

**LA NUEVA REGULACIÓN REGLAMENTARIA DE LAS
PRESTACIONES ECONÓMICAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL
RELACIONADAS CON LA MATERNIDAD (COMENTARIO AL REAL
DECRETO 295/2009, DE 6 DE MARZO, POR EL QUE SE REGULAN
LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL
POR MATERNIDAD, PATERNIDAD, RIESGO DURANTE EL
EMBARAZO Y RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL)**

JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES

*Administrador Civil del Estado
Miembro del Instituto Europeo de Seguridad Social*

Extracto:

LA conciliación de la vida personal y familiar con las responsabilidades laborales constituye uno de los principales retos para lograr una plasmación real de la igualdad de trato y de oportunidades en el mundo laboral, ya que el cuidado de menores o de otras personas dependientes (mayores, personas con discapacidad...), la realización de otras responsabilidades familiares o las tareas domésticas siguen siendo, mayoritariamente, actividades realizadas por las mujeres. Por ello, uno de los retos que ha afrontado el derecho sociolaboral –acrecentado con la incorporación de la mujer en el trabajo– ha sido, al tiempo que el establecimiento de medidas para la protección específica de situaciones ligadas a la maternidad biológica, favorecer que los trabajadores puedan conciliar sus responsabilidades laborales y familiares, si bien desde una perspectiva de igualdad de género, de modo que se fomente la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.

En este ámbito, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad entre mujeres y hombres, constituyó un paso decisivo en la consecución de los objetivos indicados, incorporando, en el ámbito de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, una mejora de prestaciones ya existentes (como las correspondientes a la maternidad y a la de riesgo durante el embarazo) y creando otras dos nuevas (la prestación por paternidad y la prestación de riesgo durante la lactancia natural). Aunque la nueva regulación se venía aplicando desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, sin embargo la puesta en práctica de diferentes cuestiones (sobre todo las relativas al disfrute de las prestaciones de maternidad y paternidad en régimen de parcialidad) quedaban diferidas a la entrada en vigor de las disposiciones reglamentarias que, además, completasen en otros ámbitos las novedades legales establecidas en 2007.

.../...

.../...

El desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica 3/2007, en el ámbito de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, está constituido por el 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, cuyo análisis constituye el contenido básico del presente trabajo, en el que también se efectúa un comentario breve sobre otra disposición reglamentaria (aprobada el mismo día que el anterior) como es el Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia, que tiene como finalidad básica llevar al ordenamiento de la Seguridad Social la regulación deducida del pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto de la cobertura de las pensiones de orfandad, a favor de los huérfanos, con independencia de su filiación.

Palabras clave: conciliación, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, excedencia laboral y pensión de orfandad.

Sumario

Introducción.

1. La prestación económica por maternidad.
 - 1.1. Situaciones protegidas.
 - 1.2. Beneficiarios.
 - 1.3. Duración de la prestación.
 - 1.4. La cuantía de la prestación económica.
 - 1.5. La concatenación de las prestaciones de maternidad e IT. La incidencia en la extinción del contrato.
 - 1.6. La prestación no contributiva por maternidad.
 - 1.7. Gestión de la prestación por maternidad.
2. La prestación por paternidad.
 - 2.1. Situaciones protegidas.
 - 2.2. Beneficiarios de la prestación.
 - 2.3. Duración de la prestación.
 - 2.4. Determinación de la cuantía de la prestación.
 - 2.5. Paternidad, IT y extinción del contrato.
 - 2.6. Denegación, anulación y suspensión del derecho.
 - 2.7. Gestión de la prestación por paternidad.
3. La prestación por riesgo durante el embarazo.
 - 3.1. La situación protegida.
 - 3.2. Beneficiarias de la prestación.

- 3.3. La duración de la prestación.
- 3.4. Cuantía de la prestación.
- 3.5. IT y riesgo durante el embarazo.
- 3.6. La gestión de la prestación.
4. La prestación de riesgo durante la lactancia.
 - 4.1. Situaciones protegidas.
 - 4.2. Beneficiarias.
 - 4.3. Duración de la prestación.
 - 4.4. Prestación económica.
 - 4.5. Gestión y procedimiento.
5. Otras cuestiones.
 - 5.1. Modificaciones en los ámbitos de la cotización a la Seguridad Social.
 - 5.2. Efectos de las excedencias por cuidado de familiares.
 - 5.3. Incremento de la cotización en los supuestos de reducción de jornada.
6. Las adaptaciones reglamentarias de las pensiones de viudedad y de orfandad.
 - 6.1. Mantenimiento de la pensión de viudedad en supuestos de pareja de hecho.
 - 6.2. Incremento de las prestaciones correspondientes a los huérfanos.

INTRODUCCIÓN

En la pasada legislatura, se aprobaron dos importantes leyes¹ que incidieron, de manera importante, en el ordenamiento de la Seguridad Social y en la cobertura dispensada por el sistema, como fueron la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI)² y la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (LMSS)³. A través de la primera de ellas, se ha introducido en el sistema de la Seguridad Social una importante ampliación y mejora de la acción protectora de la Seguridad Social, modificando la regulación jurídica de las prestaciones por maternidad y por riesgo durante el embarazo, al tiempo que, en paralelo con las novedades que se incorporan en el ámbito laboral, se establecen dos nuevas prestaciones, como son la prestación por paternidad y la que se concede en los casos de riesgo durante la lactancia natural,

¹ En la VIII legislatura (2004-2008) se han aprobado otras leyes con incidencia en el ámbito de la Seguridad Social, como son la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas contra la violencia de género, la Ley 4/2005, de 22 de abril, sobre complementos autonómicos de las pensiones no contributivas, Ley 8/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva con el trabajo remunerado, Ley 9/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) con las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social, Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, Ley 37/2006, de 7 de diciembre, relativa a la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y a la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos y sindicales, Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción.

