de dichas prácticas todo atisbo de discriminación por características que nada tienen que ver con las cualidades profesionales de la persona o las capacidades requeridas para llevar a cabo el trabajo en cuestión.

2.2. El derecho a la igualdad y a la no discriminación en la Unión Europea

Este apartado cobra relevancia a la hora de hablar del ámbito de aplicación de las normas europeas. España, como Estado Miembro de la Unión Europea, ha cedido a esta una serie de competencias legislativas que demarcan el denominado ámbito de aplicación normativa. De esta manera, si confluye una norma de la UE (Tratado, Reglamento, Directiva, etc.) con una norma española, es de aplicación la norma internacional, pues rige el principio de primacía del Derecho de la UE sobre la normativa española. A este respecto encontramos la Sentencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea, de 15 de julio de 1974, asunto Flamingo Costa y E.N.E.L. (6/64), la cual es la primera Sentencia que reconoce este derecho de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno de cada uno de los Estados Miembros.

En este sentido, el derecho a la igualdad y no discriminación se establece de forma más genérica en los artículos 2 y 3.3 del TUE, los cuales establecen que, dentro de los valores en los que se fundamenta la UE, se encuentran la igualdad de hombres y mujeres y la no discriminación; y también se establece de forma más expresa en el artículo 8 del TFUE, el cual establece que «En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad».

Además, esta idea la encontramos más desarrollada a través de diversas Directivas, entre las que diferenciamos Directivas europeas en relación con el empleo o en relación con prestaciones sociales.

Dentro de las primeras destacamos la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma; o la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Estas directivas tienen

como principal objetivo el impedir la discriminación por razón de sexo, incluyéndose en las mismas los conceptos de "discriminación directa", entendida como «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de su sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable», como la "indirecta", entendida como «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios». El objetivo con estas directivas era el de denunciar cualquier tipo de actuación que efectiva o potencialmente pudiese suponer una discriminación por razón de sexo.

Además, en este sentido, también cabe ser mencionada la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, en la cual encontramos una referencia expresa, en su artículo décimo, a la prohibición de despedir a una trabajadora en el periodo que va desde que se queda embarazada, hasta que finaliza el disfrute de su permiso de maternidad. De manera que, si se diese el despido de la trabajadora en cuestión, durante dicho periodo, deberá justificarse en circunstancias excepcionales que nada tengan que ver con el estado de la misma pues, de otro modo, estaríamos ante un despido ilegal.

Sobre el tema de las prestaciones de la Seguridad Social, encontramos directivas como la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, la cual pretende aplicar el principio de igualdad de trato en los regímenes legales que garanticen una protección contra los riesgos de enfermedad, de invalidez, de vejez, de accidentes de trabajo, de enfermedad profesional y de paro.

2.3. La protección de la maternidad y la paternidad en el Derecho Derivado de la UE

Enlazando con lo argumentado con anterioridad respecto a las distintas normas de la UE de aplicación en el derecho interno español, cabe mencionar que existen una

serie de normas cuyo objetivo en concreto es el de la protección de la maternidad y paternidad.

La primera norma que estableció un permiso por maternidad retribuido fue la ya nombrada Directiva 92/85, en ella se pretende asegurar al máximo el puesto de la trabajadora mientras se encuentre embarazada. Además, una vez que haya dado a luz, se garantiza un permiso por maternidad de un mínimo de catorce semanas, junto con un subsidio correlativo al trabajo que desarrollase la misma. Entendiendo este subsidio como una prestación que posteriormente debía ser desarrollada por los Estados Miembros, lo que en el ordenamiento español se correspondía con la tradicional prestación de maternidad.

Por otro lado, la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por el UNICE, el CEEP y la CES, reconoció el “permiso parental”, que podía ser retribuido o no para cualquiera de los progenitores. Dicho derecho ha sido retocado por la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, ampliándolo a un mínimo de cuatro meses, y reformulado por la reciente Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

Esta última Directiva establece, con ocasión del nacimiento de un hijo para el cuidado del mismo, un nuevo permiso de diez días laborables, adicional al parental y al de maternidad, denominado "permiso de paternidad", específicamente concebido para el padre o, en su caso, un segundo progenitor equivalente. Además, el artículo 8 de la Directiva 2019/1158 establece que o bien el permiso de paternidad o bien el permiso parental deberán ser retribuidos. Cabe matizar, no obstante, que esta norma se encuentra todavía en periodo de transposición (hasta el 22 de agosto de 2022) y que, de cara a la retribución de los permisos, establece un periodo de implementación incluso más largo, que se extiende hasta el 22 de agosto de 2024.

3. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En lo relativo al derecho de igualdad y no discriminación, la Constitución Española contiene bastantes artículos destinados a dicho tema en distintos contextos. En

este sentido, a modo de explicar dicho derecho, cabe hacer una distinción entre la igualdad formal y la igualdad real, puesto que, aunque ambas poseen un denominador común, que consiste en que a iguales circunstancias, iguales tratamientos, existen diferencias entre ambas que se pueden observar directamente en la propia CE.

La igualdad formal se recoge fundamentalmente en el artículo 14 de la CE, el cual establece que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Con dicho artículo se pretende garantizar una igualdad de trato a todos los ciudadanos del Estado español, sin que exista ningún tipo de privilegios entre los mismos que se den de manera injustificada.

En lo relativo a la igualdad real o material, observamos que esta no tiene que ver tanto con conceptos formales, sino que se centra en la posición real del individuo en la sociedad, pues es a este al que le va a ser de aplicación esta Ley, con el objetivo de evitar posibles injusticias. En este sentido, encontramos el artículo 9 de la CE, el cual establece en su apartado segundo 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» y «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud»⁴.

De esta manera podemos observar que estos derechos de igualdad y no discriminación se conforman en el elenco normativo constitucional como unos derechos fundamentales que gozan de una protección mayor que cualquier otros, pues son considerados derechos base para nuestro «Estado social».

⁴ CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN, «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), n.º. 84, 1994, p. 271.

III. LA PROTECCIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR EN ESPAÑA

1. EL REAL DECRETO-LEY 6/2019, DE 1 DE MARZO DE MEDIDAS URGENTES PARA LA GARANTÍA DE LA IGUALDAD DE TRATO Y DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN: JUSTIFICACIÓN Y PLANTEAMIENTO GENERAL

Con anterioridad a este Real Decreto-Ley ya existían otras normativas estatales, tales como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que tenían como objeto principal el garantizar una igualdad real entre hombres y mujeres y eliminar todo tipo de discriminación, directa e indirecta, de las mujeres. El problema principal surgió cuando se vio que, a través de dicha Ley, no se garantizaba suficientemente esa igualdad de género en el ámbito laboral, no protegiéndose efectivamente los derechos enunciados en los artículos 9.2 y 14 de la CE. Fue esta situación de desigualdad, palpable a través de la brecha salarial, la que impulsó al Gobierno a reaccionar a través de este Real Decreto-Ley, pues concurrían una serie de requisitos constitucionales que dotaban a la situación de extraordinaria y urgente necesidad, otorgándole al ejecutivo esta potestad reconocida en el artículo 86.1 de la CE. El objetivo principal de este Real Decreto-Ley es garantizar esta igualdad estableciendo medidas concretas en el ámbito laboral que son buena parte del origen de estas desigualdades: la maternidad y el cuidado de los hijos.

Para ello, se plantean una serie de medidas desarrolladas a través de siete artículos que modifican siete normas con rango de Ley que afectan directamente a la igualdad de hombres y mujeres. A modo de ejemplo, tenemos que han sido modificados artículos del ET, del EBEP y de la LGSS, con el objetivo de equiparar los derechos de las personas trabajadoras en lo que se refiera a los descansos y las prestaciones relacionados con el nacimiento y cuidado de menores. En este sentido, a partir de la entrada en vigor de dicho Real Decreto-Ley, el 1 de abril de 2019, las prestaciones por maternidad y paternidad se unificaron en una sola prestación denominada «Nacimiento y cuidado de menor». Dicha prestación posee una serie de novedades y situaciones que vamos a ir desarrollando y explicando a lo largo de los puntos sucesivos.

2. EL DESCANSO Y LA PRESTACIÓN PARA LA MADRE BIOLÓGICA

2.1. Dinámica, duración y características esenciales

La prestación por nacimiento y cuidado del menor supone un doble derecho, por un lado, en el ET, en su artículo 48, se encuentra regulado el derecho de suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo; y por otro, en la LGSS, en su artículo 177 y siguientes, se establece una prestación económica dedicada a suplir las rentas dejadas de percibir por parte de la persona trabajadora mientras dure esta situación de suspensión.

