



La conciliación «corresponsable» de la vida personal, familiar y profesional en el trabajo autónomo tras el Real Decreto-Ley 6/2019

Aránzazu Roldán Martínez

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Europea de Madrid*

Extracto

El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, ha supuesto la introducción de cambios de gran calado en el ámbito del trabajo autónomo. En línea con las modificaciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y en el Estatuto Básico del Empleado Público, se han reforzado los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional, con la particularidad de que dicha regulación tiene como finalidad, expresada en el preámbulo, favorecer la asunción equilibrada de las obligaciones familiares, en sintonía con el artículo 44 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La reforma ha supuesto la modificación sustancial de los términos en los que se disfruta la suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, y la introducción, de forma sorprendente, de unas garantías para suspender la actividad para el cuidado del lactante. Este estudio se plantea la necesidad de reflexionar sobre la oportunidad de las nuevas medidas y de analizarlas en profundidad, poniendo de manifiesto sus logros y sus deficiencias. Se comprobará, asimismo, si el ejercicio corresponsable de estos derechos goza de la adecuada tutela judicial.

Palabras clave: trabajo autónomo; conciliación/corresponsabilidad; lactancia; nacimiento y cuidado del menor; Real Decreto-Ley 6/2019.

Fecha de entrada: 17-02-2020 / Fecha de revisión: 10-03-2020 / Fecha de aceptación: 10-03-2020

Cómo citar: Roldán Martínez, A. (2020). La conciliación «corresponsable» de la vida personal, familiar y profesional en el trabajo autónomo tras el Real Decreto-Ley 6/2019. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 51-92.



The «co-responsible» reconciliation of personal, family and professional life in self-employment after the Royal Decree-Law 6/2019

Aránzazu Roldán Martínez

Abstract

The Royal Decree-Law 6/2019, of March 1, on urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation, has made changes in the field of self-employment. In line with the modifications established in the Statute Basic of the Workers and in the Statute of the Public Employee, the rights of reconciliation of personal, family and professional life have been reinforced with the particularity that such regulation is intended to favor the balanced assumption of family obligations. The reform modifies the terms in which the birth suspension of the activity is enjoyed and introduces, surprisingly, guarantees to suspend the activity for the care of the nursing child. This study reflects on the need for the new measures, and analyzes them in depth, highlighting their achievements and deficiencies. Likewise, it will be verified if the co-responsible exercise of these rights enjoys adequate judicial protection.

Keywords: self-employment; conciliation/joint responsibility; breast feeding; birth and care of the child; Royal Decree-Law 6/2019.

Citation: Roldán Martínez, A. (2020). The «co-responsible» reconciliation of personal, family and professional life in self-employment after the Royal Decree-Law 6/2019. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 51-92.



Sumario

1. Introducción
2. La relevancia constitucional de los derechos de conciliación de la vida familiar y profesional de los trabajadores autónomos y su tutela judicial reforzada
3. Regulación del derecho a la conciliación de la vida profesional, personal y familiar de los trabajadores autónomos en la LETA
 - 3.1. Identificación de los preceptos afectados por la reforma
 - 3.2. Derechos reconocidos en la LETA dentro del régimen profesional común del trabajador autónomo
 - 3.2.1. La suspensión de la actividad por nacimiento y cuidado de menor (suspensión en «situaciones de nacimiento»)
 - 3.2.2. ¿La «enigmática» suspensión de la actividad por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante existe?
 - 3.3. Derechos reconocidos en la LETA dentro del régimen profesional del TRADE
4. Las reformas en las bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social para facilitar el mantenimiento de la actividad profesional
 - 4.1. Bonificación a los trabajadores por cuenta propia por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación
 - 4.2. Bonificación de cuotas de Seguridad Social para trabajadores autónomos durante el descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural
 - 4.3. Bonificaciones a las trabajadoras autónomas que se reincorporen al trabajo en determinados supuestos

Referencias bibliográficas

1. Introducción

El 7 de marzo de 2019 se publicaba en el BOE el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación¹. Partiendo de los discretos resultados obtenidos por la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), el decreto ofrece un conjunto de medidas que pretenden dar un paso más, deseablemente el definitivo, para acabar con las desigualdades entre ambos sexos que persisten en el mercado laboral. Entre los motivos que explican el mantenimiento de esas desigualdades ocupa un lugar destacado la falta de una auténtica corresponsabilidad. Como expone el Gobierno en el preámbulo, el derecho a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres supone su equiparación no solo en el ejercicio de los derechos, sino también «en el cumplimiento de las obligaciones». De forma expresa se califican como contrarias al derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, además de las discriminaciones por el embarazo, la maternidad y la asunción de obligaciones familiares, las motivadas por «el ejercicio de los derechos de corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral».

No cabe duda de que la medida más mediática ha sido la equiparación de la duración de los permisos de paternidad y maternidad, denominaciones que desaparecen y se sustituyen por la única de «permisos por nacimiento y cuidado del menor». No menos importante, aunque haya pasado más desapercibida, es la reforma del anteriormente conocido como «permiso de lactancia», ahora «permiso por cuidado del lactante», y la creación de una nueva prestación de Seguridad Social «para ejercicio corresponsable del cuidado del lactante». El artículo 4 contempla la adaptación de la normativa de Seguridad Social a las medidas previstas en la regulación laboral, redefiniendo las prestaciones a la luz de los nuevos derechos. Por su parte, el artículo 7 contiene las adaptaciones necesarias para incluir dichas prestaciones en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA), lo que ha obligado a modificar los preceptos relacionados con el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, contenidos en el régimen profesional común de los trabajadores autónomos, en el régimen específico de los trabajadores autónomos económicamente dependientes y en determinadas bonificaciones de las cuotas de

¹ El real decreto-ley acoge en parte el contenido de la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, presentada por el PSOE el 1 de agosto de 2018 y tomada en consideración por el Pleno el 16 de octubre de 2018 (BOCCGG de 7 de septiembre de 2018).

la Seguridad Social. Asimismo, se ha aprovechado también para adoptar un lenguaje inclusivo, de modo que se sustituye el término «trabajador autónomo» por el de «personas trabajadoras autónomas»².

Dos meses después de la publicación del Real Decreto-Ley 6/2019, se conocía el primer «Informe sobre la jornada laboral de los autónomos y su conciliación con la vida personal»³, elaborado por la Asociación de Trabajadores Autónomos (ATA) y realizado a partir de una encuesta a 1.330 autónomos. El informe refleja unos datos que, si bien no sorprenden, sí invitan a una reflexión: casi seis de cada diez trabajadores por cuenta propia (el 57 %) afirma trabajar 10 horas diarias o más, y otro 21 % sobrepasa una media de 9 horas diarias en su negocio⁴. Solo un 15 % cumple con la jornada laboral de 8 horas establecida para los asalariados. Desde la perspectiva de la conciliación de la vida profesional y familiar, son precisamente las maratónicas jornadas laborales sin horario fijo y sujetas a los requerimientos de clientes y proveedores las que hacen imposible compatibilizar trabajo y vida familiar en la mayoría de los casos. En el análisis por edad destaca que son los mayores de 55 años los que más concilian debido a que sus negocios están más consolidados y tienen hijos de mayor edad. Ahora bien, el porcentaje apenas llega al 55 %. Cuanto más joven es el autónomo, es más difícil la compatibilización de vida profesional y familiar. De hecho, el 82 % de quienes tienen entre 26 y 35 años tienen dificultades para ejercer esa conciliación. También es más sencillo conciliar para los autónomos empleadores. Precisamente, las dificultades para conciliar explican que la mayor parte de los ceses de actividad de negocios regentados por mujeres se produzcan cuando tienen hijos.

² A mi modo de ver, la introducción del lenguaje inclusivo, siguiendo las directrices marcadas por la Real Academia Española, no era necesaria, ni en la LETA ni en el Estatuto de los Trabajadores (ET). En un marco legal que reconoce los mismos derechos a hombres y mujeres, claramente la utilización del masculino genérico engloba a los dos sexos. Solo en circunstancias excepcionales está justificado el desdoblamiento del lenguaje o, incluso, la utilización de un único género gramatical. Así, Casas sostiene que las escasas medidas reservadas a la mujer, por su condición de madre biológica o de víctima de violencia de género, sí justificarían la utilización exclusiva del género femenino. De la misma opinión es Blasco (2019, p. 55).

³ El resultado del estudio fue publicado el 22 de mayo de 2019 en [Autonomosyemprendedor.es](https://www.autonomosyemprendedor.es) (Diario AyE). Recuperado de <<https://www.autonomosyemprendedor.es/articulo/actualidad/autonomos-trabajan-cada-semana-jornadas-mas-asalariados/20190521145731019616.html>>.

⁴ En el Acuerdo de interés profesional de la empresa Bimbo y Bakery Iberia para los transportistas, suscrito en abril de 2018, se consideró razonable una jornada semanal de 50 horas. Un año y medio después, CC. OO. y ATA denunciaban que Bimbo hacía trabajar a los transportistas autónomos más de estas 50 horas a la semana. Denunciaban la intención de la empresa de despedir a 290 repartidores por cuenta ajena que serían sustituidos por *riders* TRADE (trabajador autónomo económicamente dependiente). En octubre de 2019, la empresa rompió el acuerdo de 2018 y firmó uno nuevo, solo con la UGT. ATA ha advertido que la consecuencia de esta ruptura, además de los despidos de los casi 300 trabajadores, es el aumento de las horas de la jornada para los TRADE de Bimbo, una jornada que pasa de continua a partida y sin control de horario. Recuperado de <<https://financialefood.es/ccoo-denuncia-que-bimbo-hace-trabajar-a-sus-autonomos-mas-de-50-horas/>>.

La corresponsabilidad implica que los dos miembros de la pareja asumen las obligaciones de cuidado de menores y de otros familiares. Pero para que ello sea factible es necesario garantizar a ambos progenitores las mismas posibilidades, sean trabajadores por cuenta propia o ajena⁵. Las medidas no deben ser necesariamente idénticas, ya que existen diferencias sustanciales entre el ejercicio de una actividad laboral por cuenta ajena y una actividad profesional (Charro y San Martín, 2013, p. 16). Como se ha explicado anteriormente, el problema de la conciliación de los trabajadores autónomos son las largas jornadas y la dependencia de una clientela (otros empresarios o consumidores finales) que no pueden perder (M.^a C. López, 2019, p. 24). Corolario de lo anterior, para los trabajadores por cuenta propia, resultan esenciales las prestaciones sociales y la labor de fomento de los poderes públicos, que se traduce en la adopción de incentivos que contribuyan a paliar los efectos negativos que el ejercicio del derecho a conciliar pueda tener en la esfera económica, profesional y en la carrera de cotizaciones. Las bonificaciones en las cuotas de los autónomos y las previstas para los contratos de interinidad de trabajadores que sustituyan a aquellos tienen, en este sentido, mayor eficacia práctica como medida facilitadora de la conciliación que en el trabajo por cuenta ajena. Junto a ello, es preciso reforzar la tutela de los trabajadores autónomos frente a decisiones discriminatorias de los clientes, motivadas por el ejercicio de obligaciones familiares.

En este estudio se reflexionará en torno a si el Real Decreto-Ley 6/2019 ha contribuido a remover los obstáculos que dificultan que los trabajadores autónomos ejerzan sus derechos de conciliación de vida personal, familiar y profesional en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena. Si no fuera así, la corresponsabilidad quedaría frustrada. Además, en el sueño de la Mesa del Congreso de los Diputados duermen dos proposiciones de ley presentadas por el grupo parlamentario socialista que, si bien han caducado, podrían ser presentadas de nuevo en la legislatura que acaba de iniciar su singladura. Nos referimos a la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, admitida a trámite por la Mesa del Congreso el 25 de julio de 2019, y la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación, admitida a trámite en la misma fecha⁶. Interesa destacar que la primera de ellas reproducía en parte el contenido del Real Decreto-Ley 6/2019⁷. Su examen puede

⁵ Como explica M.^a C. López (2019, p. 24), con la anterior regulación, el peso de la conciliación, por los roles tradicionalmente asumidos, recaía sobre las mujeres. Cuando la persona trabajadora por cuenta ajena era mujer, existía la excusa perfecta para que fuera ella quien conciliara, pero, incluso, cuando la mujer era autónoma, el desigual tratamiento regulatorio de los permisos por maternidad y paternidad provocaba también que recayera «sobre ellas el rol de cuidadoras y el coste laboral de la decisión de tener descendencia».

⁶ Publicadas ambas en el BOCCGG de 30 de julio de 2019.

⁷ Se explica que las medidas del Real Decreto-Ley 6/2019 se incluían en la proposición de ley con el objetivo de disponer de un texto integrado que contuviera el conjunto de actuaciones desarrolladas en materia de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, con posterioridad a la LOI.

resultar oportuno, porque en su exposición de motivos se explicaba con más claridad la finalidad de las reformas emprendidas y porque permite comprobar si, tras un periodo de reflexión de 4 meses, el partido en el Gobierno corrigió algunas deficiencias que se apreciaban en la norma de urgencia. La segunda proposición resulta especialmente interesante, porque dedicaba un artículo específico, el 14, a la regulación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo por cuenta propia.