De otra parte, habrían de tenerse en cuenta las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado que, en todos los ejercicios contienen disposiciones relativas a la Seguridad Social. Un análisis del contenido de las materias incluidas en las Leyes de Presupuestos de la última legislatura se contiene en otros artículos del autor recogidos en los números 263, 275, 287 y 299 de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF.

² La LOI no se queda en la modificación de determinadas instituciones jurídicas, sino que —como se ha señalado— aspira a producir un cambio radical de la sociedad, incluso en el ámbito privado. Un análisis del contenido de la LOI, en especial, en su incidencia en la acción protectora dispensada por el sistema de la Seguridad Social en «Comentarios sobre la Ley Orgánica 3/2007» en AA.VV. (coord. GARCÍA NINET) *Comentarios a la Ley de Igualdad* CISS. Bilbao. 2007: AA.VV. (coord. MERCADER UGUINA) *Comentarios laborales a la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007; AA.VV. (coord. MONTOYA MELGAR) *Igualdad de mujeres y hombres. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Ed. Civitas. Pamplona. 2007; GONZÁLEZ POSADA, E. *Los aspectos laborales de la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres*. Aranzadi, Navarra, 2007; PANIZO ROBLES, J.A. «Igualdad de género, conciliación familiar y laboral y Seguridad Social (A propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N.º 290. Mayo. 2007; PÉREZ DEL RÍO, T. «La Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Aproximación para el debate». *Revista de Derecho Social*. N.º 37/2007; PUEBLA PINILLA, A. «Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres». *Relaciones Laborales*. N.º 8/2007; RODRÍGUEZ PIÑERO, M. «La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007». *Relaciones Laborales*. N.º 8/2007.

³ Para un análisis de la LMSS, véase, entre otros, en CAVAS MARTÍNEZ, F. (coord.) *La Reforma de la Seguridad Social de 2007. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre (RCL 2007), de medidas en materia de Seguridad Social*. Murcia. Ed. Laborum. 2007; PANIZO ROBLES J.A. «La reforma de la Seguridad Social (Comentario a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N.º 298. Enero. 2008 o SALA FRANCO, T (y otros) *La Ley de Medidas en materia de Seguridad Social*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008.

con el objetivo de propiciar la integración de la mujer en el ámbito laboral ⁴ y para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar.

La regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social venía recogida en el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, buena parte de cuyos preceptos resultaban afectados por las modificaciones legislativas introducidas por la LOI. A la hora de desarrollar estas últimas, se ha optado por incorporar al ordenamiento de la Seguridad Social un reglamento completo, por lo que el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo (en adelante RMAT) ⁵ procede a la derogación del citado Real Decreto 1251/2001.

Casi coincidiendo en el tiempo con el RMAT, se ha promulgado el Real Decreto 296/2009, también de 6 de marzo (BOE de 21 de marzo), que pretende adaptar las disposiciones reglamentarias reguladoras de las pensiones de la Seguridad Social por viudedad y orfandad a las modificaciones incorporadas, en tales ámbitos, por la LMSS.

El contenido de ambas disposiciones reglamentarias son objeto de análisis en el presente comentario.

1. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR MATERNIDAD ⁶

La conciliación de la vida personal ⁷ y familiar con las responsabilidades laborales constituye uno de los principales «caballos de batalla» para lograr una plasmación real de la igualdad de trato y de oportunidades en el mundo laboral, ya que el cuidado de menores o de otras personas dependientes (mayores, personas con discapacidad...), la realización de otras responsabilidades

⁴ La LOI se inserta en el marco de un conjunto de disposiciones que reconocen y desarrollan derechos y prestaciones sociales que tienen un impacto directo en lo que se denomina el *Estado de Bienestar* y que, a su vez, se instan dentro de un aumento de los derechos de los ciudadanos en el ámbito de la Unión Europea, tras las reformas en el derecho comunitario incorporadas por el Tratado de Amsterdam en 1997, y la posterior modificación del mismo en el Tratado de Niza de 2000 o la proclamación, en el mismo año, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Un estudio reciente de la evolución del derecho social comunitario en GONZÁLEZ POSADA, E. «La política social europea en perspectiva» en AA.VV. *Estudios Jurídicos em Homenagem ao Professor Doutor A. Motta Veiga*. Aledina. Coimbra. 2007.

⁵ BOE de 21 de marzo de 2009. El RMAT encuentra su fundamento jurídico en la disposición final tercera de la LOI, que autoriza al Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y desarrollo de la misma en las materias que sean competencia del Estado, así como en la disposición final séptima de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) que habilita al Gobierno para proceder a la aprobación de los reglamentos que precise la misma.

⁶ La doctrina señala que hubiese sido conveniente modificar las expresiones contenidas en la LOI sustituyendo las expresiones «permiso de maternidad» y «permiso por paternidad» por las de «permiso puerperal» y «permiso por nacimiento o adopción de hijo o acogimiento de menor», dentro de una expresión más amplia de «permisos parentales», ya que la pluralidad de supuestos protegidos en los que el beneficiario de la prestación puede ser padre pone de relieve la incorrección de la expresión «*subsidio por maternidad*». Incorrección que se acrecienta, incluso, en los casos de adopción o acogimiento en los que los adoptantes o personas acogedoras son varones.