En cuanto a los requisitos necesarios para recibir esta prestación, se requiere que la trabajadora esté afiliada y en alta o en situación asimilada al alta (artículo 4 RMA) en el momento en el que sobrevenga la contingencia, tal y como establece el artículo 165 LGSS. Además, debe tener cubierto un periodo mínimo de cotización que depende de la edad que posea la trabajadora que solicita la prestación. De manera que nos encontramos con varios casos (artículo 178 LGSS). A este respecto cabe añadirse una precisión concreta regulada en el apartado segundo de dicho artículo 178 de la LGSS, que establece que, en caso de nacimiento, para la madre biológica las edades establecidas a continuación se contarán desde el momento de inicio del descanso y los periodos de carencia se contabilizarán desde el momento del parto; es decir, de forma inversa a como lo encontramos de manera literal en el primer apartado del precepto. El fundamento de eso se encuentra en que, para la madre biológica el descanso y la prestación puede comenzar antes del parto, hasta cuatro semanas antes por propia decisión de esta⁵.

En este sentido, el texto legal establece que, si la persona trabajadora posee menos de veintiún años en la fecha del parto, no se exigirá un periodo mínimo de cotización; mientras que si la persona trabajadora tiene entre veintiún y veintiséis años en la fecha de parto, el periodo de carencia será, a contar desde la fecha de inicio del descanso, de noventa días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso; o, en su caso, ciento ochenta días cotizados a lo largo

⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DE VAL TENA, A.L., GUTIÉRREZ PÉREZ, M., *Lecciones de Seguridad Social*, 9ª edic., Editorial Tecnos, Madrid, 2019, pp. 222 y 223.

de su vida laboral. Finalmente, si la persona trabajadora tiene cumplidos los veintiséis años el día del parto, los periodos de incrementan a cinco ochenta días dentro de los siete años inmediatamente anteriores o, alternativamente, trescientos sesenta días cotizados a lo largo de toda su vida laboral.

Respecto a la duración de la prestación encontramos que, al estar esta conectada con el periodo de descanso, seguiremos lo establecido en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del ET. De manera que para la madre biológica la duración de la prestación es de dieciséis semanas en caso de parto simple, siendo las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio e ininterrumpido a jornada completa. Sin embargo, las diez semanas siguientes ya se pueden disfrutar de manera ininterrumpida o interrumpida en periodos semanales; a jornada completa o parcial y hasta los doce meses del bebé. En el supuesto de que se optase por el disfrute en periodos discontinuos será necesario cumplir con un preaviso a la empresa de quince días.

En cuanto a los casos de extinción de la prestación, encontramos que estos se encuentran regulados en el artículo 48.12 del ET y en el artículo 8.12 del RMA, aunque este último debe ser matizado por la nueva regulación en esta materia. En este sentido, serían causas de extinción: el transcurso de los plazos máximos de disfrute del descanso; la reincorporación voluntaria de la madre al trabajo, siempre y cuando haya completado las seis semanas de descanso obligatorio tras el parto; el fallecimiento del beneficiario; o la adquisición de pensionista por jubilación o por incapacidad permanente⁶. Téngase en cuenta que no son causa de extinción de la prestación ni la extinción contractual ni el fallecimiento del hijo neonato.

Finalmente, respecto a la gestión y pago de la prestación, la entidad que se encarga de esto es exclusivamente el INSS (artículo 66.1.a de la LGSS y artículo 12.2 RMA), no pudiendo colaborar en esta labor ninguna empresa o mutua (Disp. Adic. 8ª LGSS).

⁶ Página web de la Seguridad Social, Duración del permiso de nacimiento y cuidado del menor (consultado el 7 de abril de 2020): <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/6b96a085-4dc0-47af-b2cb-97e00716791e/0b5879ed-1156-4676-b38c-7229dcba9c49/etebep#ETEBEP>

2.2. Prestación económica

La prestación económica consiste en el abono de un subsidio regulado en el artículo 179 LGSS. Según dicho artículo «La prestación económica [...] consistirá en un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora correspondiente». En este sentido entendemos que generalmente «la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes»; y, en caso de que se disfrute a tiempo parcial, en proporción a la reducción que experimente la jornada.

A este respecto, interesa explicar cómo se calcula la base reguladora de la prestación, que resulta ser idéntica a la de la Incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Esto es, dividiendo la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior a la fecha de iniciación de la incapacidad entre 30, si el salario es mensual, o entre 28, 29, 30 o 31, dependiendo del mes en el que nos encontremos y si el salario es diario. Hay que tener en cuenta a este respecto que si la trabajadora comienza a trabajar en la empresa el mismo mes en el que comienza la incapacidad, la base reguladora será igual a la base de cotización de dicho mes, en función de los días cotizados, dividida entre los días efectivamente trabajados⁷. Base reguladora que también se utilizará en el caso en el que la trabajadora no haya permanecido de alta todo el mes natural anterior.

3. EL DESCANSO Y LA PRESTACIÓN PARA EL “OTRO PROGENITOR”

Tal y como se viene comentando, uno de los principales objetivos que se establecen en el Real Decreto-Ley 6/2019 es que las prestaciones de la madre biológica y las del otro progenitor se iguallen en una única prestación por nacimiento y cuidado del menor con características casi idénticas para ambos. Esto se ha querido hacer de forma progresiva desde la entrada en vigor de dicho Decreto-Ley, el 1 de abril de 2019, hasta el 1 de enero de 2021; momento en el cual las diferencias que ahora encontramos entre estos beneficiarios se verán eliminadas, con la única salvedad de que no se prevé

⁷ Página web de la Seguridad Social, Cuantía de la prestación de nacimiento y cuidado del menor (consultado el 7 de abril de 2020): <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10952/28362/28365#30791>

el disfrute anticipado de la prestación en hasta cuatro semanas, sino que se inicia en todo caso con el nacimiento del hijo.

En este sentido, una de las diferencias actuales que encontramos entre dichas prestaciones es que se han visto incrementadas las duraciones del descanso y prestación para el otro progenitor con respecto a su regulación anterior, con el objetivo de igualarse a las de la madre biológica. De esta forma, en 2019 la duración total de dicha prestación fue de ocho semanas para el otro progenitor; de las cuales, dos semanas eran obligatorias e ininterrumpidas y las otras seis eran voluntarias, continuadas o interrumpidas en periodos semanales hasta que el hijo cumpla el año. Al margen de ello, la madre biológica podía cederle otras cuatro de su periodo no obligatorio, de tal modo que ambos tuvieran un descanso de doce semanas.

Para este año 2020 la duración prevista para el otro progenitor es de doce semanas; de las cuales cuatro son obligatorias e ininterrumpidas y las otras ocho pertenecen a la parte voluntaria. A estas pueden añadirse otras dos semanas cedidas por la madre de su periodo no obligatorio⁸. De esta forma, cada progenitor puede llegar a tener una prestación igualitaria de catorce semanas.

Será en 2021 cuando la duración para el otro progenitor sea la misma que para la madre biológica tal y como se ha explicado con anterioridad, esto es, dieciséis semanas, siendo obligatorias las seis inmediatamente posteriores al parto y sin posibilidad de que la madre biológica ceda una parte de su prestación, ya que, al establecerse legalmente periodos de descanso idénticos para ambos progenitores, aquella pierde sentido.

Todo esto viene redactado en la nueva Disposición Transitoria decimotercera del ET, la cual permite, como ya se ha visto, una cesión transitoria de parte del periodo de disfrute de la madre biológica al otro progenitor. Además, también permite que en el caso de que un progenitor no tenga derecho a la suspensión con derecho a prestación, el

⁸ Página web de la Seguridad Social, Cuadro Resumen Duración ET (consultado el 7 de abril de 2020): <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/852219e6-25e5-4966-b7d6-fdd47c174154/CUADROS+ET+LEY+6-2019.pdf?MOD=AJPERES&CVID=>

otro progenitor tendrá derecho a disfrutar de las dieciséis semanas sin que le sea aplicable las limitaciones establecidas en el régimen transitorio⁹.

En cuanto a la prestación económica recibida por el otro progenitor se calcula de igual forma que para la madre biológica, es decir, «el 100 por ciento de la base reguladora correspondiente». Al respecto, interesa destacar que las prestaciones económicas se calculan de forma separada para cada progenitor, atendiendo a las bases de cotización que tienen.