Este estudio se plantea en un contexto de profunda transformación del trabajo autónomo, como consecuencia de la crisis económica. Por un lado, como explica Martínez (2019, pp. 22-23), la crisis del trabajo asalariado ha impulsado la aparición de autónomos precarios que no emprenden realmente un proyecto, sino que se limitan a enajenar su fuerza de trabajo de forma muy similar a los trabajadores asalariados. La libertad de autoorganización y la independencia económica que siempre han caracterizado al autónomo se están difuminando progresivamente debido a la fuerte dependencia de la empresa principal y de otras empresas contratistas y subcontratistas con las que tienen que colaborar. Por otro lado, el surgimiento de nuevas formas de negocio que se apoyan en las llamadas «plataformas colaborativas», sustentadas básicamente en la prestación de servicios de trabajadores autónomos, ha contribuido a extender también este tipo de trabajo, que, en muchas ocasiones, se presta en condiciones muy precarias, poniéndose incluso en cuestión por la propia Inspección de Trabajo y por los tribunales el carácter fraudulento de tales contrataciones. Puede afirmarse que la «soberanía sobre el tiempo de trabajo», cuya ampliación impulsa la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como estándar del trabajo decente del futuro (OIT, 2019, p. 41) y que tradicionalmente se asociaba al trabajo autónomo, dista mucho de ser una realidad en la situación económica actual. Por las razones apuntadas, se hace especialmente apremiante reflexionar sobre la aplicación a los trabajadores autónomos de derechos tradicionalmente reservados a los trabajadores por cuenta ajena, entre ellos los relativos a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, y la tutela frente a los actos discriminatorios ligados al ejercicio de tales derechos.

2. La relevancia constitucional de los derechos de conciliación de la vida familiar y profesional de los trabajadores autónomos y su tutela judicial reforzada

Nuestro Tribunal Constitucional (TC) ha afirmado en varias sentencias que las medidas tendentes a facilitar la conciliación de la actividad profesional con la vida familiar tienen una dimensión constitucional que debe «prevaler y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional» (Sentencias del TC –SSTC– 3/2007, de 15 de enero, FJ 5.º; 26/2011, de 15 de marzo, FJ 5.º). Los primeros recursos de amparo que llegaron al Alto Tribunal fueron presentados

por mujeres que veían denegados derechos relacionados con el embarazo y la maternidad o con el cuidado de menores. El primer supuesto se vinculó con la discriminación directa por razón de sexo⁸, mientras que en el segundo supuesto (excedencias, reducciones de jornada, adaptaciones de jornada) se acudió al concepto de discriminación indirecta por razón de sexo, en conexión con el mandato de protección a la familia y la infancia del artículo 39 de la Constitución española (CE)⁹. En el año 2007, la LOI recogió en el artículo 3 una definición del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, conforme a la cual «supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil». Posteriormente, llegaron ante el TC los primeros recursos de amparo presentados por varones. En el caso enjuiciado en la STC 26/2011, de 14 de marzo, el trabajador solicitante de un cambio de turno por razones familiares alegó discriminación «por razón de sexo». El TC rechazó que la negativa de la empresa supusiera una discriminación directa por razón de sexo, dado que la denegación de su pretensión no se había fundamentado en que fuese varón. También se rechazó la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, por considerarse que el objeto de esa discriminación no era él sino su esposa¹⁰, pues:

[...] el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres (FJ 4.º).

⁸ SSTC 166/1988, de 26 de septiembre (FJ 5.º –extinción de contrato de mujer embarazada en periodo de prueba–); 173/1994, de 7 de junio (FJ 3.º –no renovación de contrato temporal a una mujer embarazada–); 136/1996, de 23 de julio (FJ 5.º –despido de trabajadora por razón de embarazo–); 20/2001, de 29 de enero (FJ 4.º –cese de funcionaria interina durante baja maternal–); y 41/2002, de 25 de febrero (FJ 3.º –extinción de contrato después de reincorporación tras baja maternal–).

⁹ *Vid.*, SSTC 240/1999, de 20 de diciembre (FJ 6.º), y 203/2000, de 24 de julio (FJ 5.º), en relación con funcionarias interinas que solicitaron excedencia por cuidado de hijo. En relación con trabajadores por cuenta ajena, *vid.*, SSTC 3/2007, de 15 de enero (FJ 5.º –reducción de jornada por cuidado de hijos–), y 24/2011, de 14 de marzo (FJ 2.º –solicitud de adscripción a turno fijo–).

¹⁰ Explica Rodríguez (2015, p. 370) al respecto que con este razonamiento «se convierte a las mujeres en las únicas posibles víctimas de discriminación por razón de sexo, al menos en su dimensión indirecta». La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) (Sala 6.ª) de 18 de septiembre de 2019 (C-366/18) se ha pronunciado recientemente en contra de la apreciación de una discriminación indirecta por razón de sexo para las trabajadoras, cuando el solicitante es un hombre. Ante la alegación por el órgano judicial remitente de que el artículo 37.6 del ET establece una discriminación indirecta para las trabajadoras, el tribunal concluye que dicho precepto constituye una norma indistintamente aplicable a varones y mujeres, y, al no demostrar el órgano judicial remitente cuál sería la desventaja particular sufrida por un trabajador del sexo masculino si la discriminación indirecta afecta a las mujeres, ello determina la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial en lo que se refiere a la Directiva 2006/54, por tener un carácter meramente hipotético (apdos. 37 a 40). *Vid.*, notas a esta sentencia en Rojo (2019).

Sin embargo, en opinión del tribunal, ello no suponía negar que las decisiones empresariales fueran discriminatorias, ya que los derechos del trabajador tenían su anclaje constitucional en el último inciso del artículo 14 de la CE (discriminación por otra «condición o circunstancia personal o social») en conexión con el artículo 39. De esta forma, se construyó el concepto de prohibición de «discriminación por circunstancias familiares», destinado a proteger a los varones y a las mujeres¹¹. Con ello, el tribunal se elevó por encima de la discriminación por razón de sexo, que trata de atajar las dificultades a las que se enfrenta la mujer en el acceso y mantenimiento en el mundo laboral, para «aproximarse al cuidado de hijas/os como un fin en sí mismo, y a la postergación injustificada en el mismo como discriminatoria» (Rodríguez, 2015, p. 373)¹².

Cuatro meses después de la aprobación de la LOI, la LETA reconoció expresamente en su artículo 4.3 a) como derecho individual de todos los trabajadores autónomos en su actividad profesional el de no ser discriminados, directa o indirectamente, «por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, estado civil, religión, convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, uso de alguna de las lenguas oficiales dentro de España o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». El artículo 6.2 prescribe que los poderes públicos y quienes contraten la actividad profesional de los trabajadores autónomos quedan sometidos a dicha prohibición de discriminación, que «afectará tanto a la libre iniciativa económica y a la contratación, como a las condiciones del ejercicio profesional». La Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación ponía un especial interés en concretar esta prohibición de discriminación en la relación autónomo/cliente, disponiendo en su artículo 14:

1. No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por las causas previstas en esta ley en el acceso al ejercicio y en el desarrollo de una actividad por cuenta propia.
2. Lo dispuesto en el apartado anterior será igualmente de aplicación a los pactos establecidos individualmente entre el trabajador autónomo y el cliente para el que desarrolle su actividad profesional, así como a los acuerdos de interés profesional concertados entre las asociaciones o sindicatos que representen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y las empresas para las que ejecuten su actividad.

¹¹ Lousada (2018, p. 5) manifiesta su extrañeza ante el recurso a la cláusula general del artículo 14 de la CE, cuando, en su opinión, hubiera sido mejor considerar que existió una discriminación por razón de sexo/género.

¹² Hay que señalar, sin embargo, que el TC no acudió a esta noción de discriminación por «circunstancias familiares» para reconocer un derecho autónomo del padre a suspender el contrato por paternidad en igualdad de condiciones con la madre por estimar que el permiso de maternidad estaba unido a la condición biológica de la mujer (SSTC 75/2011, de 19 de mayo; 111/2018, de 17 de octubre; 117/2018, de 29 de octubre; y 138/2018, de 17 de diciembre).

Ante una decisión discriminatoria del cliente, motivada por el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional del trabajador autónomo, este podría recabar la tutela antidiscriminatoria, ante el orden jurisdiccional competente por razón de la materia, mediante un procedimiento sumario y preferente (art. 6.3 LETA). Si el órgano judicial estimara probada la vulneración del derecho denunciado, debería declarar la nulidad radical y el cese inmediato de la conducta y, cuando procediera, la reposición de la situación al momento anterior a producirse, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto. En atención a la naturaleza, dependiente o independiente, del trabajador autónomo se produce una disociación de la jurisdicción (Páez, 2017, p. 595), de modo que, para el trabajador autónomo ordinario, la jurisdicción competente será la civil, quien conocerá a través del juicio declarativo ordinario de los artículos 399 a 430 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) (a los que se remite el art. 249.1.2 LEC). Respecto de los TRADE, será competente la jurisdicción social, quien conocerá del asunto a través del proceso especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas regulado en los artículos 177 a 184 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS)¹³. En la jurisdicción civil, el Tribunal Supremo (TS) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicación de la doctrina del TC, anteriormente comentada, a un arrendamiento de servicios. En el caso analizado en la Sentencia del TS (STS) de 20 de abril de 2011 (rec. 87/2009), la demandante, una especialista en cirugía, planteó demanda por considerar discriminatoria por razón de sexo la modificación de las condiciones de trabajo introducida por el cliente al reincorporarse al trabajo después de una baja médica por embarazo de alto riesgo y posterior disfrute del permiso de maternidad. La Sala Primera recordó la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad y la prohibición de trato discriminatorio y, en particular, por razón de sexo, así como las reglas sobre la carga de la prueba, considerando que esta doctrina también es aplicable a un arrendamiento de servicios. Destacó que la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora había de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituían un supuesto de discriminación directa por razón de sexo.

Aunque tras los pronunciamientos del TC no existe duda sobre la vinculación de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral con el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, sería conveniente que se recogiera de forma expresa en la ley. En este sentido, el Real Decreto-Ley 6/2019 ha perdido la oportunidad de incluir en la LETA la prohibición de discriminación motivada por «el ejercicio de los derechos de corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral», a la que se refiere en su preámbulo, algo que, por cierto, sí se preocupaba de hacer la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación,

¹³ Artículos 2 d) de la LRJS y 17 de la LETA. En el caso de que surgiera un conflicto con el cliente por la negativa de este a aceptar el disfrute por parte del trabajador autónomo de los derechos vinculados a la conciliación, sería necesario valorar si debería seguirse el curso del proceso especial regulado en el artículo 139 de la LRJS.

en su artículo 5. Pero, yendo más allá y en aras de tutelar de forma más eficaz el ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación de la vida familiar y profesional de los varones, sería deseable que el legislador los vinculara también con la protección de la familia del artículo 39 de la CE, incluyendo un nuevo factor autónomo de discriminación, separado del sexo, pues, en definitiva, el bien jurídico protegido también es el menor¹⁴.

3. Regulación del derecho a la conciliación de la vida profesional, personal y familiar de los trabajadores autónomos en la LETA

3.1. Identificación de los preceptos afectados por la reforma

En una primera y rápida lectura, el Real Decreto-Ley 6/2019 parecería haberse limitado a realizar modificaciones puramente terminológicas del siguiente tipo:

- Se concluye la adaptación al Código Civil, iniciada con la reforma del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, que dio nueva redacción solo a los artículos 38 y 38 bis, con el fin de incorporar las nuevas denominaciones de las formas de protección de los menores: «adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar». De esta forma, se modifican el artículo 4.3 g) y h), apartados 2.2 y 5 del artículo 11, apartados 1 d) y 3 del artículo 16.
- En el artículo 4.3 g) y h), apartados 2.2 y 5 del artículo 11, apartados 1 d) y 3 del artículo 16, y artículo 26.1 b), desaparece la referencia a la maternidad y paternidad y se sustituye por la nueva causa de suspensión «en las situaciones de nacimiento»¹⁵.

¹⁴ En el voto particular a la STC 138/2018, de 17 de diciembre, la magistrada Balaguer Callejón reprochaba al tribunal que no hubiera definido suficientemente la naturaleza constitucional de dichos permisos, es decir, cuál es el bien jurídico protegido. Compartimos la opinión de la magistrada de que, de esta forma, el tribunal perdió:

[...] la ocasión de vincular los permisos que buscan la conciliación personal, familiar y laboral, con el disfrute del derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH), derecho del que son titulares los progenitores, pero también, y a mi juicio, sobre todo, los niños y las niñas. Los hijos y las hijas, sobre todo, en franjas de edad muy baja, no son responsabilidad preferente de su madre, ni el vínculo con ella merece un mayor grado de protección que el vínculo paterno-filial. Esta consideración, implícita en la sentencia, consolida una división de roles en el cuidado que puede y debe ser revisada, para adaptarla a una visión más actual y coherente con el artículo 9.2 CE, de lo que es la igualdad material entre los sexos.

¹⁵ La LETA solo utiliza la expresión «nacimiento y cuidado del menor» en el artículo 26, cuando se refiere a la acción protectora de la Seguridad Social.