⁷ Dentro de un marco de individualización que parte del mayor protagonismo que se concede a las opciones y a las decisiones individuales frente a las normas sociales en varios ámbitos de la vida. Sobre las connotaciones de la denominada *individualización*, Vid. BECK, U. *La sociedad del riesgo*. Edit. Paidós. Barcelona. 1997.

familiares⁸ o las tareas domésticas siguen siendo, mayoritariamente, actividades realizadas por las mujeres⁹.

Por ello, uno de los retos que ha afrontado el Derecho laboral y, en coherencia con el mismo, el de la Seguridad Social desde sus inicios¹⁰, pero con mayor incidencia en las últimas décadas¹¹ –como consecuencia de la progresiva, pero importante, incorporación de la mujer al trabajo– es el de propiciar que los trabajadores puedan conciliar sus responsabilidades laborales y familiares, si bien desde una perspectiva de igualdad de género. Esta conciliación es hoy, además, «... una exigencia del sistema económico, de las mujeres para suprimir un importante obstáculo para el acceso y la promoción en el empleo, y para las propias familias, al favorecer que se atiendan adecuadamente las responsabilidades familiares y que se obtengan rentas que resultan indispensables para asegurar su bienestar¹²».

A tal fin, el artículo 44 de la LOI establece que los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se han de reconocer a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio (estando en línea con determinados pronunciamientos judiciales¹³ que, ante la constatación de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a las mujeres, implican una discriminación por razón de sexo vedado por el art. 14 CE, han estimado diferentes demandas planteadas¹⁴) previendo que la prestación por maternidad¹⁵ se ha de conceder en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social e incorporando, con la finalidad de contribuir a un reparto más equilibrado¹⁶ de las responsabilidades familiares y

⁸ Sobre el papel de la mujer en el ámbito de los cuidados familiares y su incidencia en sus oportunidades personales y profesionales, *Vid.*, MARTÍN PALOMO, M.T. «Los cuidados y las mujeres en las familias». *Política y Sociedad*. 2008. Vol. 45. N.º 2.

⁹ *Vid.* GONZÁLEZ DÍAZ, F.A. «Evolución del proceso de igualdad de la mujer en las relaciones laborales : igualdad de trato y familia» en AA.VV. *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2005.

¹⁰ Ya en el artículo 9 de la Ley de 13 de marzo 1900, sobre condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños, se prohibía el trabajo de la mujer durante las 3 semanas posteriores al alumbramiento, con reserva del puesto de trabajo abandonado temporalmente. *Vid.* PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. «Orígenes de la regulación del trabajo femenino en España». *REDT*. 1975/1976. N.º 1-2.

¹¹ Nuestra Constitución dedica a esta materia el artículo 39.2, situado entre los denominados principios rectores de la política social y económica, en el que se declara que los poderes públicos han de asegurar la protección integral de los hijos y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.

¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. «Seguridad Social, maternidad y familia». *Relaciones Laborales*. N.º 14. Julio. 2000. Pág. 9.

¹³ *Vid.* entre otras la STC 182/2005, de 4 de julio. Un análisis de la misma en GARCÍA PIÑEIRO, N.P. «La discriminación por razón de sexo conectada a las situaciones de embarazo o maternidad: vulneración del derecho a la promoción profesional y económica». *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 129. Enero. 2006.

¹⁴ Como son las referidas a la resolución de la relación laboral en periodo de prueba (STC 166/1988, de 26 de septiembre) o la no renovación del contrato temporal (STC 173/1994, de 7 de junio). Un análisis de esta sentencia en ALONSO OLEA, M. «Resolución del contrato de trabajo en período de prueba y discriminación por razón de embarazo» en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*. T. VI. Madrid, 1988.

¹⁵ Dada la peculiar incidencia en la situación laboral de las mujeres por parte de la maternidad y la lactancia, tratando de compensar las desventajas reales que, para la conservación de su empleo, soporta la mujer a diferencia del hombre. *Vid.* SSTC de 3 de julio y 20 de noviembre, ambas de 2006.

¹⁶ Puesto que también se ha advertido que la protección de la mujer y de su salud en función de su sexo ha de ser examinada con cuidado, dadas las repercusiones negativas que, directa o indirectamente, puede tener en la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres (SSTC de 3 de diciembre de 1996 o de 3 de julio de 2006).

de un mayor protagonismo de las políticas de ayudas a la familia ¹⁷, el derecho de los padres a un permiso y una prestación por paternidad ¹⁸.

La Seguridad Social tradicionalmente había venido tratando la protección de la maternidad desde la óptica de la mujer trabajadora, por lo que, además de las cuestiones sanitarias, ha puesto el acento en las prestaciones económicas motivadas por la suspensión del contrato de trabajo a causa de la maternidad y, en una fase posterior, en los casos de riesgo durante el embarazo y ahora también en la de riesgo durante la lactancia, configurando estas tres situaciones –el embarazo, la maternidad y la lactancia– como contingencias propias y separadas de la enfermedad ¹⁹.

Pero, además, la maternidad y sus consecuencias colocan a la mujer en un plano de dificultad para la realización de sus cometidos laborales, de ahí que también se haya venido insistiendo en la necesidad de adoptar medidas que posibiliten la conciliación de esas responsabilidades familiares, pero ya desde una perspectiva de igualdad de género ²⁰, con las propias de la actividad laboral, objetivo en el que sin duda han jugado un papel esencial determinadas iniciativas internacionales y comunitarias. Dentro de estas últimas, son de especial importancia las Directivas del Consejo 92/85, sobre protección

¹⁷ En este marco, la OCDE configura la protección a la familia como las políticas que incrementan los recursos disponibles de los hogares en los que existen hijos o menores dependientes, que promueven el desarrollo de estos, minoran las barreras para tener hijos y promueven la conciliación de las obligaciones familiares y laborales, al mismo tiempo que favorecen la igualdad de género en las oportunidades de empleo.