4. LOS SUPUESTOS DE ADOPCIÓN, GUARDA Y ACOGIMIENTO

En los supuestos de adopción, guarda o acogimiento¹⁰ la dinámica, duración y características esenciales no son muy diferentes a la situación de nacimiento explicada en los apartados anteriores. No obstante, existen una serie de características propias en estos que deben ser explicadas.

En primer lugar, en cuanto a los requisitos a cumplir por parte de los beneficiarios, encontramos que estos son idénticos a los del nacimiento, con la peculiaridad de que en este caso en lugar de tenerse en cuenta la fecha de parto se tiene en cuenta, a efectos de contabilizar los periodos, la fecha de la resolución judicial en los casos de adopción o la fecha de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento. No obstante, en casos de adopción internacional, cuando se requiera del desplazamiento de los progenitores al país de origen del adoptado, podrá

⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DE VAL TENA, A.L., GUTIÉRREZ PÉREZ, M., *Lecciones de Seguridad Social*, 9ª edic., Editorial Tecnos, Madrid, 2019, p. 229.

¹⁰ La condición personal que se exige al adoptado o al acogido, para que exista el derecho a esta protección por nacimiento y cuidado de menor es que sea menor de seis años. Sin embargo, también generan este derecho los mayores de esta edad, hasta los dieciocho años, que posean una discapacidad igual o superior al 33% o que, por sus circunstancias personales tengan dificultades, certificadas por los servicios sociales, para la inserción social y familiar.

Página web de Iberley, Situaciones protegidas y beneficiarios de la prestación por nacimiento y cuidado de menor (consultado el 8 de abril de 2020): <https://www.iberley.es/temas/situaciones-protégidas-beneficiarios-prestacion-nacimiento-cuidado-menor-12701>

comenzar la suspensión y la consiguiente prestación hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituye la adopción¹¹.

En segundo lugar, respecto de la duración, encontramos que para dichos supuestos el descanso y la prestación también tiende a las dieciséis semanas por adoptante o acogedor. A este respecto, al igual que en el caso del otro progenitor, la prestación se verá aumentada en los años sucesivos hasta el año 2021 si bien la dicción de la regulación establece un régimen igualitario entre ambos adoptantes o acogedores ya desde 1 de marzo del año pasado.

La evolución de estas duraciones para los progenitores viene determinada en la ya mencionada Disposición Transitoria decimotercera del ET; según la cual, en 2019 cada progenitor dispuso de seis semanas obligatorias e ininterrumpidas inmediatamente después a la resolución judicial o decisión administrativa; más otras doce semanas de carácter voluntario a distribuir entre los progenitores de manera interrumpida dentro de los doce meses siguientes a dicha resolución o decisión, con un máximo de diez semanas para cada uno de ellos. En 2020, sin embargo, cada progenitor dispone de seis semanas obligatorias a tiempo completo e ininterrumpidas inmediatamente después de la resolución judicial o decisión administrativa; más otras dieciséis semanas voluntarias, a distribuir entre los dos progenitores, pudiéndose disfrutar de forma interrumpida hasta los doce meses siguientes a dicha resolución o decisión y siempre sin superar el máximo de las diez semanas para uno de los progenitores. De esta forma, en 2021 la duración para cada progenitor se igualará en las dieciséis semanas (al igual que en el caso de nacimiento), de las cuales seis se disfrutarán de manera obligatoria, ininterrumpida y a jornada completa con posterioridad inmediata a la fecha de la resolución judicial o decisión administrativa; y las diez semanas restantes se disfrutarán voluntariamente de forma acumulada o interrumpida, dentro de los 12 meses siguientes a la resolución judicial o decisión administrativa¹².

¹¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DE VAL TENA, A.L., GUTIÉRREZ PÉREZ, M., *Lecciones... cit.*, p. 229.

¹² Página web de la Seguridad Social, Cuadro Resumen Duración ET (consultado el 7 de abril de 2020): <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/852219e6-25e5-4966-b7d6-fdd47c174154/CUADROS+ET+LEY+6-2019.pdf?MOD=AJPERES&CVID=>

Finalmente, respecto a las causas de extinción y a las características de gestión y pago de la prestación están son idénticas a las explicadas anteriormente bajo la circunstancia de nacimiento.

5. ALGUNAS SITUACIONES ESPECIALES

5.1. Nacimiento o adopción múltiple

Se considera que hay parto o adopción múltiple cuando del mismo hecho, el parto para el nacimiento y la resolución judicial para la adopción, se adquieren dos o más hijos. En este caso tanto la duración como la prestación se amplía en dos semanas, una para cada uno de los progenitores, por cada hija o hijo distinto del primero¹³, lo que ha supuesto rebajar en una semana el derecho que tenían anteriormente las madres por parto o adopción múltiple y ampliar en cinco días el de los padres.

Sin embargo, el cálculo de la prestación en este caso es distinta ya que la renta percibida por el beneficiario es mayor por el evidente incremento de gastos que para este supone dicha situación. Esto, tal y como se establece en el artículo 6.2 RMA, se materializa en un "subsido especial" por cada hijo o menor adoptado, a partir del segundo, que será igual al que debe percibir por el primero por las seis semanas de disfrute obligatorio e ininterrumpido después del parto o, si se trata de adopción o acogimiento, después de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

En cuanto a lo de a quién le corresponde esta prestación adicional, si solo a uno de los progenitores o a ambos, es un tema controvertido en la actualidad. Dicha controversia deriva del hecho de que el artículo 6.2 RMA ligaba dicho subsidio extraordinario de seis semanas a la prestación por maternidad, por lo que solamente era percibida por quien cobraba esta prestación, (normalmente, la madre). Sin embargo con el Real Decreto-Ley 6/2019 ya no existe esa diferencia entre maternidad y paternidad en la prestación por nacimiento y cuidado de menor, pero dicho Real Decreto-Ley no ha modificado directamente la redacción del Reglamento por lo que su referencia a la "maternidad" puede entenderse hecha al "nacimiento o cuidado de menor" que es una

¹³ Página web de Centro de Estudios Financieros – Laboral Social, Cuadro de periodo transitorio ET (consultado el 8 de abril de 2020): <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/CUADROPERIDOTRANSITORIOET.pdf>

prestación que cobra tanto el padre como la madre, lo que llevaría a que ambos perciban dicho subsidio extraordinario las seis primeras semanas; o que por otro lado, al hacerse referencia solamente a la “maternidad” se conciba solo para uno de los progenitores o adoptantes¹⁴.

Al margen de ese subsidio especial, en los casos de parto o adopción múltiple - que no guarda ni acogimiento-, existe la denominada "prestación económica por parto o adopción múltiple", plenamente compatible con dicho subsidio.

La cuestión de la determinación del beneficiario de la prestación se lleva a cabo conforme a una serie de pautas. En primer lugar, si ambos progenitores o adoptantes viven juntos, podrá ser considerado beneficiario cualquiera de ellos, a elección de ambos. Aunque, si no existe acuerdo, será beneficiaria la madre en todo caso. En segundo lugar, si los progenitores o adoptantes no conviven, se entenderán como beneficiario de la prestación aquel que tenga a su cargo la guardia y custodia de los hijos. Y, finalmente, en el caso de que los hijos quedaren huérfanos de ambos progenitores o adoptantes, será considerada beneficiaria, a efectos de recibir la prestación, la persona física que legalmente se haga cargo de dichos niños¹⁵.

Por su parte, la cuantía de la prestación económica, materializada en un pago único, dependerá de la cantidad de niños que se tengan. De manera que por dos hijos nacidos o adoptados la cuantía a percibir será de cuatro veces el salario mínimo interprofesional que se de en ese momento. Si, el número de hijos nacidos o adoptados es tres en ese caso la cuantía será la correspondiente a multiplicar ocho veces el salario mínimo interprofesional. Y finalmente, si el número de hijos nacidos o adoptados son cuatro o más, la cuantía será equivalente a multiplicar doce veces el salario mínimo interprofesional¹⁶.

¹⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DE VAL TENA, A.L., GUTIÉRREZ PÉREZ, M., *Lecciones de Seguridad Social*, 9ª edic., Editorial Tecnos, Madrid, 2019, p. 225.

¹⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DE VAL TENA, A.L., GUTIÉRREZ PÉREZ, M., *Lecciones de Seguridad Social*, 9ª edic., Editorial Tecnos, Madrid, 2019, p. 398.