- Se introduce la suspensión de actividad por ejercicio corresponsable de lactante en el artículo 4.3 g) y la correspondiente prestación en los artículos 4.3 h) y 26.1 b).
- Desaparece el último inciso del artículo 4.3 g) que establecía que el derecho a la suspensión de la actividad en estas situaciones se ejercería «en los términos previstos en la legislación de la Seguridad Social».

No obstante, bajo estos retoques aparentemente formales se esconde una reforma de mayor calado. Ante la falta de concreción por el legislador del contenido de estos derechos, en los siguientes epígrafes trataremos de reconstruir su régimen jurídico, a partir de una lectura integradora con el ET y con la normativa de Seguridad Social.

3.2. Derechos reconocidos en la LETA dentro del régimen profesional común del trabajador autónomo

3.2.1. La suspensión de la actividad por nacimiento y cuidado de menor (suspensión en «situaciones de nacimiento»)

El artículo 4.3 g) de la LETA debe ponerse en conexión con el también modificado artículo 318 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) que establece que será aplicable a los trabajadores por cuenta propia o autónomos:

[...] en materia de protección por nacimiento y cuidado de menor, lo dispuesto en el capítulo VI del título II, excepto el artículo 179.1 [...]. Los periodos durante los que el trabajador por cuenta propia tendrá derecho a percibir el subsidio por nacimiento y cuidado de menor serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los periodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena. Los trabajadores de este régimen especial podrán igualmente percibir el subsidio por nacimiento y cuidado de menor en régimen de jornada parcial, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente.

El artículo 318 de la LGSS, como hacía la LGSS de 1994, define la situación jurídica protegida y únicamente remite al desarrollo reglamentario las condiciones y términos para el disfrute a tiempo parcial. Se consideran situaciones protegidas, según el artículo 177:

[...] el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a 1 año, durante los periodos de descanso que por tales situaciones

se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

La duración y la distribución de la suspensión de la actividad profesional del trabajador autónomo será, pues, la establecida para los trabajadores por cuenta ajena en el artículo 48 del ET.

La norma de urgencia ha creado una única causa de suspensión, por nacimiento y cuidado del menor (apdo. 4), que engloba a los anteriores permisos de maternidad y paternidad biológicos. La filosofía que inspira la reforma es facilitar la corresponsabilidad entre los dos progenitores, lo que se traduce en que los derechos a suspender la actividad:

- Se conciben como derechos individuales de ambos progenitores y tendrán la misma duración máxima: 16 semanas.
- Se configuran como derechos intransferibles.
- Se establece el disfrute obligatorio de 6 semanas de descanso inmediatamente después del parto, que serán disfrutadas a tiempo completo¹⁶. La ley dice que «el nacimiento suspenderá el contrato», utilizando un término imperativo que permite afirmar que el real decreto-ley ha configurado el nacimiento como una causa de suspensión automática del contrato (Casas, 2019, p. 237; M.^a J. López, 2019, pp. 170-171). Por primera vez, el legislador ha mostrado especial interés por justificar por qué obliga a descansar durante un periodo y, además, a hacerlo a tiempo

¹⁶ Precisamente, porque la suspensión del contrato es obligatoria durante 6 semanas a partir del parto, la finalidad del permiso por nacimiento de hijo que se regulaba en el artículo 37 perdió su sentido, siendo suprimida por el real decreto-ley. Resulta controvertida la cuestión de si se mantiene la regulación convencional que mejoraba dichos permisos. Atendiendo a la STS de 17 de enero de 2008 (rec. 24/2007) que estableció que el disfrute del permiso por nacimiento debía «hacerse efectivo en el tiempo inmediatamente siguiente a aquel en que tuvo lugar el correspondiente nacimiento», salvo que expresamente el convenio previera la posibilidad de ser disfrutado en fechas posteriores al alumbramiento, será necesario analizar la redacción de cada uno de los convenios para conocer cuál era la intención de los negociadores. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de julio de 2019 (rec. 16/2019), en relación con el convenio colectivo de mediación, concluyó que no podía aceptarse «la vigencia en el convenio de la mejora de un derecho legal que ya no existe; ni resulta legítimo, en relación con idéntica materia y derecho, que los trabajadores pretendan acogerse a dos fuentes distintas (el convenio y la ley)». Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de noviembre de 2019 (rec. 221/2019), en relación con el convenio colectivo de la empresa Renault, aclara que «la novedad legislativa es compatible con los permisos que por paternidad venían disfrutándose y, por otro lado, estamos ante derechos de distinta naturaleza», ya que:

[...] uno es a disfrutar de un permiso retribuido a cargo del empresario y otro, bien distinto, que no es de nuevo cuño, que es la suspensión del contrato de trabajo, sin obligación retributiva para el empresario y, en cambio, con cobertura prestacional por el sistema público de Seguridad Social (vid. De la Puebla, 2019).

completo. En el caso de la madre biológica se explica que la finalidad es asegurar la protección de su salud, mientras que en el caso del otro progenitor es «para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil». La remisión al artículo 68 del Código Civil causa extrañeza y puede provocar confusión. Conviene recordar que fue la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, la que añadió un inciso al artículo 68 para señalar que los cónyuges «deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo». Este precepto se incluye en el capítulo V del título IV («Del matrimonio») que lleva por título «De los derechos y deberes de los cónyuges». Los destinatarios son, pues, las personas unidas por vínculo matrimonial, no las parejas de hecho. La reforma del Código Civil tuvo como objeto proclamar la igualdad en la asunción de determinadas tareas tradicionalmente consideradas responsabilidad exclusiva o preferente de las mujeres¹⁷. Se trata de una obligación que podría calificarse de natural, ya que el incumplimiento de este deber matrimonial no trae aparejada ninguna consecuencia¹⁸, teniendo una misión simbólica y de pedagogía social¹⁹. Este ejercicio corresponsable de la patria potestad, por otro lado, persiste en los casos de separación y divorcio; por esa razón, la propia ley introdujo medidas que favorecieran la corresponsabilidad parental tras la ruptura de la convivencia conyugal, entre otras la custodia compartida²⁰.

La remisión al artículo 68 del Código Civil no es muy afortunada. Lousada (2019, p. 5) hace una interesante reflexión al respecto: la norma legal parece derivar el incumplimiento del disfrute por parte del otro progenitor al ámbito de las relaciones matrimoniales, lo que, sin duda, no ha sido la intención del Gobierno. Debería buscarse una fundamentación más adecuada que permitiera justificar la suspensión

¹⁷ Así se justifica la enmienda 37 al Proyecto de Ley de reforma del Código Civil, introducida por el PNV (BOCCGG de 15 de marzo de 2005).

¹⁸ Lógicamente, nos referimos a las responsabilidades que pudieran exigirse entre sí los cónyuges en el caso de que uno de ellos no asumiera de forma compartida el deber. Cuestión distinta, claro está, son los casos de incumplimiento del deber de cuidado de los hijos, que puede traer aparejada, ya sea un matrimonio o una pareja de hecho, la pérdida de la patria potestad o incluso la comisión de un delito de abandono. Por otro lado, si un cónyuge no ha asumido de forma corresponsable las tareas de cuidado, será tenido en cuenta si solicita la custodia compartida.

¹⁹ Así lo manifestó la diputada del PNV Margarita Uría, quien señaló que: «Nadie vigilará que se cumpla, como nadie vigila que se cumpla que los cónyuges mantengan la fidelidad». Uría esgrimía que no se trataba de controlar si cada miembro de la pareja realizaba la mitad de las tareas domésticas, sino de poner negro sobre blanco que la responsabilidad de las tareas domésticas recae en ambos cónyuges (*Diario de León* de 22 de abril de 2005. Recuperado de <<https://www.diariodeleon.es/articulo/afondo/repartir-cargas-hogar-ley/2005042200000072636.html>>).

²⁰ Como ha estudiado Alba (2020), la posibilidad de conciliar vida familiar y laboral es uno de los criterios que tienen en cuenta los tribunales a la hora de reconocer la custodia compartida.

obligatoria del contrato para matrimonios y para parejas de hecho. Podría encontrarse en el deber de cuidado de los hijos que se inserta en la relación de filiación, deriva directamente de la patria potestad y se vincula al artículo 39 de la CE y a «los deberes paternales de asistencia “de todo orden” que allí se prescriben en favor de los hijos» (Pastor, 2019, p. 199). Sin embargo, tanto este deber de cuidado de los hijos como la obligación de compartir entre cónyuges el cuidado de los mismos se pueden realizar de formas muy distintas, siendo muy discutible que ambas obligaciones civiles puedan justificar la limitación de la libertad de los progenitores para tomar decisiones sobre su vida doméstica. En realidad, la fundamentación del artículo 48 del ET hay que buscarla en el artículo 14 de la CE, ya que es una medida dirigida a garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. Pero difícilmente se cumplirá esta obligación si no se tiene voluntad de ello, dado que no se ha establecido ninguna sanción (Ballester, 2019, p. 29; C. Fernández, 2019, p. 31; Lousada, 2019, p. 4). La Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación sí preveía una modificación de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social (LISOS), para que un nuevo artículo 8 ter.2 tipificara como infracción grave:

No proceder a la suspensión obligatoria del contrato de trabajo durante las 6 semanas inmediatamente posteriores al nacimiento, a la resolución judicial por la que se constituya la adopción o a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, cuando el nacimiento, la resolución judicial o la decisión administrativa hayan sido debidamente comunicados al empresario por el trabajador o la trabajadora.

En el caso de los trabajadores autónomos, ¿el descanso durante las 6 semanas posteriores al parto es también obligatorio? Hay que recordar que el artículo 318 de la LGSS equipara la «distribución» de su descanso a la de los trabajadores por cuenta ajena, así, pues, la respuesta es afirmativa. Sin embargo, la inexistencia de sanciones, incluso en el caso de que se llegara a reformar la LISOS, norma que no se les aplica, dificulta extraordinariamente su imposición. La única consecuencia que se nos ocurre es que, si se solicitara por primera vez la prestación por nacimiento con posterioridad a las 6 semanas posteriores al parto, aquella fuera denegada por la entidad gestora.

El descanso obligatorio de 6 semanas posteriores al parto se mantiene para la madre biológica en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, pero no se indica nada del otro progenitor.

Hay que tener en cuenta que la nueva regulación no entró inmediatamente en vigor, sino que la disposición transitoria decimotercera ha establecido un proceso gradual de aplicación, de modo que la equiparación absoluta entre ambos

progenitores no se producirá hasta el año 2021. Para 2020, la duración máxima de la suspensión del contrato del progenitor distinto de la madre biológica es de 12 semanas, siendo 4 de disfrute obligatorio tras el parto. Se mantiene además el carácter transferible de 2 semanas del periodo voluntario por parte de la madre.

- Otra novedad es que para ambos progenitores se permite que el disfrute de la suspensión no tenga que ser necesariamente ininterrumpido, salvo las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto. Transcurrido este periodo, podrá distribuirse a voluntad de los progenitores, en periodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo cumpla 12 meses²¹. El disfrute de cada periodo semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos periodos deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de 15 días. Desde el punto de vista de la prestación de la Seguridad Social, la nueva forma de distribución del descanso puede plantear algunas dudas: si el disfrute del descanso se interrumpe, ¿se recalcula la base reguladora de la prestación? Es decir, ¿se tiene en cuenta la base de cotización del mes anterior al parto o la base de cotización correspondiente al mes anterior al inicio del descanso? Téngase en cuenta que, al haberse ampliado hasta los 12 meses el periodo dentro del cual puede disfrutarse el descanso, podría darse la circunstancia de que hubiera variado la base de cotización durante el periodo intermedio. Contamos con un antecedente: el artículo 7.7 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, para los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, de modo que, cuando se reanude el subsidio, se percibirá en la misma cuantía que se venía abonando antes de la interrupción, salvo que fuera necesario modificar la base reguladora por concurrir alguno de los supuestos legalmente previstos en el apartado 8 del artículo 7. A la misma solución se llega, en el caso de los trabajadores autónomos, aplicando por analogía lo previsto para la incapacidad temporal en caso de recaída, donde una vez calculada la base reguladora «se mantendrá

²¹ En caso de disfrute interrumpido, según la disposición transitoria trigésima segunda de la LGSS:

[...] el abono de la prestación de estos periodos [los no obligatorios] no se producirá hasta el agotamiento total del disfrute de los mismos, en tanto no se realicen, por parte de la entidad gestora, los desarrollos informáticos necesarios en los aplicativos de gestión, trámite y pago de la citada prestación.

Según informó el Ministerio de Trabajo, el sistema informático iba a estar preparado para que se pagara la prestación en el mes correspondiente a la interrupción a partir del mes de julio de 2019 (declaraciones a *El Periódico*, «Trabajo subsana el retraso en el cobro de los permisos de paternidad», noticia del 28 de julio de 2019. Recuperado de <<https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20190728/permisos-paternidad-retraso-cobro-prestacion-fallos-7568928>>).

durante todo el proceso de incapacidad temporal, incluidas las correspondientes recaídas, salvo que el interesado hubiese optado por una base de cotización de cuantía inferior, en cuyo caso se tendrá en cuenta esta última»²².

El descanso voluntario podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, siempre que medie acuerdo con el empresario. Tratándose de los trabajadores autónomos, ese acuerdo no es necesario, ni siquiera para los TRADE.