¹⁸ Como acciones básicas tendentes a lograr mayor conciliación de la vida familiar y laboral, desde una vertiente de igualdad de género, la LOI establece o mejora la regulación anterior en los siguientes aspectos: el derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario (art. 34.8 ET); el establecimiento de un permiso de 2 días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad grave, hospitalización o –y en ello reside la novedad– intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario o de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; la ampliación de los supuestos de reducción de la jornada de trabajo (con la reducción proporcional del salario) entre 1/8 y 1/2 en los supuestos de guarda legal de un menor de 8 años o de una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no realice una actividad retribuida; la ausencia de una hora del trabajo (con mantenimiento de los derechos económicos) o de reducción de la jornada de trabajo, con la minoración proporcional del salario, hasta un máximo de 2 horas al día, en los casos de nacimiento de hijo prematuro o que, por cualquier circunstancia, deba permanecer en el hospital a continuación del parto; la acomodación del disfrute de las vacaciones laborales, cuando las mismas coinciden con un período de baja por maternidad.

Por último, la Alianza Europea para las familias, puesta en marcha en la primavera de 2007, por el Consejo Europeo tiene como objetivo el intercambio de buenas prácticas y la investigación respecto de los retos demográficos que se plantean, integrando sus acciones en la Estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo. [Comunicación de la Comisión. COM (2007). 244. final].

¹⁹ Hasta la reforma de 1994, la maternidad, en el ámbito de la protección dispensada por la Seguridad Social, se incardinaba dentro de la entonces incapacidad laboral transitoria. Va a ser la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (mediante la inclusión en la LGSS de un nuevo Capítulo –el IV. bis, del Título II–) la que establezca una nueva contingencia de la Seguridad Social, la de maternidad.

²⁰ Se ha puesto de relieve que el hecho de que la conciliación de la vida familiar y laboral se haya convertido en un objetivo de las políticas públicas obedece, en buena medida, a que aquella se ha encuadrado dentro de las políticas de igualdad de género en el marco de los planes de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Además, en la medida en que se ha asumido que la promoción de la natalidad o el bienestar de los niños han de transcurrir por la senda que posibilite a las madres compaginar su maternidad con sus metas laborales y profesionales, la conciliación de la vida familiar y laboral ha pasado a formar parte de las finalidades de la protección social a la familia. *Vid.* ZUFIAUR NARVAIZA y otros «Hacia un nuevo modelo de protección a las familias en España». Estudio de investigación realizado en el marco del FIPROSS. Ministerio de Trabajo e Inmigración. 2009. El contenido de este trabajo se encuentra disponible en la página web de la Seguridad Social (www.seg-social.es).

de la maternidad²¹, y 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre permiso parental, celebrado entre las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel comunitario, así como previamente la Directiva 76/207 o la Recomendación del Consejo 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer²².

La primera acomodación del ordenamiento español a las directivas europeas lo constituyó la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral, si bien con la LOI se da un paso significativo, ya que si aquella puso el acento en la necesidad de reforzar la compatibilidad entre el trabajo y la familia (por ello, dentro de los títulos constitucionales invocados se hace referencia a los de los artículos 14 –igualdad ante la ley– y 9.2 –igualdad real y efectiva– así como el 39 –protección por los poderes públicos de la familia–) en la LOI se hace mayor hincapié en los artículos 9.2 y 14, omitiendo la referencia al 39, siendo muestra del avance logrado en la aplicación del principio de no discriminación no solo desde la igualdad ante la ley, sino sobre todo en el plano de la igualdad efectiva²³.

1.1. Situaciones protegidas.

En la LOI se ha incorporado todo un conjunto de medidas que tienden a flexibilizar y «racionalizar»²⁴ la suspensión del contrato en razón de la maternidad (con sus consecuencias respecto de la prestación de la Seguridad Social) con el objetivo básico de lograr una mejor protección del recién nacido (o del menor que se inserta en el nuevo hogar familiar) y fomentar que el otro progenitor²⁵ participe en el cuidado del hijo o del menor acogido, ya que la suspensión del contrato de trabajo y la correspondiente prestación por maternidad responde a una triple finalidad de protección: la de la propia maternidad, la del recién nacido o menor adoptado o acogido y la corresponsabilidad del padre en el cuidado de los hijos o de los menores.

Ahora bien, aunque la LOI tiene entre sus finalidades la de alcanzar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, sin embargo, mantiene el esquema tradicional de titularidad

²¹ Desde esta vertiente, la Directiva 92/85/CEE reconoce a la trabajadora, en tanto dure el permiso de maternidad, su derecho a mantener su remuneración o a obtener una prestación de Seguridad Social adecuada, si bien estableciendo la obligación de que la misma ha de ser, como mínimo, la que se recibiría en caso de cese temporal en la actividad, a causa de pérdida de la salud.

²² Dentro de las iniciativas comunitarias, cabe destacar la aprobación, con fecha de 29 de junio de 2000, de la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, así como las Conclusiones del Consejo (Empleo y Política Social), de 27 de noviembre de 2000, sobre la puesta en práctica por los Estados miembros de la Unión del programa de acción sobre la conciliación de la vida profesional y familiar. Asimismo, para una visión de las estrategias seguidas en diferentes países europeos sobre la conciliación de la vida familiar y laboral, en especial en las pequeñas empresas, *Vid.* el estudio de la Comisión Europea: «Conciliación de la vida familiar y laboral en las pequeñas empresas. Los modelos y las estrategias en Italia, España, Francia y Alemania». Bruselas. Diciembre. 2000.