¹⁶ Página web de Wolters Kluwer, Prestaciones por parto o adopción múltiples (9 de abril de 2020): https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjM0sDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQOGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoA2jrM4TUAAAA=WKE

5.2. Supuestos de discapacidad

En primer lugar, a efectos de explicar como funciona la prestación de nacimiento y cuidado del menor en supuestos de discapacidad, debemos adelantar que se considera un supuesto de discapacidad en el hijo, cuando esta se valore a un grado igual o superior al 33%. Cabe precisarse que cuando se trate de recién nacidos, cuando el grado de discapacidad no se pueda determinar, será necesario un informe a estos efectos expedido bien por el Servicio Público de Salud, bien por el médico de un hospital, tanto público como privado, siempre y cuando haya sido avalado por el Servicio Público de Salud. En dicho informe se deberá hacer constar la discapacidad o su posible existencia.

Además, en este sentido, se entenderá acreditada dicha discapacidad si en aplicación de la escala de valoración de los grados y niveles de dependencia establecida en el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en el supuesto específico establecido para los menores de tres años, la valoración es de, al menos, grado 1 o dependencia moderada¹⁷.

Dada esta situación, la duración de la prestación, tal y como establece el apartado sexto del artículo 48 del ET, será de dieciséis semanas o la que establezca el régimen transitorio, más otras dos semanas; las cuales, deberán ser repartidas entre ambos progenitores, correspondiéndole una a cada uno sin que puedan ser acumuladas ambas por un solo progenitor.

Para el cálculo de la prestación por nacimiento o adopción múltiple, debemos tener en cuenta que el hijo con discapacidad con grado igual o superior al 33% computa por dos. Además, cuando se tiene un hijo con discapacidad los padres poseen una serie de ayudas adicionales tales como la reducción de jornada para cuidar del mismo aunque el hijo sea mayor de doce años, becas para niños con necesidades especiales y determinadas ayudas autonómicas; todas ellas enfocadas a la protección de estas personas que poseen unas necesidades concretas.

¹⁷ Página web de la Seguridad Social, Nacimiento del derecho / Duración (consultado el 9 de abril de 2020): <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/HerramientasWeb/10959/28299/28304/6193>

Finalmente, debe comentarse un segundo supuesto, que es cuando la madre sea la que posea la discapacidad. En este caso, corresponde la «prestación por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familiar numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad»; la cual establece que la discapacidad de la madre sea igual o superior al 65% conforme a su baremo establecido. De esta forma, la prestación, en su modalidad no contributiva, que se abonará constará de un pago único de mil euros, siempre y cuando los ingresos del beneficiario no rebasen el límite establecido según la Tesorería General de la Seguridad Social, ya que existen unas reglas particulares dispuestas en el apartado segundo del artículo 358 de la LGSS para los supuestos en los que se superen dicho límite de ingresos¹⁸.

5.3. Supuestos de hijo prematuro e ingreso hospitalario prolongado

Este supuesto se contempla en el artículo 48.4 del ET y 8.9 del RMA, los cuales pretenden establecer dos posibles mejoras, en el caso de parto prematuro u hospitalización del neonato, al descanso derivado del nacimiento y cuidado del menor.

Por un lado, en dichos artículos se regula la posibilidad de poder suspender dicha prestación por nacimiento y cuidado del menor por alguno de los progenitores, tras haberse completado el periodo obligatorio de las seis semanas posteriores al parto. Dicho permiso podrá ser reanudado, a partir de la fecha del alta hospitalaria del menor, por el periodo que a dicho progenitor le quede por disfrutar y con el mismo subsidio que se recibía antes de la interrupción, salvo que haya habido una modificación de la base mínima de cotización o la revisión salarial con efectos retroactivos. A este respecto, cabe añadirse que no se verá interrumpida dicha percepción del subsidio si durante el periodo de percepción del mismo se diese la extinción del contrato de trabajo del beneficiario o el cese de la actividad.

Por otro lado, también se contempla el hecho de que cuando la hospitalización tenga una duración mayor a siete días, la duración del permiso por nacimiento y cuidado del menor se verá aumentado en tantos días como el neonato estuviese hospitalizado, hasta un máximo de trece semanas adicionales. Dicha ampliación corresponde en los

¹⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DE VAL TENA, A.L., GUTIÉRREZ PÉREZ, M., *Lecciones de Seguridad Social*, 9ª edic., Editorial Tecnos, Madrid, 2019, pp. 397 y 398.

casos en los que el neonato deba estar hospitalizado tras el parto teniéndose en cuenta, a estos efectos, las hospitalizaciones iniciadas dentro de los treinta días naturales siguientes al parto. En todo caso para que se de esta ampliación del permiso por nacimiento y cuidado del menor se requiere un documento expedido por el hospital que acredite dicha hospitalización, con las causas que la han derivado, así como la fecha de inicio y de finalización de dicho periodo hospitalario¹⁹.

5.4. Los casos de fallecimiento de la madre o del hijo

En este apartado planteamos dos casos diferentes. Por un lado, que se produzca el fallecimiento de la madre; y, por otro lado, que se produzca el fallecimiento del hijo.

En el primero de los casos, si fallece la madre biológica, tal y como indica la Disposición transitoria 13^a.2.a), el otro progenitor podrá disponer de las dieciséis semanas de descanso previstas para la madre; aun cuando esta no realizare ningún trabajo.

Por el contrario, si el que falleciese fuese el hijo, la regla general ha sido el otorgar la prestación por maternidad siempre que el hijo haya permanecido en el seno materno al menos unos ciento ochenta días²⁰. El problema que se planteaba en este sentido era si esa prestación también debía concederse o no al otro progenitor mediante la prestación por paternidad cuando el hijo nacía muerto. En este sentido, la opinión jurisprudencial mayoritaria entendía que se debía admitir esta prestación de paternidad en atención al “sufrimiento del padre”; y con el objetivo de tratar de forma igualitaria a los dos progenitores. Sin embargo, una reciente sentencia del TSJ de Aragón ha argumentado en otra dirección²¹. Según la argumentación de dicho Tribunal, el permiso por paternidad lo que pretende es favorecer la conciliación familiar y laboral; lo cual difiere del permiso de maternidad cuyo objetivo sí es proteger la salud de la madre. De

¹⁹ Página web de Espacio Asesoría, El subsidio por nacimiento y cuidado de menor: Duración (consultado el 9 de abril de 2020): <https://www.espacioasesoria.com/Noticias/el-subsidio-por-nacimiento-y-cuidado-de-menor-duracion>

²⁰ Página web de Iberley, Nacimiento y solicitud del derecho a la prestación económica por maternidad (consultado el 9 de abril de 2020): <https://www.iberley.es/temas/nacimiento-solicitud-derecho-prestacion-economica-maternidad-4761>

²¹ Sentencia 380/2019, de 30 de enero de 2019, Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social (Nº Recurso 819/2018)

manera que, al no haberse producido el nacimiento, no se da el supuesto de protección del permiso por paternidad, lo cual hace que la prestación carezca de sentido.

Aun así, tras el establecimiento de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, cuyo objetivo es unificar las anteriores prestaciones por maternidad y paternidad, surge la duda sobre como quedará este supuesto, ya que ambos progenitores se verán protegidos bajo las mismas circunstancias. Además, en todo caso debemos tener en cuenta que la referencia a los ciento ochenta días no está en la redacción actual del ET, por lo que resulta cuestionable si debe seguir entendiéndose aplicable.

Según esta argumentación inicial, el tiempo de suspensión del contrato no se verá reducido; salvo que la madre, una vez disfrutadas las seis semanas de descanso obligatorio, decida reincorporarse a su puesto de trabajo. Además, en el caso de que el fallecido sea el hijo o hijos adoptados o menores acogidos se sigue la misma regla, es decir, tampoco se verá reducida la duración de la prestación económica, a no ser que los adoptantes o acogedores soliciten reincorporarse a su puesto de trabajo.

5.5. Supuestos en los que la madre no tiene derecho a cobrar la prestación por no cumplir con los requisitos

Este supuesto se trata de un caso excepcional regulado en los artículos 181 y 182 de la LGSS. En estos artículos se establece el hecho de que la madre biológica cumpla todos los requisitos nombrados anteriormente, en el apartado de la madre biológica, a excepción del periodo de cotización mínimo establecido en el artículo 178 LGSS, que como ya se ha mencionado depende de la edad de esta. En este supuesto la madre biológica tiene derecho al descanso normal de dieciséis semanas; sin embargo, la prestación económica recibida, conforme a lo establecido en el artículo 182, tendrá la consideración de no contributiva. Y, en este caso, «la cuantía de la prestación será igual al 100 por ciento del IPREM vigente en cada momento²², salvo que la base reguladora calculada conforme al artículo 179 o al artículo 248 fuese de cuantía inferior, en cuyo caso se estará a esta». Además, la duración de dicha prestación solo será de seis semanas tras el parto, correspondientes con el descanso obligatorio de la madre

²² La cuantía del IPREM diario para este 2020 es de 17,93 €.

biológica, quedando el resto de la duración del descanso (diez semanas) descubiertas; no obstante, cabe recordar que, en su caso, la madre biológica le podrá ceder al otro progenitor dos de esas semanas, mientras no exista la equiparación en la duración del descanso. Además, existen algunos casos en los que se producirá un incremento del subsidio en otros catorce días naturales. Estos supuestos son: cuando se de el nacimiento de un hijo en una familia numerosa o monoparental; cuando se de un parto múltiple; o cuando el grado de discapacidad de la madre o el hijo sea igual o superior al 65%. En todo caso, el incremento de la duración es único, de manera que, aunque concurren dos o más de estas circunstancias no procederá su acumulación.