- La duración de la suspensión del contrato por adopción y guarda con fines de adopción y acogimiento familiar es prácticamente idéntica. Su regulación se unifica en el apartado 5 del artículo 48 y se construye en paralelo con el permiso por nacimiento. Tiene carácter individual e intransferible y su duración será también de 16 semanas para cada adoptante, acogedor y guardador. Por primera vez, se incluye también un descanso obligatorio de 6 semanas que deberán disfrutarse a jornada completa y de forma ininterrumpida después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. La diferencia reside en el *dies a quo*, ya que en este caso no hay un parto, sino una resolución judicial o una decisión administrativa. Se prevé también un régimen transitorio hasta el año 2021 que reviste mayor complejidad.

3.2.2. ¿La «enigmática» suspensión de la actividad por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante existe?

Dentro de las situaciones de «suspensión» de la actividad, el Real Decreto-Ley 6/2019 ha introducido en el apartado g) la situación del «ejercicio corresponsable del cuidado del lactante». Para referirse a una situación que supone la interrupción de la actividad profesional, el precepto utiliza la expresión empleada en la LGSS para denominar a la nueva prestación social incluida en la acción protectora del sistema (art. 42.1 c) y no la de permiso para el «cuidado del lactante»²³, utilizada por el ET en sustitución del anterior «permiso de lactancia» (denominación, por cierto, que se mantiene en el Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP– en el artículo 48 f)²⁴. Nos encontramos ante una de las medidas estrella de

²² Artículo 6.2 del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA), y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia. Esta norma, según aclaró la STS de 27 de febrero de 2012 (rec. 1563/2011), tiene como finalidad evitar la compra de un subsidio superior.

²³ Un estudio del permiso por cuidado de lactante en el ET en García (2019).

²⁴ Como ha apuntado Ballester (2019, p. 32), parece que la norma ha sido escrita por distintas manos, porque llama de distintas formas a una misma situación.

la reforma de 2019. Si bien las novedades son importantes en el ámbito de la prestación de servicios en régimen de subordinación (trabajadores por cuenta ajena y empleados públicos), lo son aún más en el ámbito del trabajo autónomo, ya que se ha introducido un derecho que no existía hasta la fecha, aunque nos tememos que, al menos durante un tiempo, se va a quedar en un «brindis al sol» por la falta de eficacia jurídica directa de la ley²⁵.

Es preciso recordar que tradicionalmente las únicas titulares del permiso de lactancia eran las trabajadoras por cuenta ajena y las empleadas públicas. Cuando la madre biológica era autónoma, se veía obligada a limitar su actividad, posiblemente con la consiguiente pérdida económica, y sin contar con la ayuda del otro progenitor, quien carecía de este derecho. La STJUE de 30 de septiembre de 2010 (C-104/09, asunto Roca Álvarez), sobre la base de que la normativa nacional y la interpretación jurisprudencial española habían terminado por desvincular este permiso del hecho biológico de la lactancia natural, considerándose actualmente como un mero tiempo de cuidado en favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute del permiso de maternidad, concluyó que no existía justificación para no configurar al progenitor masculino como titular del mismo. La reforma introducida por la disposición final primera del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, configuró este derecho como un derecho individual de ambos progenitores, si bien, en caso de que ambos trabajaran, solo podía ser disfrutado por uno de ellos.

Con la finalidad de favorecer la corresponsabilidad, el Real Decreto-Ley 6/2019 ha introducido en el ET importantes cambios en este permiso. Lo ha configurado definitivamente como un derecho individual e intransferible y, mediante la adición de un párrafo cuarto en el artículo 37.4, ha creado lo que podría denominarse un «bonus de corresponsabilidad»²⁶, de modo que:

[...] cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla 12 meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los 9 meses.

A diferencia del artículo 48, en esta ocasión la norma no impone la corresponsabilidad, sino que se limita a fomentarla.

²⁵ En septiembre de 2019, el Servicio de asesoramiento al trabajo autónomo de CC. OO. de Andalucía informaba de que el permiso de lactancia para las «mujeres» autónomas aún no estaba reconocido legalmente. Recuperado de <http://autoempleoandalucia.ccoo.es/noticia:401769--Conciliacion_familiar_y_personal_de_la_persona_autonoma_periodo_de_lactancia>.

²⁶ En la Proposición de Ley de conciliación, igualdad y apoyo a las familias, presentada por el grupo parlamentario Ciudadanos (BOCCGG de 22 de junio de 2018), se preveía un «bonus de corresponsabilidad» consistente en reconocer semanas adicionales de permiso por maternidad y paternidad en caso de que los titulares utilicen sus permisos de forma equitativa.

La norma distingue ahora dos tramos:

- Primer tramo: desde la finalización del permiso por nacimiento o cuidado (o de cada periodo fraccionado) hasta el cumplimiento de los 9 meses. Tiene naturaleza retribuida. Puede disfrutarse de forma aislada por uno solo de los progenitores.
- Segundo tramo: desde que el lactante cumple los 9 meses hasta los 12 meses de edad, correspondiente con el «bonus de corresponsabilidad». Exige el disfrute por ambos progenitores, lo que supone la exclusión de las familias monoparentales²⁷.

Para cubrir la pérdida de ingresos se ha creado una nueva prestación de Seguridad Social de «corresponsabilidad en el cuidado del lactante», desarrollada para el régimen general en los artículos 183 a 185 de la LGSS. No obstante, solo podrá ser disfrutada por uno de los trabajadores.

No resulta claro si para acceder a la prolongación del permiso el otro progenitor tiene que ser también trabajador por cuenta ajena. El hecho de que el precepto exija que ambos progenitores ejerzan «este derecho» parece sugerir que se refiere al derecho regulado en el artículo 37.4 del ET, por lo que ambos tendrían que ser trabajadores por cuenta ajena (Lousada, 2019, p. 16). La misma interpretación parece desprenderse del artículo 183 de la LGSS²⁸, que considera como situación protegida por la prestación en el régimen general:

[...] la reducción de la jornada de trabajo en media hora que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 37.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lleven a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumpla 9 meses hasta los 12 meses de edad.

La consecuencia de esta interpretación es que en las parejas mixtas no cabría la prolongación del periodo de disfrute hasta los 12 meses. Sin embargo, esta solución choca con la finalidad de la norma que es premiar y favorecer la corresponsabilidad. Quizá esa sea la razón por la que se ha incluido en el artículo 4.3 g) de la LETA la suspensión de la actividad por ejercicio corresponsable del lactante.

Tampoco resulta claro si el bonus premia el hecho de que el permiso se haya disfrutado por ambos progenitores hasta el cumplimiento de los 9 meses, de forma simultánea y con

²⁷ Sin embargo, en el modelo de solicitud que aparece en la página web de la Seguridad Social, cabe la posibilidad de indicar que el progenitor solicitante es integrante de una familia monoparental. Recuperado de <<http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/8384ea39-10a9-48d3-9c2d-22a426fc3811/097350.pdf?MOD=AJPERES&CID>>.

²⁸ El artículo 184 de la LGSS excluye a los funcionarios públicos, remitiéndose al artículo 48 f) del EBEP.

la misma duración, y que se siga haciendo hasta los 12 meses de edad o si premia solo un hecho futuro, a saber, el disfrute simultáneo a partir del cumplimiento de los 9 meses, con independencia de que, a lo mejor, solo uno hubiera hecho uso del primer tramo. El precepto parece partir de que ambos progenitores ya han ejercido «este derecho» con la misma duración y régimen y, precisamente por eso, el periodo de disfrute puede extenderse (Lousada, 2019, p. 18; Ballester, 2019, p. 32). En cualquier caso, se hace depender la extensión del permiso de la decisión del otro progenitor²⁹.

Tampoco están claros los términos en que ambos progenitores deben hacer uso del permiso para poder acceder a su ampliación. Los artículos 37.4, cuarto párrafo, del ET y 183 de la LGSS exigen coincidencia en la duración y el régimen de ejercicio del permiso, pero ¿qué se considera «duración» y «régimen» de ejercicio del permiso? Si nos atenemos al tenor literal de la norma, el término «régimen», que, por cierto, no aparece en ningún otro momento en el artículo 37.4, podría referirse a la forma concreta de disfrute, de tal forma que los progenitores podrían optar por cualquier alternativa, pero tendría que ser la misma para ambos³⁰. Blasco (2019, p. 63) ofrece otra interpretación. Respecto de la «duración» opina que, partiendo de la base de que el convenio colectivo puede mejorar la media hora que legalmente se concede por reducción, «el periodo extra de disfrute solo podrá acontecer, desde este punto de vista, cuando ambos progenitores hayan acordado reducir su jornada el mismo tiempo, ya sea este media hora o el tiempo de más que se hubiera establecido convencionalmente». En cuanto a que sea exactamente ese «mismo régimen», como la autora parte de la base de que la ley exige para reconocer el periodo extra que el permiso se disfrute en forma de reducción de media hora, en consecuencia, concluye que:

²⁹ En el EBEP, sin embargo, se ha ampliado la duración del permiso hasta los 12 meses para ambos progenitores, teniendo carácter retribuido (art. 48 f) EBEP).

³⁰ Barrios (2019), sin embargo, añade que:

[...] parecería entenderse que el disfrute ampliado del derecho referiría, única y exclusivamente, a la reducción de jornada en media hora destinada al cuidado del lactante, mas no a las otras dos modalidades de ejercicio. Con todo, también cabría interpretar que en el ámbito exclusivamente laboral cualquier modalidad de disfrute sería perfectamente admisible, bien que solo una de ellas (la reducción de jornada en media hora de uno solo de los dos progenitores) implicaría la posibilidad de causar derecho a la específica prestación de corresponsabilidad en el cuidado del lactante en los términos previstos en los artículos 183 y siguientes de la LGSS. A buen seguro, problemas prácticos de acreditación del ejercicio corresponsable del derecho (con la «misma duración y régimen») avalen, de momento, la interpretación restrictiva en favor de su disfrute ampliado en la exclusiva modalidad de reducción de la jornada en media hora. Con todo, aun sin contar con una prestación de Seguridad Social específica, no debieran rechazarse *a priori* las otras opciones posibles de disfrute del derecho. Al menos, se insiste, en el ámbito exclusivamente laboral. Por lo demás, ni que decir tiene que la interpretación (laboralmente) extensiva que aquí se defiende perfectamente podría ser asumida por la negociación colectiva y/o individual en los términos que en cada caso se consideren oportunos.

[...] podría entenderse que se alude a la distribución de tiempo de trabajo y tiempo de reducción de jornada, de tal forma que solo cuando ambos progenitores hubiesen optado por reducir su jornada con base en el mismo parámetro temporal (diario, semanal, mensual) podrá disfrutarse de 3 meses más de reducción hasta llegar a los 12 meses.

En nuestra opinión, debería hacerse una interpretación finalista, de modo que sería razonable concluir que lo que pide la norma es que ambos progenitores hagan uso del permiso de cuidado del lactante desde su reincorporación al trabajo hasta el cumplimiento de los 9 meses³¹, siendo indiferente la forma concreta elegida para su disfrute. No puede obviarse que, en función del convenio colectivo por el que se rijan ambos progenitores o del acuerdo al que hayan llegado con el empresario, las modalidades de disfrute del permiso y su duración pueden ser diferentes. Es decir, no creemos que la intención de la norma sea que ambos progenitores coincidan en la misma franja horaria en el cuidado del menor, sino que ambos, dentro de las posibilidades que a cada uno reconocen la ley y su convenio, se impliquen en el cuidado del lactante, eligiendo la opción que mejor se adecue a las necesidades de la pareja³². Esta es, por otro lado, la interpretación más respetuosa con la vida privada de la pareja.

En conexión con la cuestión antes planteada, resulta igualmente dudoso si hay una forma preceptiva de disfrute del permiso que genera el derecho a la prestación, ya que el artículo 183 de la LGSS claramente habla de reducción de jornada en media hora. Lo cierto es que el artículo 37.4 del ET es el culpable de esta confusión, ya que tan pronto parece utilizar el término reducción como una de las tres modalidades de ejercicio del derecho, como lo utiliza de forma global para referirse al derecho en general (Ballester, 2019, pp. 31-32). El artículo 183 de la LGSS, sin embargo, no se refiere de forma genérica a la reducción de jornada, sino que, como acabamos de indicar, especifica que la reducción es en media hora. Nuevamente, la solución más acorde con el respeto a la vida privada de los progenitores sería que el permiso se pudiera disfrutar en cualquiera de las alternativas que permite el artículo 37.4 del ET, aunque la Seguridad Social solo abonaría la prestación en la cuantía correspondiente a una reducción de jornada en media hora (Blasco, 2019, p. 64). Hay que tener en cuenta que la reducción de jornada en media hora es el mínimo establecido por ley, pero los convenios pueden ampliarlo. El artículo 183 de la LGSS, como no podía ser de otra manera,

³¹ Hay que tener en cuenta que hasta el año 2021 no existirá equiparación absoluta entre la suspensión de contrato por nacimiento o cuidado del menor entre ambos progenitores. Durante el periodo transitorio, el permiso por cuidado corresponsable del menor lactante será necesariamente mayor en el progenitor cuya suspensión del contrato sea menor, lo que, lógicamente, no debería ser un obstáculo para que se produjera la ampliación del permiso de cuidado del lactante.