Los documentos señalados en esta nota pueden encontrarse en la web de la Unión Europea («*europa.eu.int*»).

²³ *Vid.* LÓPEZ GANDÍA, J. «Medidas de Seguridad Social en la Ley de Igualdad. Especial referencia a las prestaciones de maternidad y paternidad». En VV.AA. *La Seguridad Social en el siglo XXI*. Ediciones Laborum. Murcia. 2008.

²⁴ Así se califica en NÚÑEZ-CORTÉS, P. «El permiso y la prestación de maternidad en la futura Ley de Igualdad». *Actualidad Laboral*. N.º 2. Enero. 2007.

²⁵ La Ley 13/2005, de modificación del matrimonio, obliga a adecuar la terminología, sustituyendo los términos padre y madre (válidos para uniones familiares heterosexuales) por los de «progenitores» acepción que engloba una mayor gama de posibilidades convivenciales.

de la suspensión del contrato de trabajo (y de la prestación de Seguridad Social) ya que la titularidad originaria de tales derechos la ostenta la madre trabajadora, de la que puede derivar un nuevo derecho en favor del padre trabajador, quien lo disfruta por cesión de la madre o ante los casos de fallecimiento de esta. Por supuesto que, en los casos de adopción o acogimiento, desaparece la diferencia en la titularidad de derechos que son ostentados, en caso de que sean dos los adoptantes o las personas acogedoras, por cualquiera de ellos o de forma conjunta ²⁶.

Las situaciones protegidas en la prestación por maternidad son las siguientes ²⁷:

a) *La maternidad biológica.*

Aunque no existe ningún problema respecto de la cobertura social en relación con el nacimiento, la problemática reside en los supuestos de muerte del hijo intrauterino o acaecida en el momento del parto, teniendo en cuenta que la legislación laboral (art. 48.4 ET) se refiere de forma expresa «a los supuestos de parto» ²⁸ por lo que podría entenderse que también son objeto de protección los casos de alumbramiento de una criatura muerta o abortiva o incluso el nacimiento del hijo vivo que fallece posteriormente.

Esta es la posición por la que se decanta la norma reglamentaria (art. 8.4 RMAT) al aludir a la duración de la prestación, en el caso de fallecimiento de hijo nacido, regulación que se extiende a los supuestos en que el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad (es decir, haber sobrevivido al menos 24 horas separado del cuerpo materno) siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, 180 días ²⁹.

b) *La maternidad adoptiva.*

Es objeto de protección la adopción de un menor de 6 años ³⁰, tanto en los supuestos de adopción nacional como en los casos de adopción internacional, o de mayor edad, en los casos de adop-

²⁶ De ahí que, en los casos de maternidad biológica, la titularidad del derecho por la madre se erige en una diferenciación por razón de la filiación. Esta diferencia, si bien puede encontrar su apoyo durante las 6 semanas post-parto de descanso obligatorio, sin embargo puede carecer de él en el período siguiente atendiendo a la finalidad del mismo, que ha de ser el cuidado del menor y la atención a la familia. Vid. GARCÍA VIÑA, J. «La mejora de las prestaciones de maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo en la negociación colectiva», en VV.AA. *La Seguridad Social en el siglo XXI*. Ediciones Laborum. Murcia. 2008, págs. 273 y 274.

²⁷ Artículo 2 del RMAT.

²⁸ Expresión que contrasta con la contenida en el artículo 48.4 bis del ET que, en relación con el permiso de paternidad, hace referencia al supuesto *nacimiento de hijo*. Por ello, se ha argumentado que, en los casos de parto prematuro, con fallecimiento del feto, que hubiese alcanzado un período mínimo de 180 días, se podría tener derecho a la prestación por maternidad, pero no a la correspondiente a la paternidad. Vid. GARRIGUES GIMÉNEZ, A. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., en GARCÍA NINET, J.I. (director): *Comentarios a la Ley de Igualdad*, CISS, Valencia. 2007. No es esta la tesis que se recoge en el RMAT, ya que, a efectos de las prestaciones por paternidad, se declaran como situaciones protegidas las que estén reguladas en relación con la prestación por maternidad.

²⁹ Para algunos, de la literalidad del artículo 48.4 del ET, así como del bien jurídico que se protege –el menor nacido– solo podrán ser objeto de cobertura los procesos de gestación concluidos con el nacimiento de hijo vivo, así como los casos de muerte del hijo acaecida después del parto. Vid. FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. «Reflexiones sobre el permiso por paternidad», en VV. AA. *La Seguridad Social en el siglo XXI*. Ediciones Laborum. Murcia. 2008.

³⁰ O de más edad, siempre que sean menores de edad, en el ámbito de la función pública.

ción de personas con discapacidad o de quienes, por sus circunstancias y experiencias personales, o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes³¹.

Siguiendo el precedente del Real Decreto 1251/2001, se considera que los menores de edad presentan alguna discapacidad cuando esta se valore en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

c) *El acogimiento de menores.*

Partiendo de una consideración amplia de la maternidad, que pone el acento en el cuidado del menor que se inserta en una nueva unidad familiar, la LOI establece que son, asimismo, objeto de protección el acogimiento, bajo la modalidad de preadoptivo, permanente o simple, incluso cuando sean provisionales³², siempre que, de acuerdo con las previsiones del Código Civil o la legislación autonómica que les sea de aplicación, tengan una duración mínima de un año³³, de un menor de 6 años³⁴ o de mayor edad, en los casos de adopción de personas con discapacidad (valorada, al igual que sucede con los casos de adopción, en un grado mínimo del 33%) de quienes, por sus circunstancias y experiencias personales, o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes³⁵.