5.6. La gestación por sustitución

En España, el contrato por el que se regula la gestación por sustitución es nulo de pleno derecho tal y como establece el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida²³. De manera que entendemos que en nuestro territorio esta técnica está totalmente prohibida. El tema principal es que en este precepto nada dice acerca de acudir a otro país, en el que esta práctica es legal, para obtener un hijo o hija mediante esta vía; lo cual nos generaría un problema real a la hora de intentar inscribir al menor como hijo de los padres de intención. En este sentido, desde un punto de vista civil, en el Estado español se han establecido dos soluciones a esta situación.

Por un lado, una primera interpretación que admite la inscripción de la filiación de dichos niños que hayan nacido en el extranjero mediante la gestación por sustitución, siempre y cuando haya una resolución judicial, dictada por el órgano competente de dicho país extranjero, que determine dicha filiación de los padres comitentes, se establezca la no vulneración del interés superior del menor y recoja la renuncia y el consentimiento expreso por parte de la madre gestante. Todo esto, según lo establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del

²³ «Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

Notariado²⁴, de manera que dicha resolución judicial, según lo aportado por dicha Instrucción, debe ser directamente reconocida en el Estado español.

Por otro lado, la otra solución es mucho más restrictiva y requiere de la filiación por adopción. En estos casos, en los que no existe una resolución judicial que determine la filiación del menor o la misma no se da por válida en nuestro Estado, por vulnerar el orden público, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2013 (RJ 833, 2014), la única solución pasa por reconocer como progenitor al padre, siempre que este aporte el material genético, y que posteriormente el otro progenitor de intención adopte al hijo de su pareja, para que este pueda ser considerado hijo suyo. De manera que, si el padre biológico es el padre comitente, sí que se podría establecer la paternidad del bebé nacido mediante esta técnica de gestación subrogada por los medios establecidos en la legislación española, permitiéndose así la inscripción en el Registro Civil de dicho niño. Para ello, el padre deberá aportar una prueba de ADN que confirme la paternidad y será posteriormente, cuando la madre gestante renuncia a la potestad del bebé, cuando la madre de intención podrá adoptar al mismo.

Poniendo esta cuestión en relación con la prestación por nacimiento y cuidado del menor encontramos que, en estos casos de gestación por sustitución, según lo establecido por el Tribunal Supremo en la Sentencia 881/2016, de 25 de octubre de 2016, para la unificación de doctrina en este sentido, se estableció que las prestaciones de maternidad y paternidad, en nuestra actualidad prestación por nacimiento y cuidado del menor, podían ser disfrutadas por los progenitores que habían adquirido un hijo por la técnica de la gestación subrogada, aun reconociéndose un contrato nulo en nuestro Ordenamiento Jurídico²⁵, al menos cuando se demuestre que se es el padre biológico de los hijos nacidos por medio de este procedimiento²⁶. Esto fundamentalmente se apoya

²⁴ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

²⁵ Sentencia 881/2016, de 25 de octubre de 2016, Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social (Nº Recurso 3818/2015).

²⁶ Concretamente, en el caso de la STS 881/2016, de 25 de octubre de 2016 se concede la prestación por maternidad al padre biológico, en tanto se acreditaba su paternidad y la madre biológica (la extranjera subrogada) no tenía derecho a la prestación de maternidad (evidentemente, no estaba de alta en la SS española ni menos aún había cotizado el tiempo suficiente).

en la protección del menor, establecida constitucionalmente en el artículo 39.2 de la CE²⁷, pero también en el terreno de los derechos humanos, en el ámbito internacional²⁸.

6. EL NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR EN EL EMPLEO PÚBLICO

El régimen aplicable al personal laboral público es característico ya que se le aplica una normativa distinta al Estatuto de los Trabajadores que es la que hasta ahora se ha ido comentando; esta es el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Ya que en su artículo séptimo se establece explícitamente que «en materia de permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el presente Estatuto, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho». En este sentido, la primera y principal diferencia que hay con respecto de lo que se ha estudiado con los trabajadores del sector privado es que, mientras estos veían suspendido su contrato y percibían una prestación a cargo de la Seguridad Social, los empleados públicos ven reconocido su derecho por medio de un permiso retribuido²⁹.

Con la entrada en vigor del ya mencionado Real Decreto-Ley 6/2019 el EBEP también se vio modificado en los artículos que afectaban a la actual prestación por

²⁷ «Artículo 39.2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad».

²⁸ En este sentido encontramos la Sentencia Labassee contra Francia y Mennesson contra Francia, de 26 de junio de 2014 y la Sentencia Paradiso y Campanell contra Italia, de 27 de enero de 2015, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las que el Tribunal consideró contrario al artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos el no reconocer la filiación a los hijos nacidos por gestación por sustitución. En este sentido el Tribunal argumentó que estos niños se encontraban en una situación de incertidumbre jurídica al negárseles la filiación en Francia, país donde estaban conviviendo con su padre biológico, de nacionalidad francesa. Esta negativa implica que se estaba ignorando el derecho de los niños al respeto de su vida privada, vulnerándose dicho Convenio por lo que se decidió que se debía permitir la inscripción de dichos niños en Francia, con el objetivo de salvaguardar, ante todo, el interés superior del menor.

²⁹ El art. 3.1 del Real Decreto-ley 6/2019 ha añadido en el art. 7 EBEP un segundo párrafo, incluyendo a estos efectos al personal laboral al servicio de la administración.

nacimiento y cuidado del menor, ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 49. De manera que pasaremos a comentar las concreciones de dichas modificaciones y las principales diferencias que encontramos entre esta regulación y la general establecida en el ET.

Respecto de la madre biológica, en el ET se menciona explícitamente que esta podrá anticipar dicha prestación hasta cuatro semanas antes del parto; sin embargo, esta posibilidad en el EBEP no se menciona. También, en el ET, se contempla la opción de que la madre biológica le ceda parte de su periodo voluntario de la prestación al otro progenitor, hasta cuatro semanas en 2019 y hasta dos en 2020; mientras que en el EBEP no se pone de manifiesto este caso. Además, resulta característico que en el EBEP tanto para la madre biológica como para el otro progenitor en los casos de nacimiento, y para ambos progenitores en los casos de adopción, guarda y acogimiento, la parte voluntaria solo podrá disfrutarse de manera interrumpida en periodos semanales, en el caso de que ambos progenitores trabajen. Por el contrario, en el ET se entiende que no existe esta condición al no mencionarse nada al respecto.

Otra diferencia que encontramos respecto a los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento es que en el ET se establece que, en todo caso, el periodo voluntario deberá disfrutarse, independientemente de qué progenitor lo haga, de manera ininterrumpida durante los periodos transitorios de 2019 y 2020. Mientras que en el EBEP, en este sentido, se nos dice que si el menor adoptado es mayor de doce meses la parte voluntaria se tendrá que disfrutar ininterrumpida. Pero, si es menor de doce meses y cumple la condición anterior de que ambos progenitores trabajen, solo en este caso, se podrá disfrutar del periodo de forma interrumpida en periodos semanales.

Respecto del otro progenitor resulta muy característico que en este régimen del EBEP se condiciona el disfrute de su parte voluntaria del descanso a que se hayan finalizado las seis semanas obligatorias para la madre biológica o a la finalización de los permisos por nacimiento y/o adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. Mientras que en el ET no se entiende que haya dicha condición, sino que el otro progenitor puede disfrutar de dicho periodo voluntario tras la finalización de su periodo obligatorio.

Finalmente, de forma breve, también merece la pena comentar que en el supuesto de ampliación de la duración de la prestación en los casos de parto prematuro e ingreso

hospitalario prolongado en el EBEP no se hace ninguna mención expresa a al periodo de los siete días de ingreso que sí se establece de forma concreta en el ET y que ya hemos explicado de forma extensa con anterioridad, en su apartado correspondiente³⁰.