³² En este sentido, era más afortunada la expresión utilizada por la Proposición de Ley de conciliación, igualdad y apoyo a las familias, presentada por el grupo parlamentario Ciudadanos, que para reconocer el «bonus de corresponsabilidad» exigía que los progenitores utilizaran sus permisos «de forma equitativa». El disfrute de «forma equitativa» no significa que necesariamente se deba hacer de forma «idéntica». El concepto equitativo se relaciona con lo que es justo y proporcional.

estaría estableciendo una prestación uniforme partiendo del mínimo legal, pero sin condicionar la forma real de disfrute. No es esta la interpretación, sin embargo, que sostiene la doctrina más cualificada, para quien, únicamente, la reducción de jornada habilita para la prestación social, de modo que en los demás casos «habrá derecho a la ampliación del permiso hasta los 12 meses, pues el artículo 37.4.IV del ET no vincula tal derecho a una determinada modalidad de disfrute, pero esa ampliación es sin derecho a retribución ni a prestación social» (Lousada, 2019, p. 17). ¿Condiciona la regulación de la legislación de Seguridad Social la forma de disfrutar el primer tramo?³³. En nuestra opinión, la legislación de Seguridad Social puede definir la situación jurídica protegida correspondiente al segundo tramo de una manera muy restringida, si lo estima conveniente por razones presupuestarias o para facilitar la gestión, sin embargo, respecto del primer tramo se aplicaría la legislación laboral, de modo que hasta los 9 meses sería factible que los titulares del derecho hubieran optado por cualquiera de las posibilidades que les ofrece el artículo 37.4 del ET (Lousada, 2019, p. 17).

La información que proporciona la página web de la Seguridad Social respecto de la forma de disfrute de la prestación es confusa e incurre en contradicciones³⁴:

- «El inicio de la reducción de la jornada de trabajo puede comenzar entre el mes noveno del nacimiento del lactante y hasta el duodécimo, pero, una vez se haya producido el hecho causante, el tiempo que dure la reducción de la jornada de trabajo deberá ser el mismo para ambos progenitores, coincidiendo todos los días». El hecho causante, pues, se sitúa a partir del mes noveno, siendo a partir de entonces cuando los dos progenitores deben coincidir «todos los días».
- «En cuanto a la reducción de la jornada de trabajo, esta ha de ser diaria sin poder acumularse semanalmente, por lo que una persona que trabaja 40 horas semanales (en 5 días), su reducción a la semana deberá ser como mínimo de 2 horas y media (media hora por día)». Sin embargo, al definir la situación protegida dice: «la reducción de jornada –en media hora o acumulada–», lo que podría hacer pensar razonablemente que cabría la acumulación de jornada.
- «Por otro lado, hay que indicar que la prestación que va a pagar esta entidad gestora va a ser aquella que corresponda a la reducción de la jornada de trabajo en media hora. Es decir, la persona trabajadora puede reducir su jornada laboral en el tiempo que desee (media hora, una hora, dos horas...), pero el INSS solamente abonará la reducción de media hora, pues es la situación protegida para esta prestación tal y como se desprende de lo previsto en el artículo 183 del TRLGSS».

³³ La respuesta es afirmativa para Blasco (2019, p. 63).

³⁴ Recuperado de <<http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/61f8b540-c867-43cf-926d-77476b975f36>>.

Es importante reseñar que, si bien el disfrute del permiso laboral es un derecho individual de los trabajadores, el derecho a la prestación, como ocurre con la prestación por cuidado de hijos enfermos de cáncer u otras enfermedades graves, corresponde solo a uno de ellos:

[...] cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos (art. 184.2).

Nos preguntamos si la ley exige solamente que los dos progenitores hayan disfrutado el permiso hasta el noveno mes o si exige también que continúen disfrutándolo durante los 12 meses. Dado que solamente uno de los progenitores va a cobrar la prestación, teniendo para el otro progenitor carácter de no retribuido, sería razonable pensar que no puede exigirse a este último que continúe disfrutando el permiso con reducción de su salario. Por esta interpretación se inclina Ballester (2019, p. 34), quien advierte de que «es muy probable que la adición de 3 meses sea disfrutada por la madre, ya que solo da lugar a una prestación, con lo que la finalidad del reparto se difumina». Sin embargo, el artículo 183 de la LGSS parece exigir que ambos continúen con el permiso, ya que se refiere a la reducción de jornada que los dos progenitores, guardadores o cuidadores lleven a cabo con la misma duración y régimen «desde que cumpla 9 meses hasta los 12 meses de edad»³⁵.

Acabamos de comprobar que la ley ofrece importantes dudas interpretativas respecto del permiso laboral de cuidado del lactante, existiendo hasta la fecha opiniones doctrinales muy diferentes. Como se va a explicar a continuación, en el caso de los trabajadores autónomos el problema es mayor, ya que, hasta que no se lleven a cabo los desarrollos reglamentarios previstos en la disposición final primera del Real Decreto-Ley 6/2019³⁶ y en el artículo 318 b) de la LGSS, las leyes implicadas no son directamente aplicables. Pero no por ello pierde sentido este estudio, ya que cabe reflexionar sobre el contenido de esos futuros reglamentos y sobre la necesidad de esta nueva causa de suspensión de la actividad profesional.

A diferencia de los trabajadores por cuenta ajena, donde esta situación tiene naturaleza de permiso retribuido, en el caso de los trabajadores por cuenta propia, la naturaleza es de simple suspensión de la actividad, ya que no van a recibir ningún tipo de remuneración por el cliente que los contrata, salvo que se haya pactado en el contrato o previsto en un acuerdo

³⁵ De esta opinión es también Blasco (2019, p. 64), quien llama la atención sobre el efecto disuasorio de la norma «para los progenitores que pretendieran hacer uso de esta reducción de jornada corresponsable al saber que, por su disfrute, uno de ellos no tendría acceso a ningún beneficio derivado de la Seguridad Social y vería, además, reducido su salario».

³⁶ Disposición final primera: «El Gobierno, en el plazo de 6 meses, deberá dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y el desarrollo del presente real decreto-ley en las materias que sean de su competencia».

de interés profesional. Pero ¿realmente es así? Hay que tener en cuenta que el trabajador autónomo puede ser contratado «para la ejecución de una obra o serie de ellas, o para la prestación de uno o más servicios» (art. 7.2 LETA) y puede ser compensado por unidad de tiempo o por resultado³⁷. Precisamente, una característica del trabajo autónomo es la capacidad de autoorganizarse y el trabajar sin sometimiento a una jornada o a un horario determinado, porque lo importante es el resultado final, no el tiempo empleado. Aun cuando redujera media hora su actividad para el cuidado del lactante, si es capaz de concluir la obra o el servicio en menor tiempo, percibirá íntegramente la remuneración correspondiente, ya que para el cliente resulta indiferente el menor tiempo dedicado. Por esa razón, en el trabajo autónomo más correcto que hablar de «reducir jornada» es hablar de «cesar parcialmente» en la actividad, ya que se hace hincapié en que lo que se reduce es la actividad (esta es la expresión utilizada para el RETA en la regulación de la prestación de cuidado de hijos enfermos de cáncer u otras enfermedades graves)³⁸. Aunque la situación descrita es la más generalizada, no podemos olvidar que dentro de los trabajadores autónomos podemos encontrar otras situaciones, donde el tiempo sí es un factor importante. Por ejemplo, cuando se ejerce una actividad con establecimiento mercantil abierto al público, la reducción de los horarios de apertura al público sí podría implicar una pérdida de ingresos. Tampoco hay que olvidar que, según datos del Instituto Nacional de Estadística, correspondientes al año 2017, existía en torno a un 15 % de trabajadores autónomos independientes cuyo horario era fijado por los clientes (Martín y García, 2019, p. 15)³⁹.

Debe advertirse que este es el único momento en que la LETA se refiere a este nuevo derecho a suspender la actividad para el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante. Se echa en falta una definición y la concreción de sus términos y forma de ejercicio, si se puede ejercer como el trabajador autónomo estime conveniente, o en alguna de las opciones que ofrece el artículo 37.4 del ET, precepto este último al que, de forma significativa, no se remite. Queremos volver la atención sobre el hecho de que la LETA haya acudido para denominar la suspensión de la actividad profesional a la expresión utilizada por la legislación de Seguridad Social, lo que podría sugerir que el derecho reconocido en la letra g) se limitaría a la situación jurídica protegida por la prestación social en la letra h). Ello supondría que, mientras que para los trabajadores por cuenta ajena y para los empleados públicos existe

³⁷ Según el artículo 10: «1. Los trabajadores autónomos tienen derecho a la percepción de la contraprestación económica por la ejecución del contrato en el tiempo y la forma convenidos y de conformidad con lo previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales».

³⁸ Artículo 2.5 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

³⁹ El número de trabajadores independientes que decidían su horario era de 1.537.100 trabajadores, siendo 222.400 los trabajadores independientes que indicaban que el horario de trabajo lo decidía el cliente o los clientes.

un permiso de lactancia que puede ser ejercido en solitario por cada miembro de la pareja, en el caso de los trabajadores autónomos el derecho a suspender la actividad profesional estaría condicionado a que ambos lo hicieran (dejando fuera, por tanto, a las familias con un único progenitor). ¿Ha sido esta la intención del legislador?

Conforme a una primera interpretación, el artículo g) estaría estrechamente vinculado con la letra h) que regula la prestación de Seguridad Social, de modo que se limitaría a regular el presupuesto de hecho sobre el que se construirá la protección social. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, aunque la prestación de Seguridad Social se limite al segundo tramo, se parte del presupuesto de que es necesario que se haya disfrutado por ambos progenitores el primer tramo de permiso o, en nuestro caso, de suspensión de la actividad. Ello supone que por vía indirecta el artículo g) reconocería también el derecho a suspender la actividad profesional hasta el cumplimiento de los 9 meses.

Conforme a una segunda interpretación, el supuesto de la letra g) sería más amplio que la situación jurídica protegida por la prestación de la letra h), y, por lo tanto, el derecho podría ser disfrutado durante un primer tramo por el trabajador autónomo de forma aislada y como mejor se ajustara a sus necesidades. Supondría también el reconocimiento de un derecho autónomo al cuidado corresponsable del lactante, independiente de la prestación de la Seguridad Social. Resulta significativo al respecto que en la reforma de 2019 haya desaparecido el último inciso del artículo 4 g), que prescribía que las suspensiones de la actividad en las situaciones descritas se hicieran «en los términos previstos en la legislación de la Seguridad Social». También es muy elocuente de la intención del Gobierno, la exposición de motivos de la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, presentada por el PSOE. En un marco legal donde la regulación del artículo 4 g) y h) se mantenía idéntica a la del real decreto-ley, el partido proponente explicaba que las modificaciones introducidas para incentivar la corresponsabilidad daban lugar:

[...] a una profunda reforma de ciertos permisos, reducciones y suspensiones previstos en el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre; la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo; y el Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público.

Es decir, parecía entender que la LETA sí regulaba permisos, reducciones y suspensiones como el ET y el EBEP.

Centrándonos ahora en la prestación de la Seguridad Social, el artículo 318 a) de la LGSS establece que será de aplicación lo dispuesto en el capítulo VII «en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente». A diferencia de la prestación por nacimiento y cuidado del menor, la situación jurídica no se define por la ley, sino que se remite a un desarrollo reglamentario que todavía no se ha realizado, lo que significa que todavía

no puede solicitarse esta prestación por parte de los trabajadores por cuenta propia. Así parece entenderlo el propio INSS, que, en su página web, tras señalar que esta prestación está incluida dentro de la acción protectora de todos los regímenes del sistema, únicamente proporciona información sobre el régimen general.

Adelantándonos al futuro desarrollo reglamentario, podríamos imaginar dos escenarios posibles:

1.^{er} escenario: que la situación jurídica del cuidado corresponsable de los trabajadores autónomos se remita al artículo 37.4 del ET, lo que garantizaría que también las parejas «mixtas» pudieran hacer uso del «bonus de corresponsabilidad». No sería algo extraordinario, ya que es lo que tradicionalmente se ha venido haciendo con las prestaciones de maternidad y paternidad⁴⁰ y con la prestación para cuidado de hijos enfermos de cáncer u otras enfermedades graves⁴¹. Por otro lado, la intención del legislador expresada en el preámbulo de la norma de urgencia podría ir en esta línea, cuando indica que:

[...] se crea una nueva prestación para ejercicio corresponsable del cuidado del lactante conforme a las novedades introducidas tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en el Estatuto Básico del Empleado Público. Por su parte, el artículo 7 contiene las adaptaciones necesarias para incluir estas prestaciones en la acción protectora del régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos de la Seguridad Social.

Obsérvese que la inclusión de la prestación en el RETA parece vincularse a las novedades introducidas en el ET.

2.^o escenario: que la situación jurídica se defina de forma distinta.

En el caso de que el legislador opte por la primera alternativa, sería conveniente que se aclarase la propia normativa reguladora del régimen general cuya lectura, como acabamos de comprobar, suscita muchas dudas.