³¹ El artículo 2 del RMAT considera jurídicamente equiparables a la adopción aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción.

³² Los acogimientos provisionales se consideran situaciones protegidas en relación con las personas incluidas en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) e incluidas, a efectos de la Seguridad Social en el Régimen General, ya que, aunque no está prevista esta modalidad de acogimiento en el artículo 49 b) del EBEP, se sigue el criterio del Ministerio de Administraciones Públicas (Acuerdo de la Comisión Superior de Personal de 20 de abril de 2007) en el sentido de que el mismo se aplique con carácter uniforme a todas las relaciones de empleo público, sin exceptuar, en caso del personal laboral, las normas más beneficiosas que en algún aspecto concreto pudiera contener el ET.

³³ Para algunos autores, el establecimiento de una duración mínima de un año en el acogimiento pretende restringir el derecho a situaciones provisionales o transitorias que pueden repetirse con periodicidad, repercutiendo de forma negativa en la Seguridad Social y en la organización productiva aunque, sin duda, esa exigencia puede plantear problemas en la aplicación efectiva de la regulación, dado que, en ocasiones, la duración del acogimiento no va a poder determinarse con exactitud de forma anticipada. (Vid. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ. I. «La suspensión de la relación de trabajo por maternidad y paternidad a la luz de la LO 3/2007»). *Relaciones Laborales*. N.º 5/2008.

³⁴ O de más edad, siempre que sean menores de edad, en el ámbito de la función pública.

³⁵ El artículo 2 del RMAT considera jurídicamente equiparables al acogimiento aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para los acogimientos preadoptivos, permanentes o simples.

Asimismo, se declara que los acogimientos provisionales formalizados por las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social e incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP se consideran situaciones protegidas en la medida en que den lugar a los correspondientes descansos o permisos.

Los acogimientos provisionales solo se consideran situaciones protegidas si dan lugar al correspondiente descanso en relación con las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social e incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP, ya que, al no encontrarse recogido este tipo de acogimiento dentro de las distintas modalidades de acogimiento que contempla el artículo 49 b) de dicho Estatuto, pudiera no dar lugar al reconocimiento del correspondiente permiso por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Esta previsión se efectúa en relación con las «personas» incluidas en el EBEP, es decir, respecto del personal laboral y de los funcionarios, ya que, siguiendo el criterio del Ministerio de Administraciones Públicas (Acuerdo de la Comisión Superior de Personal de 20 de abril de 2007), dicha

El artículo 173 bis del Código Civil regula las diferentes formas de acogimiento familiar, en función de los objetivos a los que se dirigen:

- *Acogimiento familiar simple*, con una duración transitoria, porque se prevea la pronta vuelta del menor a su familia natural, o bien porque se está a la espera de adoptar una solución más estable ³⁶.
- *Acogimiento familiar permanente*, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. Suele aplicarse a los menores que, por razón de su edad o de algún tipo de problema de salud, previsiblemente no van a ser adoptados ³⁷, o en los casos de acogimiento entre familiares muy directos ³⁸.
- *Acogimiento familiar preadoptivo*, ya que su finalidad básica es la de propiciar la adopción del menor, con la familia acogedora.
- Por último, el *acogimiento familiar provisional*, cuando los padres que no están privados de la patria potestad o el tutor no consientan o se opongan al acogimiento. Por ello, esta modalidad de acogimiento solo puede ser acordada por el Juez, en interés del menor, aunque también la entidad pública está facultada para, en interés del menor, acordar un acogimiento familiar provisional, en tanto se produce la resolución judicial ³⁹.

d) *La tutela de menores.*

Por último, y dentro de las situaciones protegidas en los supuestos de maternidad, el artículo 2 del RMAT recoge la equiparación de la tutela a la adopción, a efectos del disfrute de las prestaciones por maternidad, llevando a la norma reglamentaria la práctica que había venido llevando a cabo la Administración de la Seguridad Social ⁴⁰, si bien limita la misma a varias condiciones, como son que la tutela se ejerza sobre menores y por persona que sea familiar de los mismos, razón por la que no quepa la adopción.

norma debe aplicarse con carácter uniforme a todas las relaciones de empleo público, sin exceptuar, en caso del personal laboral, las normas más beneficiosas que en algún aspecto concreto pudiera contener el ET. El mismo criterio resulta aplicable aun cuando se trate de empleados públicos en la Administración autonómica o local.

³⁶ La doctrina valora positivamente la inclusión, dentro de las situaciones protegidas en la situación de maternidad, del acogimiento simple ya que, aunque el objetivo del mismo es reintegrar al menor a la familia biológica, sin embargo, en razón del acogimiento, el menor acogido tiene los mismos derechos y obligaciones que el resto de los miembros del hogar familiar, y con la obligación de la familia de acogida de las obligaciones legales de cuidado del menor (guarda y compañía, alimentación, educación, etc.). *Vid.* BARCELON COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, M. G. «El impacto de la Ley para la Igualdad en el marco de la normativa de Seguridad Social». *Temas Laborales*. N.º 91/2007. Págs. 237 y 238.

³⁷ En estos supuestos es usual que la entidad pública competente, en interés del menor, solicite del Juez que atribuya a los acogedores las facultades de la tutela.

³⁸ En los que no se desea que el menor acogido pierda la filiación respecto de su familia biológica, que sí sucedería en los supuestos de adopción.

³⁹ En las resoluciones judiciales o administrativas que constituyan el acogimiento habrá de figurar la duración previsible del acogimiento provisional. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A. «El permiso y la prestación por maternidad en la futura Ley de Igualdad». *Actualidad Laboral*. 2007-1, págs. 168 y 169.