7. EL NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR EN LOS AUTÓNOMOS

En cuanto al régimen que regula la actividad de los autónomos encontramos que esta también es característica, pues tampoco se aplica el Estatuto de los Trabajadores, sino el Estatuto del trabajo autónomo (LETA) y la LGSS, pero en lo relativo al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), en los arts. 305 y ss. Al respecto, se establece en el artículo 26.1.b) LETA que «la acción protectora del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos [...] comprenderá, en todo caso: b) Las prestaciones económicas en las situaciones de [...] nacimiento y cuidado de menor, [...]». De manera que se comentarán todas las particularidades establecidas en esta materia en dicha regulación.

En primer lugar, encontramos que se reconoce el derecho a los autónomos a suspender su actividad en situaciones de nacimiento y a cobrar la consiguiente prestación tal y como se desarrolla en la LGSS. De esta forma en su artículo 318.a) se dice que dicho subsidio será igual al 100% de la base reguladora cuya cuantía diaria se calculará sumando todas las bases de cotización acreditadas a este régimen especial durante los seis meses anteriores al hecho causante y dividiendo esta cifra entre ciento ochenta; una diferencia sustancial respecto del RGSS, en el que solo se tomaba en consideración la cotización del mes inmediatamente anterior. Hay que tener en cuenta que, si no se hubiese cotizado en dicho régimen especial la totalidad de esos seis meses, se dividiría la cantidad que efectivamente se hubiese cotizado durante ese periodo entre los días que el autónomo haya estado en alta en ese régimen dentro de esos seis meses³¹. Además, en dicho artículo también se indica la posibilidad de los trabajadores por cuenta autónoma de percibir este subsidio de forma parcial, algo que, no obstante, en la práctica no sucede, ante la falta de desarrollo reglamentario del trabajo autónomo a tiempo parcial.

³⁰ Artículo 48 y Disposición Transitoria 13ª del ET, Artículo 49 y Disposición Transitoria 9ª del EBEP.

³¹ Artículo 318.a) de la LGSS.

En segundo lugar, debe ser comentada la modificación operada por el ya citado Real Decreto-Ley 6/2019 sobre el RETA. En este sentido cobra una gran relevancia lo establecido en el artículo 38 de la LETA ; según el cual, durante el periodo de descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, así como en los descansos por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, siempre que todos ellos sean superiores a un mes, les corresponderá una bonificación del 100% de la cuota de autónomos resultado de aplicar a la base media de dicha persona trabajadora el tipo de cotización obligatorio que le corresponda por el tipo de actividad económica que lleva a cabo³². Dicha base media será la establecida en los doce meses anteriores al momento de acogerse a esta medida. De manera que en el caso de que la persona trabajadora llevase menos de doce meses en este régimen especial, la base media de cotización se calculará desde la fecha que esta persona trabajadora por cuenta propia se haya dado de alta como tal. La gran novedad de esta bonificación se encuentra en que no es necesario que el autónomo contrate a un sustituto mientras está de baja.

Estas son las características más significativas de dicho Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos; ya que en todo lo demás referente a la prestación por nacimiento y cuidado del menor, las condiciones serán las ya comentadas en el régimen general de personas por cuenta ajena en los apartados anteriores.

³² Artículo 38 de la LETA.

IV. LA NUEVA PRESTACIÓN POR CORRESPONSABILIDAD EN EL CUIDADO DEL LACTANTE

La prestación por corresponsabilidad en el cuidado de lactante es una novedad regulada en el artículo 37.4 ET y en los artículos 183, 184 y 185 de la LGSS; artículos que anteriormente regulaban la prestación por paternidad, la cual ha sido sustituida por la denominada prestación por nacimiento y cuidado del menor tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 6/2019. Dicha prestación tiene un carácter novedoso, ya que no se entiende como la mera alimentación del hijo recién nacido, que es lo que se establecía hasta ahora; sino que tiene la finalidad de aportar al neonato todos los cuidados que este requiera³³.

En cuanto a los aspectos concretos de la prestación encontramos que esta se materializa en el «derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrá dividirse en dos fracciones»³⁴ repartidas siempre dentro de la jornada del trabajo. Ya que, si se pretende ausentarse al inicio o al final de la jornada, la norma establece la reducción de dicha jornada en media hora. Además, este derecho es totalmente retribuido con el objetivo de garantizarle al trabajador la totalidad de su salario. De manera, que dicho derecho garantizado en el ET será efectivo desde que se finalice la prestación por nacimiento y cuidado del menor hasta que el propio neonato cumpla los nueve meses. Esta reducción de la jornada es entendida como un derecho individual de cada trabajador, de manera que no podrá transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor, en su caso.

Se ha mencionado, y así expresamente se establece en el ET, que esta prestación estará vigente hasta que el hijo cumpla los nueve meses, ya que, a partir de ese periodo, es necesario que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores estén ejerciendo este derecho con la misma duración y régimen, para que este periodo de disfrute se pueda ver ampliado hasta los doce meses del hijo. Aunque hay que tener en cuenta que en este periodo comprendido desde los nueve a los doce meses del hijo, la reducción de la jornada laboral se llevará a cabo con la consiguiente reducción salarial

³³ GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DE VAL TENA, A.L., GUTIÉRREZ PÉREZ, M., *Lecciones de Seguridad Social*, 9ª edic., Editorial Tecnos, Madrid, 2019, pp. 235

³⁴ Artículo 37.4 ET

que supone, en principio, un perjuicio para el trabajador. Pues bien, para cubrir esta circunstancia la LGSS ha previsto esta situación en su artículo 183 de manera que se reconoce una prestación económica para poder disfrutar de la prestación por corresponsabilidad en el cuidado del lactante durante ese periodo sin tener que renunciar a su parte correspondiente del salario. Se debe hacer una precisión al respecto; y es que, la exigencia que determina la LGSS es que sean ambos progenitores los que soliciten esta prestación en los mismos términos; sin embargo, la prestación económica «solo podrá ser reconocida a favor de uno de ellos»³⁵, a elección de los progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores. Lo cual no hace sino desfavorecer el disfrute efectivo de la corresponsabilidad por parte de ambos progenitores³⁶.

En cuanto a los requisitos necesarios para acceder a esta prestación, encontramos que estos son idénticos a los que se requieren para la prestación por nacimiento y cuidado de menores en virtud del artículo 184 LGSS. Básicamente, tal y como hemos explicado en el apartado dedicado a dicha prestación, los requisitos se basan en estar en alta o situación asimilada al alta en el momento en que se de el hecho causante y en acreditar los periodos de cotización exigidos, vinculados a la edad de los progenitores. Además, hay que tener en cuenta el requisito que ya se ha expuesto de que la reducción sea ejercida por ambos progenitores en las mismas condiciones.

Respecto a la cuantía de dicha prestación por corresponsabilidad y cuidado del lactante, esta será la establecida en el artículo 185 de la LGSS. Cabe recordar que dicha prestación económica es la que tiene por objeto suplir las rentas que se dejarían de recibir, en el periodo comprendido entre los nueve y los doce meses, por la reducción de su jornada laboral. De esta forma, el subsidio será el equivalente «al 100 por ciento de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de

³⁵ Artículo 184 LGSS

³⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DE VAL TENA, A.L., GUTIÉRREZ PÉREZ, M., *Lecciones de Seguridad Social*, 9ª edic., Editorial Tecnos, Madrid, 2019, pp. 237

trabajo». Además, en este sentido, tanto la gestión como el pago de dicha prestación será ejercida por el INSS³⁷.

Para finalizar con esta prestación sería interesante mencionar dos precisiones más. La primera de ellas se refiere al caso de que los trabajadores sean funcionarios públicos. En este supuesto, en torno a dicha prestación, se regirán por lo establecido en el artículo 48.f) del EBEP. Las particularidades que parecen más destacables de este régimen en comparación con lo establecido en el ET son, por un lado, que en el EBEP se mantiene este derecho a la ausencia de una hora al trabajo hasta los doce meses del hijo, con la correspondiente retribución; mientras que el ET solo te cubría dicha retribución hasta los nueve meses, luego se debía solicitar la prestación a la LGSS con los requisitos que ya hemos comentado. Por otro lado, en el EBEP sí que se permite que esa hora se fraccione en dos o se reduzca la hora entera al inicio o al final de la jornada, posibilidad que en el ET no se contemplaba tal y como se ha destacado ya.