⁴⁰ Artículo 318 a) de la LGSS y artículo 2.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

⁴¹ En la prestación para cuidado de hijos enfermos de cáncer u otras enfermedades graves, la situación jurídica protegida es el cese parcial en el trabajo, lo que se identifica con una reducción de su jornada de al menos un 50 %. La diferencia con los trabajadores por cuenta ajena es que se toma como referencia para la reducción una jornada de 40 horas semanales (art. 4.1 RD 1148/2011).

Naturalmente, para acceder a la prestación será preciso acreditar la reducción de jornada, tal como establece el segundo párrafo del artículo 183 para el régimen general: «La acreditación del ejercicio corresponsable del cuidado del lactante se realizará mediante certificación de la reducción de la jornada por las empresas en que trabajen sus progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores». Señala la ley que reglamentariamente se determinarán los requisitos que deberá cumplir esta documentación. Es razonable pensar que lo que se debe acreditar es que el trabajador ha disfrutado del primer tramo y que va a prolongar el permiso en el segundo tramo. En el caso del trabajador autónomo no existe un tercero que pueda certificar la reducción, salvo en el caso del TRADE, siempre y cuando la reducción de jornada se realice en la prestación de servicios para el cliente principal. Como ocurre con la prestación por nacimiento y cuidado del menor que se percibe a tiempo parcial⁴² y con la prestación de reducción de jornada por cuidado de hijos enfermos de cáncer u otra enfermedad grave⁴³, deberá ser el propio trabajador autónomo quien lo acredite presentando en la entidad gestora un documento acreditativo, una declaración, en el que se recojan los términos precisos en que se realizará el régimen de parcialidad de la actividad y la percepción del subsidio. Será este uno de los puntos que debería recoger el futuro reglamento.

Respecto de los beneficiarios, para el acceso a la prestación «se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación por nacimiento y cuidado de menor regulada en la sección 1.ª del capítulo VI».

La prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante consistirá en un subsidio equivalente al 100 % 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 trabajo. Será preciso, pues, calcular el porcentaje que media hora de duración diaria del permiso representa sobre el total de la jornada de trabajo y aplicar ese porcentaje sobre la base reguladora. En el caso del trabajador autónomo, el futuro desarrollo reglamentario deberá precisar cuál es el total de jornada que se toma como referencia. ¿Se calcula el porcentaje que supone la reducción en media hora sobre la jornada real que, como hemos visto, es habitual que llegue a las 50 horas semanales, pero que también puede ser inferior? Lo más razonable es tomar como referencia una jornada de 40 horas semanales⁴⁴, como ha hecho el legislador con la reducción de jornada por cuidado

⁴² Artículo 14.2.6.º del Real Decreto 295/2009.

⁴³ Artículo 9.2 del Real Decreto 1148/2011.

⁴⁴ El problema podría plantearse con los TRADE, ya que respecto de ellos sí puede haberse reflejado una jornada máxima en el contrato. En el artículo 14 de la LETA se establece:

2. Mediante contrato individual o acuerdo de interés profesional se determinará el régimen de descanso semanal y el correspondiente a los festivos, la cuantía máxima de la jornada de actividad y, en el caso de que la misma se compute por mes o año, su distribución semanal. [...]

4. El horario de actividad procurará adaptarse a los efectos de poder conciliar la vida personal, familiar y profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente.

de hijos enfermos de cáncer u otra enfermedad grave de los trabajadores autónomos en el artículo 9.2 a) del Real Decreto 1148/2011. Esto supondría un porcentaje del 6,25 %, que, aplicado, por ejemplo, a una base reguladora de 944,4 euros (correspondiente a la base mínima vigente en 2019), daría una prestación diaria de 1,96 euros y, en consecuencia, una prestación mensual de 58,8 euros.

No creemos que, dado el escaso porcentaje de reducción de jornada que supone, se exija al trabajador autónomo que realice la declaración de la situación de la actividad referida a la jornada profesional que reduce⁴⁵.

Retornemos ahora al inicio de esta reflexión. ¿Podemos hablar en la letra g) realmente de un «derecho»? Se trata de una mera suspensión de la actividad, por lo que el cliente, en el caso de que se retribuya en función de las horas realizadas, no está obligado a pagar la contraprestación por las no trabajadas. En el caso de que sea retribuido por resultado, será indiferente el tiempo invertido en ello. Pero, entonces, ¿qué sentido tiene reconocer el derecho a la suspensión? Creemos que, fuera del caso del periodo correspondiente al «bonus de corresponsabilidad», donde puede percibir prestación de la Seguridad Social, el único efecto de la suspensión sería la limitación impuesta al cliente para no adoptar medidas extintivas o penalizadoras por el menor número de horas trabajadas. Además, de acuerdo con la interpretación que hemos defendido, permitiría acreditar el ejercicio corresponsable por ambos progenitores y, en consecuencia, que el miembro de la pareja que fuera trabajador por cuenta ajena pudiera extender su permiso hasta los 12 meses.

3.3. Derechos reconocidos en la LETA dentro del régimen profesional del TRADE

La preocupación por hacer efectiva la conciliación de la vida personal, familiar y profesional de los TRADE se pone de manifiesto en el artículo 11.2, de forma que se permite en el apartado a) la contratación de un trabajador por cuenta ajena (la ley insiste en que «se permitirá la contratación de un único trabajador») en los siguientes supuestos y situaciones:

Lo cierto es que el Real Decreto 1148/2011 no tuvo en cuenta la realidad del TRADE para establecer como referente su jornada real.

⁴⁵ Por ejemplo, el artículo 9.2 a) del Real Decreto 1148/2011 añade que también deberán presentar declaración de la situación de la actividad referida a la parte de jornada profesional que reduce el trabajador autónomo. Es preciso indicar cómo gestionaba el negocio antes de la reducción de jornada indicando los medios humanos (número de empleados, socios...), el horario del negocio y los días de la semana; cómo queda la gestión del negocio durante la reducción (cierre del establecimiento, inactividad parcial, persona a cargo del negocio) y con qué medios humanos, así como el nuevo horario y días de trabajo. En caso de inactividad parcial se indicará el nuevo horario del negocio.

1. Supuestos de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de 9 meses.
2. Periodos de descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar.
3. Por cuidado de menores de 7 años que tengan a su cargo.
4. Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada.
5. Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con una discapacidad igual o superior al 33 %, debidamente acreditada.

El contrato se realizará por el trabajador autónomo, no por el empresario que contrata sus servicios. En lo no previsto expresamente, la contratación del trabajador por cuenta ajena se regirá por lo previsto por el artículo 15.1 c) del ET y sus normas de desarrollo⁴⁶. Con el fin de evitar la concatenación de contratos, finalizada la causa que dio lugar a dicha contratación, el trabajador autónomo podrá celebrar un nuevo contrato con un trabajador por cuenta ajena por cualquiera de las causas previstas anteriormente, siempre que, en todo caso, entre el final de un contrato y la nueva contratación transcurra un periodo mínimo de 12 meses⁴⁷, salvo que el nuevo contrato tuviera como causa alguna de las previstas en los números 1 y 2. Tras la reforma de 2019 y ante la posibilidad de disfrutar los permisos de nacimiento de forma discontinua, es preciso aclarar si el contrato de interinidad es único o si podrían hacer contratos con trabajadores distintos. Interpretamos que existe un único contrato, porque la causa es única⁴⁸.

Hemos indicado en el epígrafe anterior que el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, desde el punto de vista de la relación horizontal con el cliente, debería tener como contrapartida el mantenimiento del contrato del TRADE. La LETA parte de la base, en el artículo 16, de que las interrupciones de la actividad fundadas en incapacidad temporal, nacimiento, adopción o acogimiento, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de 9 meses se considerarán interrupciones justificadas que no permitirán al cliente extinguir el contrato por la vía del artículo 15.1 f) (extinción por voluntad del cliente por causa justificada). Obsérvese que, aunque el Real Decreto-Ley 6/2019 ha creado la nueva suspensión de actividad por ejercicio corresponsable de lactante, no la ha incluido en el artículo 16, quizá porque el legislador piensa que su escasa repercusión

⁴⁶ Sobre este peculiar contrato de interinidad para sustituir a trabajador autónomo, *vid.* Roldán (2018).

⁴⁷ Así se explica en la exposición de motivos de la Ley 31/2015.

⁴⁸ De la misma forma que se admiten la realización de un único contrato de interinidad por vacante para cubrir plazas de fijos discontinuos (STS de 11 de abril de 2018, rec. 2581/2016).

en la jornada o en el resultado del trabajo no llevará al cliente a querer extinguir el contrato. La extinción del contrato, fundada en uno de estos motivos, daría lugar a la obligación de indemnizar al trabajador por los daños y perjuicios causados en los términos previstos en el artículo 15.3. Ciertamente, si el único motivo de la extinción fuera la situación de embarazo, parto o lactancia de la trabajadora autónoma, nos encontraríamos ante una discriminación por razón de sexo que, de acuerdo con lo establecido en la STS de 20 de abril de 2011, anteriormente comentada, daría lugar a la nulidad de la decisión y a la puesta en marcha de los mecanismos de tutela de derechos fundamentales⁴⁹. La Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación proponía, en esta línea, añadir un apartado 5 al artículo 15 con la siguiente redacción:

Se considerará nula y sin efecto la extinción que constituya o cause discriminación por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. Su comisión dará lugar a la obligación de indemnizar de manera efectiva y proporcionada el perjuicio causado.

En el caso de progenitor varón igualmente debería apreciarse discriminación no ya por razón de sexo, sino por circunstancias familiares, conforme a la STC 26/2011.

Cuando la interrupción, en las situaciones descritas, ocasione un perjuicio importante al cliente que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad, podrá considerarse justificada la extinción del contrato, a efectos de lo dispuesto en la letra f) del apartado 1 del artículo anterior. El legislador prevé la posibilidad de que el empresario no pueda extinguir el contrato, si el TRADE mantiene su actividad contratando a un trabajador por cuenta ajena, conforme a lo dispuesto en la letra a) del apartado 2 del artículo 11, pero no admite que la sustitución se realice con otro trabajador autónomo⁵⁰. *A sensu contrario*, no se considerarán interrupciones justificadas las debidas al cuidado de menores de 7 años, familiares a cargo en situación de dependencia o de personas con discapacidad⁵¹, salvo

⁴⁹ La posibilidad de que el cliente extinga el contrato ha sido muy criticada por Montoya (2009, p. 158).

⁵⁰ Al respecto, y en relación con el artículo 30 del ET, señala Selma (2016, p. 82) que:

[...] a pesar de la libertad de empresa que proclama la CE, en virtud de este régimen jurídico, si el trabajador autónomo opta por concertar un vínculo civil con otro trabajador autónomo que, actuando por cuenta propia, le sustituya en el trabajo, transfiriéndole encargos y clientes, no quedará encuadrado en el supuesto de hecho que configura la citada bonificación.

⁵¹ En la tramitación de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social, en la enmienda número 1 presentada por el Grupo Mixto y en la número 36 presentada por Entesa pel progres de Catalunya en el Senado se solicitaba la eliminación de la posibilidad de contratar por cuenta ajena, con la siguiente justificación:

que se entendieran incluidas dentro de la fórmula genérica del artículo 16.1 b) dentro de «la necesidad de atender responsabilidades familiares urgentes, sobrevenidas e imprevisibles», si bien, creemos que dicho precepto parece estar pensando en situaciones parecidas a los permisos retribuidos del artículo 37.3 b) del ET. Ahora bien, nada impediría que mediante contrato o acuerdo de interés profesional se pactara su consideración como tales (art. 16.2 LETA). Pero otra interpretación es posible: si, efectivamente, el legislador tiene en mente reducciones de la jornada del trabajador autónomo, no estaríamos ante una «interrupción de la actividad», y, por lo tanto, no sería justificada la extinción del contrato por este motivo⁵². Tratándose de trabajador autónomo que suspende parcialmente su actividad para el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, dada su brevedad, es muy difícil concebir un caso en el que se ocasione «un perjuicio importante al cliente que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad» que pudiera justificar la extinción del contrato.

4. Las reformas en las bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social para facilitar el mantenimiento de la actividad profesional

El Real Decreto-Ley 6/2019 se ha limitado a realizar en los artículos 38 y 38 bis de la LETA las adaptaciones terminológicas necesarias para sustituir las expresiones «maternidad y paternidad» por la nueva denominación de «nacimiento». No obstante, las reformas operadas en la suspensión de actividad por nacimiento y cuidado del menor no podían dejar de influir en el régimen de las bonificaciones⁵³, planteándose problemas interpretativos que deberían recibir respuesta en el futuro, deseablemente por el legislador, y, en todo caso, por los tribunales. Por otro lado, el real decreto-ley ha perdido la oportunidad de realizar reformas facilitadoras de la conciliación que venían siendo reclamadas por la doctrina.

El acceso a determinados derechos de conciliación de la vida laboral y familiar de los TRADE no puede realizarse a costa de perder su condición para pasar a tener la condición de empresarios. Es mejor regular el acceso a esos derechos (por cuidado de menores de 7 años que tengan a su cargo, por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada y por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, con una discapacidad igual o superior al 33 %, debidamente acreditada) como una interrupción, total o parcial, de la prestación de servicios para la empresa cliente, equiparándolos a los ahora ya reconocidos en el artículo 16 de la misma ley.