⁴⁰ De acuerdo con el contenido de la Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de 10 de enero de 2008, que se pronuncia en el sentido indicado.

e) Trabajadores por cuenta propia.

Dado que la legislación de Seguridad Social, al regular las situaciones protegidas se refiere a los periodos de suspensión de la relación laboral (supuesto de trabajadores por cuenta ajena) o de permiso (supuesto de empleados públicos) en razón del parto, adopción o acogimiento, respecto de los trabajadores por cuenta propia el artículo 2.4 del RMAT ⁴¹ considera situaciones protegidas, respecto de la maternidad, la adopción o el acogimiento y a efectos de los trabajadores por cuenta propia, los periodos de cese en la actividad que sean 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, excepto en lo que se refiere a la posibilidad de disfrute del descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, para los que se establece determinadas particularidades.

1.2. Beneficiarios.

1.2.1. Regulación general.

Con carácter general, y de acuerdo con el artículo 133 ter de la LGSS (y en desarrollo del mismo el art. 3 RMAT), son beneficiarios de la prestación por maternidad los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos o permisos señalados, siempre que, en el momento de causar la prestación, estén afiliados y en alta o en situación asimilada a la misma, en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y acrediten los periodos mínimos que, en cada caso, se hallen establecidos ⁴².

Ahora bien, hay una diferencia básica entre la maternidad biológica y las demás situaciones protegidas, ya que si en el primer caso, la titularidad originaria del derecho es de la madre, que puede ceder una parte del mismo (las semanas que excedan de las seis posteriores al parto, que constituyen el descanso obligatorio) al otro progenitor, en los casos de adopción, acogimientos o tutela, si son dos las personas adoptantes, quienes ejercen la tutela o para los que se constituye el acogimiento, el derecho puede ser ejercido por ambos, de forma simultánea o sucesiva.

Dos, pues, son los requisitos básicos de acceso a la protección:

- a) De una parte, la condición de afiliación y encontrarse en alta o en situación asimilada al alta en el momento en que se causa la situación protegida, respecto de las que el artículo 4 del RMAT regula todo un conjunto de situaciones que declara de asimilación al alta a efectos de la prestación por maternidad, reproduciendo las que ya estaban previstas en el derogado Real Decreto 1251/2001, a las que se añaden otras nuevas ⁴³.

⁴¹ En relación con el contenido de la disposición adicional undécima bis, que extiende a los trabajadores por cuenta propia la cobertura por maternidad.

⁴² De acuerdo con el artículo 124 de la LGSS.

⁴³ Las situaciones que el artículo 4 del RMAT considera como de asimilación al alta, a efectos de la prestación por maternidad, que ya venían recogidas en el artículo 5 del Real Decreto 1251/2001, son:

b) De otra, la acreditación de un determinado período de cotización, el cual, frente a la situación anterior a la LOI, en la que este período era igual en todos los casos, a partir de la misma varía en razón de la edad del beneficiario, del modo siguiente:

- No se exige período de cotización alguno, en el caso de trabajadores que tengan menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.
- Si los trabajadores tienen más de 21 años de edad, es necesario acreditar los siguientes períodos mínimos de cotización ⁴⁴:
 - 90 días de cotización dentro de los 7 años anteriores al inicio del descanso o, alternativamente, 180 días cotizados a lo largo de la vida laboral, con anterioridad a la fecha indicada, en los casos en que el beneficiario tiene cumplidos 21 años de edad y sea menor de 26 en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.
 - 180 días de cotización dentro de los 7 años anteriores al inicio del descanso o, alternativamente, 360 días cotizados a lo largo de la vida laboral, con anterioridad a dicha

- La situación legal de desempleo total por la que se perciba prestación de nivel contributivo;
- El mes siguiente al cese en el cargo público o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo (arts. 46.1 y 48.3 ET);
- El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional;
- Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, los cuales tendrán la consideración de días cotizados y en situación de alta, aunque no se correspondan con los de prestación de servicios;
- En el Régimen Especial Agrario, la situación de desplazamiento al extranjero por razón de trabajo (art. 71 del Reglamento General del Régimen Especial Agrario), y
- Cualquier otra que esté establecida en disposición legal o reglamentaria.

Como situaciones nuevas no recogidas en el artículo 5 del Real Decreto 1251/2001 se prevén:

- La situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato (art. 125.1 LGSS);
- Los períodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género (disp. adic. séptima de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género);
- El convenio especial con la Seguridad Social para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial con la Seguridad Social para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las Comunidades Autónomas (arts. 11 y 12 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, sobre el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social), y
- Los períodos entre campañas de los trabajadores fijos-discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo, sin perjuicio del devengo de la prestación cuando se produzca el reinicio de la actividad (esta situación de asimilación al alta ya venía siendo aplicada en vía administrativa, aunque no estaba recogida de forma expresa en la norma).

⁴⁴ Para la determinación de los diferentes períodos mínimos de cotización se han de tener en cuenta los denominados «días cuota». Aunque la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social suprimió aquellos –si bien mediante un período transitorio, en los términos señalados en la disp. trans. cuarta de la LGSS, en la redacción dada por el art. 3 de aquella– esa supresión únicamente opera respecto de la pensión de jubilación, pero no en relación con las demás prestaciones económicas de la Seguridad Social.

fecha, en los casos en que el beneficiario tiene cumplidos 26 años de edad ⁴⁵ en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción ⁴⁶.