La segunda precisión gira en torno al hecho de que es cierto que esta prestación contempla tanto los supuestos de nacimiento como los de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento. Sin embargo, en estos últimos casos puede surgir la circunstancia de que la persona adoptada sea mayor de la edad de los doce meses, de manera que los adoptantes se verán privados del disfrute de esta prestación. En este sentido parecería más conveniente que en los casos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento se tuviese en cuenta no tanto la edad del niño sino la fecha de resolución judicial o administrativa, a efectos de contabilizar la duración de dicha prestación.

³⁷ Página web de la Seguridad Social, Corresponsabilidad en el cuidado del lactante (consultado el 16 de abril de 2020): <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/61f8b540-c867-43cf-926d-77476b975f36>

V. LA TUTELA ESPECIAL FRENTE AL DESPIDO EN SITUACIONES DE NACIMIENTO, CUIDADO DEL MENOR Y OTRAS EQUIVALENTES

Para acabar con la exposición de la protección por nacimiento y cuidado de menor, en este apartado se plantea la posibilidad de que una persona trabajadora, que está disfrutando de esta prestación, sea despedida de su puesto de trabajo. Ante esta situación lo primero que hay que preguntarse es el motivo del despido; pues si son motivos ajenos a esta situación, el despido sí será válido y efectivo. Por el contrario, si el despido está fundamentado en esta causa, deberemos estar a lo establecido en el artículo 55.5 del ET.

En dicho artículo se nos establece que el despido será considerado nulo en una serie de circunstancias entre las que se encuentra la suspensión del contrato por «nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural [...] o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos». Además, en dicho artículo también se nos establece la nulidad del despido si este se produce en los periodos anteriores y posteriores al disfrute de esta suspensión del contrato. Más en concreto, los periodos que van desde que la mujer trabajadora se queda embarazada hasta que comienza el periodo de suspensión mencionado con anterioridad; así como los periodos que van desde que finaliza dicho periodo de suspensión hasta los doce meses desde el parto, en el caso de nacimiento, o la resolución judicial o administrativa, en los casos adopción, guarda con fines de adopción o el acogimiento. Este periodo de los doce meses garantiza la aplicación de esta protección durante el disfrute de la prestación por corresponsabilidad en el cuidado del lactante, que como ya comentamos en el apartado anterior, tiene una duración máxima de doce meses.

Esta nulidad se materializa, tal y como establece el artículo 55.6 del ET, en la readmisión inmediata de la persona trabajadora a su puesto de trabajo. Además, la empresa deberá abonarle a esta las rentas que dejó de percibir en ese periodo en el que fue despedida.

En el caso de mujer embarazada, además, se deben diferenciar bien los casos a la hora de explicar la protección particular que se establece en estas circunstancias. De

manera que, si la trabajadora fuera despedida de su puesto de trabajo sin motivos justificados y esta no estuviese embarazada, la normativa establece que, a elección de la empresa, esta deberá readmitir a la trabajadora o pagar la indemnización que sea oportuna. Sin embargo, si en ese mismo caso la trabajadora en cuestión estuviese embarazada, ya no sería la empresa la que tomase esa decisión, sino que la posibilidad de aceptar la indemnización correspondiente o el exigir la inmediata readmisión depende, exclusivamente, de la trabajadora³⁸. Se pretende con ello dotar de una mayor protección a las mujeres embarazadas, que solo podrán ser despedidas en el caso de que haya causas, ajenas a su embarazo, que determinen ese despido como procedente, lo cual habrá que ser demostrado por parte de la empresa. Además, debe añadirse a este respecto que la trabajadora no tiene ninguna obligación de comunicar a la empresa su estado de embarazo; de manera que esta protección no viene condicionada por el hecho de que la empresa supiese o no que la trabajadora estaba embarazada³⁹.

Finalmente, cabe mencionarse que en el caso de que estuviésemos ante un contrato temporal, no se considerará nulo el despido de la trabajadora, aunque esté embarazada, al finalizar la obra o servicio para la que dicha trabajadora fue contratada; mientras que si el despido se produce durante la duración del contrato temporal sí que se aplica lo explicado con anterioridad. Además, debe precisarse que si el contrato de la trabajadora es en periodo de prueba, en ese caso no cabe esta protección, pues en este contrato no se necesita causa que justifique el despido; de forma que no se suelen considerar nulos; aunque si la trabajadora en cuestión consiguiese demostrar que el despido está justificado en el embarazo, el despido sería declarado nulo⁴⁰.

³⁸ Artículo 56 del ET (Despido improcedente).

³⁹ Página web de Iberley, Análisis sobre el despido de trabajadoras embarazadas (consultado el 18 de abril de 2020): <https://www.iberley.es/practicos/analisis-sobre-despido-trabajadoras-embarazadas-5871>

⁴⁰ Página web de Lo entiendo, Protección de la trabajadora embarazada frente al despido (consultado el 18 de abril de 2020): <https://loentiendo.com/proteccion-trabajadora-embarazada-frente-al-despido/>

VI. CONCLUSIONES

El fin último de este trabajo ha sido el de analizar una medida que se ha planteado para lograr la igualdad de género de forma efectiva, fundamentalmente, en el ámbito laboral. Debemos tener en cuenta que arrastramos una estructura patriarcal en la que la población activa estaba determinada en su mayoría por hombres y eran las mujeres las que se encargaban del cuidado de los niños y del hogar. Eso ha hecho que, con la incorporación de la mujer al mercado laboral, aún se den situaciones de rechazo social ante esta nueva realidad, intentando relegar a la mujer a un segundo plano. En este sentido y ante las constantes protestas feministas, se han conseguido diversas regulaciones con el objetivo de eliminar todo tipo de discriminación laboral que pudiera darse entre hombres y mujeres y un ejemplo de dichas regulaciones es el Real Decreto-Ley 6/2019.

En primer lugar, respecto a la técnica legislativa empleada en la nueva normativa que modifica otras regulaciones, observamos que se ha empleado la figura del Real Decreto-Ley. En este sentido, el artículo 86 CE otorga al Gobierno la posibilidad de dictar disposiciones legislativas provisionales siempre motivadas bajo supuestos de extraordinaria y urgente necesidad. En la exposición de motivos de este Real Decreto-Ley 6/2019, comentada en el punto III.1 del trabajo, se argumentó que la falta de efectividad de las medidas correctoras en este ámbito de la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad y el retraso de nuevas políticas en este sentido han provocado el mantenimiento de unas desigualdades sociales, económicas y laborales que debían ser rectificadas lo antes posible, pues un mayor retraso en este sentido podría constituir un daño de difícil reparación.

Sin embargo, en mi opinión, considero que hubiese sido conveniente otra técnica legislativa, como es el procedimiento legislativo ordinario, para que se diese un mayor consenso en la materia. Ya que, en mi opinión, la utilización continuada y sistemática del Real Decreto-Ley como técnica legislativa influye de manera negativa en la soberanía nacional depositada en las cámaras parlamentarias, en las cuales reside dicho poder legislativo. Además, considero que la argumentación seguida para justificar la extraordinaria y urgente necesidad de dicho Decreto-Ley es algo insuficiente, debiéndose realizar un mayor esfuerzo argumentativo al respecto.

En segundo lugar, respecto al fondo del Real Decreto-Ley 6/2019, considero que este es acertado en tanto que pretende establecer permisos igualitarios e intransferibles entre los progenitores o adoptantes, que a partir de 2021 serán de dieciséis semanas para cada uno de ellos, pudiendo contribuir esto a la igualdad efectiva en dos sentidos. Por un lado, considero que es una medida favorable para acabar con la discriminación que sufre la mujer en el ámbito laboral, pues al tener un descanso de nacimiento y cuidado de menor igual a la del otro progenitor, tanto en duración como en obligatoriedad, desaparecerá un foco de discriminación a la hora de contratar a un hombre o a una mujer. Por otro lado, creo que con estas medidas se está fomentando el terminar con los roles impuestos por la sociedad patriarcal en la que vivimos, consiguiendo involucrar a los hombres en la función de criar y cuidar a los hijos y dejando de ver esto como una labor que incumbe fundamentalmente a las mujeres.