⁵² Ambas interpretaciones, como posibles, encontramos en Fernández (2017, p. 18).

⁵³ Para un estudio más profundo de estas bonificaciones, Roldán (2018).

4.1. Bonificación a los trabajadores por cuenta propia por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación (art. 30 LETA)

La rúbrica del artículo nos indica que dicha bonificación está vinculada a la contratación de un trabajador por cuenta ajena. Dichas contrataciones deberán respetar lo establecido en el apartado 2 del artículo 30 y en lo no previsto expresamente «se regirán por lo dispuesto en el artículo 15.1 c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo» (apdo. 7). *De lege ferenda*, sería oportuno que una norma con rango de ley permitiera concertar el contrato del sustituto con anterioridad al inicio de la situación jurídica protegida en el precepto. Hay que pensar que, para los trabajadores autónomos, sin trabajadores a su servicio (como es el caso de la mayoría de las mujeres emprendedoras), supone un riesgo dejar al frente del negocio a un desconocido⁵⁴.

Los destinatarios de la bonificación son los trabajadores incluidos en el RETA, así como los trabajadores por cuenta propia que queden incluidos en el grupo primero de cotización del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar (apdo. 8). Se excluyen de la bonificación los autónomos empleadores, ya que la ley exige que el autónomo carezca de trabajadores asalariados en la fecha de inicio de la aplicación de la bonificación y durante los 12 meses anteriores a la misma. No se tomará en consideración a los efectos anteriores al trabajador contratado mediante contrato de interinidad para la sustitución del trabajador autónomo «durante los periodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento tanto preadoptivo como permanente o simple, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural». El apartado 4 del artículo 30 ha pasado desapercibido para el Real Decreto-Ley 6/2019, aunque no hay mayor problema en ello, ya que conforme a su disposición adicional única «todas las referencias realizadas en textos normativos a las prestaciones y permisos de maternidad y paternidad se entenderán referidas a las nuevas prestaciones y permisos contemplados en este real decreto-ley». Los

⁵⁴ En este sentido, es ejemplar lo dispuesto en el artículo 7 de la Resolución de 6 de septiembre de 2019, de la Secretaría General de Empleo de Extremadura, por la que se convoca la concesión de subvenciones destinadas a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, correspondiente al ejercicio 2019-2020, respecto de la subvención reconocida a autónomos que contraten a trabajadores para sustituirlos durante la situación de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia:

[...] La subvención podrá extenderse hasta 2 meses anteriores a la fecha de maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, cuando la persona desempleada haya sido contratada para cubrir una situación de incapacidad temporal previa a la maternidad, acreditando dicha circunstancia mediante la correspondiente documentación oficial o haya sido contratada con el fin de adquirir una experiencia previa en el trabajo a desempeñar que le permita sustituir posteriormente a la persona trabajadora autónoma.

autónomos societarios podrán beneficiarse también de la bonificación, siempre y cuando la sociedad mercantil no tuviera trabajadores contratados⁵⁵.

El incentivo consiste en el derecho, por un plazo de hasta 12 meses, a una bonificación del 100 % de la cuota de autónomos por contingencias comunes, que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los 12 meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida el «tipo mínimo de cotización vigente en cada momento»⁵⁶, establecido en el citado régimen especial en los siguientes supuestos:

- a) Por cuidado de menores de 12 años que tengan a su cargo.
- b) Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada.
- c) Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 % o una discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 %, cuando dicha discapacidad esté debidamente acreditada, siempre que dicho familiar no desempeñe una actividad retribuida.

El Real Decreto-Ley 6/2019 no ha puesto fin a la falta de concordancia entre los supuestos descritos en el artículo 30 y en el artículo 11.2 a)⁵⁷. En el caso de que el trabajador lleve menos de 12 meses de alta en el RETA, la base media de cotización se calculará desde la fecha de alta. La bonificación se aplica solo sobre la cuota por contingencias comunes, dejando al margen la cuota por contingencias profesionales que hasta la reforma del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, era obligatoria solo para los TRADE y otros autónomos que estuvieran obligados a formalizar su cobertura por desempeñar una actividad profesional con un elevado riesgo de siniestralidad.

⁵⁵ Recientemente la STS (Sala 3.ª) de 3 de diciembre de 2019 (rec. 5252/2017) ha reconocido la tarifa plana del artículo 31 de la LETA a los autónomos societarios, por considerar que no estaban excluidos expresamente por el precepto y porque la condición de autónomo con la constitución de una sociedad mercantil no es incompatible, sino todo lo contrario, con la finalidad de la norma que es estimular la iniciativa empresarial, en especial de los jóvenes, y promover el autoempleo.

⁵⁶ El precepto no ha sido afectado por la reforma de 2018. Pese a que no indique expresamente que se incluye la incapacidad temporal, lo más razonable es interpretar que el tipo mínimo incluye dicha contingencia, toda vez que su cobertura es obligatoria para todos los autónomos, excepto para los trabajadores del sistema especial agrario y para quienes trabajen en régimen de pluriactividad.

⁵⁷ Respecto de los menores, la edad es más elevada en el artículo 30. Sin embargo, respecto de las personas con discapacidad a cargo, tratándose de personas con discapacidad física, dejaría fuera a aquellos con un grado de discapacidad inferior al 65 %. El Real Decreto-Ley 6/2019 ha perdido la oportunidad de corregir estas incoherencias.

Dispone el apartado 6 que «la medida prevista en este artículo será compatible con el resto de incentivos a la contratación por cuenta ajena, conforme a la normativa vigente». ¿A qué incentivos se refiere el artículo 30? Si el contrato que debe realizarse con el trabajador sustituto es de interinidad, solo hay dos normas que prevén bonificaciones para este tipo de contratos:

- El Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los descansos por maternidad, adopción o acogimiento.
- La disposición adicional vigesimoprimerá del ET, que regula las reducciones de cuotas empresariales de la Seguridad Social por contingencias comunes de los contratos de interinidad celebrados para sustituir a trabajadores que estén en la situación de excedencia por cuidado de familiares.

La segunda de las normas se dirige únicamente a la sustitución de trabajadores por cuenta ajena, mientras que la primera prevé la sustitución de trabajadores por cuenta propia, pero únicamente durante los descansos de maternidad, paternidad (léase, nacimiento), riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural. Así pues, hoy por hoy, es preciso concluir que el artículo 30 se refiere a una ley futura (M.^a B. Fernández, 2019, p. 196). El Real Decreto-Ley 6/2019 también ha perdido la oportunidad de hacerlo.

No parece estar en el ánimo del Gobierno abordar las reformas sugeridas a corto plazo, ya que el mismo olvido se apreciaba en la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

4.2. Bonificación de cuotas de Seguridad Social para trabajadores autónomos durante el descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural (art. 38 LETA)

Son beneficiarios los trabajadores por cuenta propia o autónomos incluidos en el RETA o como trabajadores por cuenta propia en el grupo primero de cotización del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar, «durante los periodos de descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, siempre que este periodo tenga una duración de al menos 1 mes». Tras el Real Decreto-Ley 6/2019, garantizada la duración obligatoria de 6 semanas, la referencia a la duración mínima de al menos 1 mes resulta superflua.

El incentivo consiste en la aplicación en la cotización de una bonificación del 100 % de la cuota de autónomos, que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los 12 meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida el tipo de cotización establecido como obligatorio para trabajadores incluidos en el régimen especial de Seguridad Social que corresponda por razón de su actividad por cuenta propia⁵⁸. A diferencia del artículo 30, la bonificación no se limita a la cuota por contingencias comunes, sino que de forma genérica se habla de la «cuota de autónomos» a la que se aplicará no el tipo mínimo, sino el «tipo de cotización establecido como obligatorio», por lo que es razonable interpretar que alcanzará también a la cuota por contingencias profesionales, cese de actividad y formación profesional, con excepción, claro está, de los trabajadores incluidos en el sistema especial de trabajadores agrarios por cuenta propia, para quien continúa siendo voluntaria. Si el trabajador llevara menos de 12 meses de alta en el RETA o como trabajador por cuenta propia incluido en el grupo primero de cotización del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar, la base media de cotización se calculará desde la fecha de alta.

A diferencia del artículo 30 de la LETA no se vincula a la contratación de un trabajador por cuenta ajena, estipulándose que, caso de realizarse, esta bonificación será compatible con la establecida en el Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre. Como en la bonificación del artículo 30, el legislador debería permitir que el contrato de interinidad se celebre con anterioridad al inicio del descanso.

El Real Decreto-Ley 6/2019 no ha tenido en cuenta que cabe el disfrute en múltiples periodos de la prestación de nacimiento y cuidado de menor, de modo que el arco temporal durante el cual puede disfrutarse el descanso, y, por ende, la bonificación, se ha prolongado hasta los 12 meses. En este caso nos surgen dos dudas: ¿se aplica la bonificación también de forma interrumpida en cada uno de los tramos o se esperaría al final del periodo? Desde el punto de vista de la Tesorería General de la Seguridad Social puede ser difícil de gestionar con rapidez, ya que, salvo que el futuro reglamento establezca otra cosa, en la actualidad en el momento de la solicitud del primer periodo obligatorio no existe el deber de informar a la Seguridad Social sobre las futuras semanas en que se va a descansar. Por otro lado, hay que tener en cuenta que la bonificación se aplica sobre la base media de cotización en los 12 meses anteriores «a la fecha en que se acoja a la medida». En este caso, ¿habría que recalcular esa base media en cada uno de los periodos distintos al inicial o se atendería únicamente a la fecha de disfrute del primer periodo obligatorio de descanso? En nuestra opinión, de la misma manera que la base de cotización que se debería tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la prestación es la anterior al hecho causante, por ejemplo, el nacimiento, debería aplicarse la misma regla para las bonificaciones. En todo caso, son cuestiones que deberá resolver el futuro reglamento.

⁵⁸ La opción por la base media significa, en opinión de M.^a B. Fernández (2019, p. 193), que «la bonificación no se calculará sobre la base mínima de cotización, sino sobre la base real, y con ello se desincentiva la opción por la base mínima».

4.3. Bonificaciones a las trabajadoras autónomas que se reincorporen al trabajo en determinados supuestos (art. 38 bis LETA)

Esta bonificación fue introducida por la Ley 6/2017, que no hizo sino recuperar un incentivo que ya existía en nuestro ordenamiento jurídico, reconocido en la disposición adicional sexagésima quinta de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2006, que había sido derogada por la disposición derogatoria única.2 c) del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad⁵⁹. A través de la técnica de las bonificaciones se fomentaba el mantenimiento de la actividad de la trabajadora autónoma tras el disfrute del descanso por maternidad. Anteriormente, el artículo 47.1.1 i) de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, había establecido, dentro del programa de fomento del empleo, una medida parecida para las trabajadoras por cuenta ajena que se reincorporaran tras el descanso por maternidad o de una excedencia por cuidado de hijo, incentivo que después se incorporó con modificaciones en el artículo 4.2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, y que también fue suprimido por la disposición derogatoria única.1 f) del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. En el año 2017, el legislador recuperó esta medida para las trabajadoras autónomas, pero no para las trabajadoras por cuenta ajena.

Las trabajadoras incluidas en el RETA o como trabajadoras por cuenta propia en el grupo primero de cotización del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar, que, habiendo cesado su actividad por nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento y tutela, en los términos legalmente establecidos, vuelvan a realizar una actividad por cuenta propia dentro de los 2 años inmediatamente siguientes a la fecha efectiva del cese, tendrán derecho a una bonificación en virtud de la cual su cuota por contingencias comunes y contingencias profesionales quedará fijada en la cuantía de 60 euros mensuales durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de su reincorporación al trabajo, siempre que opten por cotizar por la base mínima establecida con carácter general en el régimen especial que corresponda por razón de la actividad por cuenta propia. Si las trabajadoras optasen por una base de cotización superior a la mínima indicada

⁵⁹ El Real Decreto-Ley 20/2012 dio cumplimiento a las recomendaciones de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios de dirigir las bonificaciones a la contratación a colectivos con dificultades objetivas y especiales para acceder al mercado de trabajo. Se suprimieron todas las bonificaciones a excepción de las destinadas a la contratación de personas con discapacidad, así como a la contratación, a través de nuevo contrato de apoyo a los emprendedores, de jóvenes, mayores de 45 años parados de larga duración y mujeres. Se mantuvieron igualmente las bonificaciones a la contratación de jóvenes que se constituyeran como autónomos, y personas que sustituyeran a víctimas de violencia de género y trabajadores en baja por maternidad.

en el párrafo anterior, podrán aplicarse durante el periodo antes indicado una bonificación del 80 % sobre la cotización por contingencias comunes, siendo la cuota a bonificar la resultante de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo de cotización por contingencias comunes vigente en cada momento. La bonificación guarda paralelismo con la tarifa plana de los artículos 31 y 32. No obstante, se observan algunas diferencias:

- No se trata de una reducción, sino de una bonificación.
- No se excepciona de cotizar por cese de actividad y formación profesional durante el disfrute de la bonificación.
- Tampoco se desglosa la cuota de 60 euros, que en la tarifa plana general es: 51,5 euros por contingencias comunes y 8,5 euros por contingencias profesionales. Tampoco se ha previsto un régimen específico para el sistema especial agrario de trabajadores autónomos como se hace en los artículos 31 bis y 32 bis, lo cual habría sido aconsejable, ya que las trabajadoras de dicho sistema no están obligadas a cotizar por incapacidad temporal ni por contingencias profesionales. Lo más adecuado habría sido prever para estas trabajadoras una tarifa plana de 50 euros.

El precepto está redactado de una forma extraordinariamente confusa. El presupuesto de hecho que da derecho a la bonificación es el «cese en la actividad» en determinados supuestos. Existe controversia en torno a si dicho cese debe ser definitivo o si también podría ser temporal. Optar por la baja definitiva en el RETA significaría que el nuevo incentivo tendría como finalidad facilitar el reemprendimiento de las trabajadoras autónomas. Sería un supuesto especial de nueva alta, que no se registraría por las reglas del artículo 31 de la LETA, que exige que haya pasado un periodo mínimo de 3 años desde el cese definitivo de la anterior actividad (Cavas, 2017, pp. 172-173). La segunda posibilidad es interpretar que no es necesario que la trabajadora haya causado baja definitiva en el RETA como consecuencia de la maternidad. Perfectamente, podría darse el caso de que, por tener derecho al descanso y a la percepción del correspondiente subsidio, se encontrase en situación asimilada al alta, sin necesidad, por tanto, de darse de baja definitiva en el RETA. De esta forma, la ley atendería a dos objetivos: favorecer el reemprendimiento para quien hubiera cesado definitivamente, pero también facilitar el mantenimiento de la actividad tras la reincorporación de una maternidad, lo que contribuiría, utilizando las palabras del preámbulo de la Ley 6/2017, a «mejorar las posibilidades de supervivencia de la actividad emprendedora». Esta es la interpretación que nos parece más razonable, de modo que el «cese de actividad», hasta mayor concreción normativa, ha de entenderse como el parón en la actividad de la autónoma por la maternidad con o sin baja definitiva en el RETA, de modo que, si la trabajadora hubiera mantenido abierto el negocio, poniendo al frente del mismo a otra persona (lo que se hace constar en la declaración de actividad) o hubiera suspendido parcialmente la actividad como consecuencia de las situaciones descritas en el precepto, no tendría derecho a esta bonificación (M.^a C. López, 2019, p. 18). En un primer momento, la Dirección General de

la Ordenación de la Seguridad Social exigía la baja en el RETA. Sin embargo, en marzo de 2019 rectificó su interpretación y ahora considera que el requisito de cese no solo se cumple en el caso de las trabajadoras que hayan decidido no reanudar su actividad laboral y hayan producido baja en el RETA, sino también en aquellos casos en que la trabajadora autónoma, tras disfrutar del correspondiente descanso por maternidad, haya optado, sin solución de continuidad, por reanudar la actividad laboral⁶⁰. Según se explica en la página web de la Moncloa, el cambio de criterio es consecuencia de la nueva redacción introducida por el Real Decreto-Ley de 2019⁶¹. Debe existir un error, ya que la redacción del contenido de la tarifa plana se modificó por el Real Decreto-Ley de 2018, que es el que introdujo los cambios en materia de cotización acordados con las asociaciones de trabajadores autónomos en noviembre de 2018⁶², limitándose la norma del año 2019 a sustituir la referencia a la maternidad por la de nacimiento. En cualquier caso, sería deseable que el legislador definitivamente lo dijera de forma expresa.

El periodo de 2 años computa desde la «fecha efectiva del cese», que debería identificarse con la fecha de inicio del descanso por las causas enunciadas en el precepto. La bonificación empieza a disfrutarse desde la fecha de la reincorporación al trabajo. En los casos en que el descanso por nacimiento se hubiera disfrutado de forma interrumpida, ¿será necesario esperar a que la reincorporación a la actividad profesional sea definitiva para empezar a aplicar esta segunda bonificación? Creemos que sí, pues de lo contrario se produciría un solapamiento entre la bonificación del artículo 38 y la del artículo 38 bis. En todo caso es una cuestión que también debería aclarar el legislador.

Estamos en presencia de la única bonificación reservada a mujeres y no necesariamente condicionada a una maternidad biológica, lo que significa que, en una pareja homosexual femenina, ambas podrían disfrutarla, mientras que, en una pareja heterosexual, el varón quedaría excluido. Se ha apuntado por un sector de la doctrina que la actual regulación tiene visos de ser discriminatoria (Nicolás, 2018, p. 39; Rodríguez Bravo de Laguna, 2019, p. 45). Para ello resulta necesario aclarar la finalidad de dicha bonificación, ya que el trato diferenciado podría estar justificado por tratarse de una medida de acción positiva destinada a fomentar el autoempleo femenino, encontrándose su fundamento en los artículos 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 9.2 de la CE y 27.3 de la LETA (M.^a B. Fernández, 2019, p. 196). Es preciso recordar que la norma que recuperó la bonificación, la Ley 6/2017, en su preámbulo, no vinculó esta medida a la necesidad de fomentar y promover

⁶⁰ El nuevo criterio tiene carácter retroactivo, con efectos a 1 de enero (*Revista Seguridad Social* de 22 de marzo de 2019. Recuperado de <<https://revista.seg-social.es/2019/03/22/las-trabajadoras-autonomas-pueden-beneficiarse-de-las-bonificaciones-por-maternidad-con-fecha-1-de-enero/>>).

⁶¹ Publicación de 22 de marzo de 2019. Recuperado de <<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo/Paginas/2019/220319-igualdad.aspx>>.

⁶² *Vid.* contenido del acuerdo en la página web de ATA. Recuperado de <<https://ata.es/autonomos-y-gobierno-alcanzan-un-acuerdo-sobre-la-cotizacion-para-2019/>>.

el trabajo autónomo femenino (las medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo se incluyeron en el título II, donde encontramos, precisamente, la tarifa plana para mujeres emprendedoras), sino a «la necesidad de favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores autónomos». Por esa razón, se incluyó dentro del título III, junto con las bonificaciones del artículo 30. Lo cierto es que el nuevo criterio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social proporciona argumentos contrarios a la reserva de esta medida para las mujeres, toda vez que no exige que la mujer haya abandonado la actividad profesional para dedicarse al cuidado del menor, de modo que puede afirmarse que los hombres y las mujeres que han suspendido su actividad por los motivos señalados en el precepto se encuentran en una situación comparable⁶³. *De lege ferenda* y teniendo en cuenta que, desde la LOI, y de manera más clara con el Real Decreto-Ley 6/2019, la regulación de los derechos de conciliación de la vida profesional, personal y familiar tiene como finalidad favorecer la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, sería deseable que se extendiera la bonificación sin distinción a trabajadores de ambos sexos. Precisamente, esta bonificación podría cumplir la función de compensar la pérdida económica que supondría suspender la actividad por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, cuando la actividad profesional se reanudara sin solución de continuidad tras la suspensión por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

⁶³ La STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18) (WA/INSS) se ha pronunciado recientemente sobre el carácter discriminatorio del complemento de maternidad regulado en el artículo 60 de la LGSS. Estima que la Directiva 79/7/CEE se opone a una norma nacional, como la española, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión. Llega a esta conclusión tras comprobar que la diferencia de trato entre hombres y mujeres establecida por la norma nacional se refiere a categorías de personas que se encuentran en situaciones comparables. Llama la atención sobre el hecho de que la norma reconoce el complemento por el mero hecho de ser madres, en sentido biológico o jurídico, sin necesidad de acreditar que hayan tenido que apartarse temporalmente del trabajo para el cuidado de los menores. En este sentido, recuerda el Tribunal de Justicia que la condición de progenitor es una cualidad predicable tanto de hombres como de mujeres. En consecuencia, la situación de un padre y una madre puede ser comparable en cuanto al cuidado de los hijos. En palabras del propio tribunal:

La circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera.

Referencias bibliográficas

- Alba Ferre, E. (2020). Los problemas de la conciliación de la vida familiar y laboral en la concesión de la custodia compartida. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 (pendiente de publicación).
- Ballester Pastor, M. A. (2019). El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 146, 13-40.
- Barrios Gaudor, G. (2019). Nuevo régimen jurídico del cuidado del lactante en el ámbito laboral. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8.
- Blasco Jover, C. (2019). La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2(7), 46-73.
- Casas Baamonde, M.^a E. (2019). «Soberanía» sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 3, 227-244.
- Cavas Martínez, F. (2017). [La reforma 2017 del Estatuto del Trabajo Autónomo](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 417, 163-178.
- Charro Baena, P. y San Martín Mazzucconi, C. (2013). Las responsabilidades familiares y las trabajadoras autónomas: una doble discriminación. *IV Congreso de la Red Española de Política Social*. Alcalá de Henares. Recuperado de <http://www3.uah.es/congresoreps2013/Paneles/panel3/Pilar%20Charro%20Baena/TCPonenciaCharroSanMartin.pdf>.
- Fernández Collados, M.^a B. (2017). Conciliación de la vida familiar y profesional del emprendedor en España. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 1(5). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5987920&orden=0&info=link>.
- Fernández Collados, M.^a B. (2019). Madre y emprendedora: ¿ofrece el sistema alguna fórmula de conciliación de la vida familiar y laboral? En M.^a C. López Aniorte y E. M.^a Rubio Fernández (Dirs.), *Visiones multidisciplinares de la igualdad entre hombres y mujeres* (pp. 185-202). Murcia: Laborum.
- Fernández Prats, C. (2019). Nacimiento y cuidado de menor de doce meses. En C. Fernández, E. García y M. López (Coords.), *Los derechos de conciliación en la empresa* (pp. 17-46). Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Testal, E. (2019). El permiso para el cuidado del lactante. En C. Fernández, E. García y M. López (Coords.), *Los derechos de conciliación en la empresa* (pp. 79-94). Valencia: Tirant lo Blanch.
- López Álvarez, M.^a J. (2019). Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario. *Revista Galega de Dereito Social*, 9, 155-188.
- López Aniorte, M.^a C. (2019). Trabajadoras asalariadas y autónomas ante la protección por maternidad: la subsistencia de estereotipos sexistas en la ley y en la jurisprudencia. *Revista Derecho Social y Empresa*, 10. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6883593&orden=0&info=link>.
- Lousada Arochena, J. F. (2018). La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 8, 1-10 (formato pdf).

- Lousada Arochena, J. F. (2019). Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo: una primera aproximación. *Revista Derecho Social y Empresa*, 11, 1-28 (formato pdf).
- Martín López, S. y García Jiménez, M. (2019). *El trabajador autónomo económicamente dependiente en el marco de los nuevos modelos de prestación del trabajo*. Alcoi: Luhu Editorial.
- Martínez Yáñez, N. M.^a (2019). [Abordando el autoempleo precario desde la Unión Europea: sinergias entre el concepto de trabajador y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 440, 19-56.
- Montoya Melgar, A. (2009). *El contrato del TRADE: la ley y el reglamento*. Cuadernos Civitas. Madrid: Thomson-Reuters.
- Nicolás Bernad, J. A. (2018). [Controversias jurídicas en materia de Seguridad Social en la aplicación de la Ley 6/2017, de reformas urgentes del trabajo autónomo, y propuestas de mejora](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 422, 27-59.
- OIT. (2019). *Trabajar para un futuro más prometedor*. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. Recuperado de <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf>.
- Páez Escámez, R. (2017). La tutela judicial del trabajador autónomo. En J. L. Monereo Pérez y F. Vila Tierno (Dir.), *El trabajo autónomo en el marco del derecho del trabajo y de la seguridad social. Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo* (pp. 589-612). Granada: Comares.
- Pastor Martínez, A. (2019). Las medidas laborales del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. *IusLabor*, 1. Recuperado de <<https://www.upf.edu/documents/3885005/224374284/4.Pastor.pdf/fc237263-43cf-12c8-b750-d3a88c2a0280>>.
- Puebla Pinilla, A. de la. (23 de enero de 2019). Permiso de paternidad reconocido en convenio colectivo. ¿Tienen los trabajadores derecho a disfrutarlo? [entrada en un blog]. *El Foro de Labos*. Recuperado de <<https://forodelabos.blogspot.com/2020/01/permiso-de-paternidad-reconocido-en.html>>.
- Rodríguez Bravo de Laguna, J. J. (2019). [El modelo de protección del trabajo autónomo en España: avances en la acción protectora y déficits de regulación normativa](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 441, 25-50.
- Rodríguez Ruiz, B. (2015). La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 103, 355-384. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5028587.pdf>>.
- Rojo Torrecilla, E. (2019). No aplicación de la Directiva sobre permiso parental a un supuesto de reducción de jornada y reducción de salario previsto en la normativa española (art. 37.6 LET). STJUE (Sala Sexta) de 18 de septiembre de 2019 (asunto C-366/18). *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 8. Recuperado de <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2019-0000000707>.
- Roldán Martínez, A. (2018). Incentivos a favor de la conciliación de la vida profesional, personal y familiar en el RETA: bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social. *Protección a la familia y Seguridad*



Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral: II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (vol. 1, pp. 697-713). Murcia: Laborum.

Selma Penalva, A. (2016). [Incentivos a la mujer emprendedora. Especial referencia a las nuevas medidas introducidas por la Ley 31/2015 de fomento del trabajo autónomo y de la economía social](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 394, 63-90.