Finalmente, considero que normativas como estas poseen una gran importancia porque se adentran en una realidad social que hasta el momento estaba bastante silenciada, como es la igualdad efectiva entre hombres y mujeres; y, en este sentido, España ahora mismo es uno de los Estados con un reparto más igualitario, en tanto los descansos por paternidad son los más generosos de Europa y de los pocos que tienden a la plena equiparación con la maternidad, tal y como se muestra en el Anexo IV. Sin embargo, opino que aunque las medidas propuestas por el Real Decreto-Ley 6/2019 son importantes, las considero insuficientes en su propósito, pues sin un cambio de mentalidad y de ruptura con las estructuras socialmente impuestas respecto al género, será muy difícil que las mujeres puedan consolidar su situación en el mercado. Un ejemplo de esto lo encontramos en la situación actual, ya que con la crisis sanitaria y económica del Covid-19 se ha visto como el peso de la conciliación entre la vida familiar y profesional recae todavía mayoritariamente sobre las mujeres. Por todo ello, cabe exigir una acción legislativa transversal que vaya más allá de la prestación que se ha estudiado en este trabajo.

VII. ANEXOS

ANEXO I: ABREVIATURAS

ADN: Ácido Desoxirribonucleico.

CE: Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, N.º. 313.

CEE: Comunidad Económica Europea.

CEEP: Centro Europeo de Empresas Públicas.

CES: Consejo Económico Social.

CSE: Confederación Sindical Europea

EBEP: Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

EEE: Espacio Económico Europeo.

ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social.

IPREM: Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.

LETA: Ley 20/2007, de 1 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

LGSS: Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Nº: Número.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

p.: Página.

pp.: Páginas.

RETA: Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

RGSS: Régimen General de la Seguridad Social.

RJ: Repertorio de Jurisprudencia.

RMA: Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

UE: Unión Europea.

UNICE: Universal Networking Intelligence Computing Entity

ANEXO II: BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS:

- CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN, «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº. 84, 1994.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DE VAL TENA, A.L., GUTIÉRREZ PÉREZ, M., *Lecciones de Seguridad Social*, 9ª edic., Editorial Tecnos, Madrid, 2019.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: Perspectiva constitucional reciente», en *Lan Harremanak*, nº. 25, 2012.

PÁGINAS WEB:

- Página web de Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos (consultado el 9 de marzo de 2020): <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Página web de la Organización Internacional del Trabajo, Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (consultado el 9 de marzo de 2020): <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang-es/index.htm>
- Página web de la Seguridad Social, Duración del permiso de nacimiento y cuidado del menor (consultado el 7 de abril de 2020): <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/6b96a085-4dc0-47af-b2cb-97e00716791e/0b5879ed-1156-4676-b38c-7229dcba9c49/etebep#ETEBEP>
- Página web de la Seguridad Social, Cuantía de la prestación de nacimiento y cuidado del menor (consultado el 7 de abril de 2020): <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10952/28362/28365#30791>

- Página web de la Seguridad Social, Cuadro Resumen Duración ET (consultado el 7 de abril de 2020): <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/852219e6-25e5-4966-b7d6-fdd47c174154/CUADROS+ET+LEY+6-2019.pdf?MOD=AJPERES&CVID=>
- Página web de Iberley, Situaciones protegidas y beneficiarios de la prestación por nacimiento y cuidado de menor (consultado el 8 de abril de 2020): <https://www.iberley.es/temas/situaciones-protegidas-beneficiarios-prestacion-nacimiento-cuidado-menor-12701>
- Página web de la Seguridad Social, Cuadro Resumen Duración ET (consultado el 7 de abril de 2020): <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/852219e6-25e5-4966-b7d6-fdd47c174154/CUADROS+ET+LEY+6-2019.pdf?MOD=AJPERES&CVID=>
- Página web de Centro de Estudios Financieros – Laboral Social, Cuadro de periodo transitorio ET (consultado el 8 de abril de 2020): <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/CUADROPERIDOTRANSITORIOET.pdf>
- Página web de Wolters Kluwer, Prestaciones por parto o adopción múltiples (consultado el 9 de abril de 2020): https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjM0sDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA2jrM4TUAAAA=WKE
- Página web de la Seguridad Social, Nacimiento del derecho / Duración (consultado el 9 de abril de 2020): <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/HerramientasWeb/10959/28299/28304/6193>
- Página web de Espacio Asesoría, El subsidio por nacimiento y cuidado de menor: Duración (consultado el 9 de abril de 2020): <https://www.espacioasesoria.com/Noticias/el-subsidio-por-nacimiento-y-cuidado-de-menor-duracion>

- Página web de Iberley, Nacimiento y solicitud del derecho a la prestación económica por maternidad (consultado el 9 de abril de 2020): <https://www.iberley.es/temas/nacimiento-solicitud-derecho-prestacion-economica-maternidad-4761>
- Página web de IPREM, Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (consultado el 9 de abril de 2020): <http://www.iprem.com.es>
- Página web de la Seguridad Social, Corresponsabilidad en el cuidado del lactante (consultado el 16 de abril de 2020): <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajador/es/61f8b540-c867-43cf-926d-77476b975f36>
- Página web de Iberley, Análisis sobre el despido de trabajadoras embarazadas (consultado el 18 de abril de 2020): <https://www.iberley.es/practicos/analisis-sobre-despido-trabajadoras-embarazadas-5871>
- Página web de Lo entiendo, Protección de la trabajadora embarazada frente al despido (consultado el 18 de abril de 2020): <https://loentiendo.com/proteccion-trabajadora-embarazada-frente-al-despido/>
- Página web de La Voz de Galicia, De los cinco meses de Islandia a los cinco días de Italia (consultado el 2 de mayo de 2020): https://www.lavozdegalicia.es/noticia/sociedad/2019/04/02/cinco-meses-islandia-cinco-dias-italia/0003_201904G2P3992.htm
- Página web de 20 Minutos, Así cambia el permiso de paternidad y maternidad en España y así se hace en el resto de Europa (consultado el 2 de mayo de 2020): <https://www.20minutos.es/noticia/3577140/0/diferencias-permiso-paternidad-maternidad-espana-resto-europa/>

ANEXO III: JURISPRUDENCIA

- Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.
- Sentencia 380/2019, de 30 de enero de 2019, Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social (Nº Recurso 819/2018).
- Sentencia 881/2016, de 25 de octubre de 2016, Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social (Nº Recurso 3818/2015).
- Sentencia Labassee contra Francia y Mennesson contra Francia, de 26 de junio de 2014 y la Sentencia Paradiso y Campanell contra Italia, de 27 de enero de 2015, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ANEXO IV: TABLAS

País	Maternidad: disfrute obligatorio	Paternidad: disfrute obligatorio	Maternidad y paternidad: disfrute voluntario	Observaciones adicionales
Islandia (fuera de la UE, pero en EEE)	150 días	150 días	60 días para repartirse entre ambos	
Suecia	90 días	90 días	300 días a repartir entre ambos	
Noruega (fuera de la UE, pero en EEE)	105 días intransferibles	105 días intransferibles	203 días para repartirse entre ambos	343 días con 100% de sueldo
Dinamarca	28 días antes del parto + 98 días posteriores al parto	Durante los 98 días después del parto: 14 días	224 días para repartirse entre ambos después de los 98 días posteriores al parto	
Alemania	60 días	60 días	300 días para repartirse entre ambos	65% del sueldo neto, máximo 1800 €/mes
Portugal	42 días después del parto	Durante los 42 días después del parto: 15 días obligatorios + 10 optativos	113 días para repartirse entre ambos	Entre el 80% y el 100% del sueldo
Reino Unido (fuera de la UE, pero aún en proceso de transición)	224 días, que pueden empezar hasta 77 días antes del parto	14 días después del parto		Madre cobra el 90% durante 42 días, y 168,5 €/semana. Padre cobra 145,18 €/semana.

Francia	42 días antes del parto + 70 días después del parto	3 días + 11 días de acompañamiento postnatal voluntario		
Italia	150 días después del parto	5 días		
Países Bajos	Desde la semana 36 del embarazo hasta 10 semanas después del nacimiento	3 días		
Finlandia	105 días	18 días	158 días para repartirse entre ambos	
Austria	112 días con 100% de sueldo	De 1 a 3 años, dependiendo si elige un % de su nómina o 436 € al mes		

Referencias de la tabla^{41 42}.

⁴¹ Página web de La Voz de Galicia, De los cinco meses de Islandia a los cinco días de Italia (consultado el 2 de mayo de 2020): https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/sociedad/2019/04/02/cinco-meses-islandia-cinco-dias-italia/0003_201904G2P3992.htm

⁴² Página web de 20 Minutos, Así cambia el permiso de paternidad y maternidad en España y así se hace en el resto de Europa (consultado el 2 de mayo de 2020): <https://www.20minutos.es/noticia/3577140/0/diferencias-permiso-paternidad-maternidad-espana-resto-europa/>