- El artículo 5 del RMAT establece unas reglas específicas para la acreditación de los requisitos de edad y cotización, en tres supuestos determinados.
- *Primero*: en los supuestos de maternidad biológica y a efectos de determinar el período mínimo de cotización exigido a la madre, se toma en cuenta la edad que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso, mientras que, para la acreditación del período de cotización, se toma como referente el momento del parto. Con esta previsión (que se aplica con exclusividad a la madre –por lo que para el otro progenitor, tanto para la edad como para la acreditación de la cotización, se ha de tomar en consideración el momento de inicio del descanso y, consecuentemente, del inicio de la prestación–) se computan las cotizaciones que se puedan haber realizado tras el momento del inicio del descanso, cuando este sea anterior al momento del parto.

Pudiera suceder que la madre hubiera iniciado el período de descanso antes del parto, reconociéndosele el derecho en razón de la fecha probable del parto, pero que, por demora de este, una vez que se produce no se acredita el período de cotización exigido. En tales casos, se declara ⁴⁷ extinguida la prestación, sin que se consideren indebidas las prestaciones percibidas hasta ese momento y se ha de proceder a reconocer la prestación de naturaleza no contributiva.

- *Segundo*: en los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los adoptantes al país de origen del adoptado, a efectos de determinar el período mínimo de cotización, se tiene en cuenta la edad que se acredite en el momento de inicio del descanso, que puede comenzarse a disfrutar hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción ⁴⁸; por el contrario, para la acreditación del período mínimo de cotización, se toma como referente la fecha de dicha resolución ⁴⁹.

⁴⁵ El artículo 133 ter, 1, b) y c) de la LGSS distingue literalmente entre trabajadores que tienen «cumplidos entre 21 y 26 años de edad» y los «mayores de 26 años». Para acabar con las posibles dudas, existentes con la literalidad de la LGSS (*Vid.* al respecto el Criterio Jurídico del INSS 88/2008) el artículo 5 del RMAT especifica con mayor precisión, para evitar confusiones, «si el trabajador tiene cumplidos 21 años de edad y es menor de 26...» y si tiene «cumplidos 26 años...».

⁴⁶ El criterio administrativo (Criterio Jurídico INSS 1999/62, con la modificación incorporada el 16 de julio de 2008) precisa que el criterio de la «edad cumplida» es el que sirve como delimitador para cada uno de los grupos de beneficiarios recogidos en el artículo 133 ter de la LGSS. Conforme a dicho criterio y partiendo de las previsiones restablecidas en el artículo 315 del Código Civil, se considera que en el párrafo b), apartado 1, del artículo 133 ter señalado se incluyen a los trabajadores que, en cada caso, hayan cumplido o tengan cumplidos los 21 años de edad y todavía no tienen los 26, mientras que los trabajadores que en dicha fecha hayan cumplido o tengan cumplidos los 26 años de edad, están comprendidos en el grupo indicado en el párrafo c) del mismo artículo y apartado.

⁴⁷ Artículo 5 del RMAT.

⁴⁸ Cuando haya transcurrido el período de 4 semanas de inicio del descanso y no hubiera recaído la correspondiente resolución judicial o administrativa de constitución de la adopción o el acogimiento, la entidad gestora puede suspender cautelarmente el percibo de la prestación hasta el momento en que aquella se produzca.

⁴⁹ En cualquiera de los dos supuestos, si se ha reconocido el derecho a la prestación al inicio del período de descanso teniendo en cuenta las 4 semanas en que puede anticiparse su disfrute, y cuando se dicte la resolución judicial o administrativa, no se acredita el período de cotización, se extingue el subsidio, sin que sean indebidas las prestaciones percibidas hasta ese momento. De igual modo, si se ha reconocido la prestación, pero al final no llega a término la adopción o el acogimiento internacional, los interesados no están obligados a devolver las prestaciones percibidas hasta el momento de la denegación, o, en su caso, hasta el momento en que se haya suspendido su abono.

- *Tercero*: si los beneficiarios de la prestación son trabajadores con contrato a tiempo parcial, el lapso de tiempo inmediatamente anterior al inicio del descanso, en el que debe estar comprendido el período mínimo de cotización exigido (es decir, los 7 años antes del parto o, en su caso, del inicio del descanso) se incrementa en la misma proporción en que el trabajador haya reducido la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente, si bien y aclarando la regla establecida en el artículo 3.1 del Real Decreto 1131/2002, se precisa que dicho incremento procede solamente respecto de los períodos en que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada reducida ⁵⁰.

- c) En el caso de trabajadores por cuenta propia –así como de trabajadores por cuenta ajena que sean responsables del ingreso de cotizaciones ⁵¹– se establece un requisito adicional ⁵² para que puede ser reconocida y abonada la prestación, consistente en que los interesados se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, y ello, aunque la prestación sea reconocida, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena ⁵³.

Se mantiene la regulación anterior, en lo que respecta al disfrute de los períodos de descanso –y de la correspondiente prestación económica– por más de un beneficiario, de modo que si tales períodos son disfrutados, simultánea o sucesivamente, por los dos progenitores (en este caso, porque ha existido una opción previa de la madre), por los dos adoptantes o las dos personas que constituyen el acogimiento, ambos tienen la condición de beneficiarios de la prestación, quedando condicionado el derecho a que reúnan de forma independiente los requisitos exigidos.

Asimismo, en el caso de parto, si se produce el fallecimiento de la madre, el otro progenitor tiene derecho a la prestación económica por maternidad durante todo el período de descanso o durante la parte que quede por disfrutar de dicho período, computado desde la fecha del parto, siempre que

⁵⁰ Por ejemplo, si se trata de una persona que en los 7 años anteriores al inicio del descanso, venía trabajando, mediante contrato a tiempo parcial, al 60 por 100 de la jornada ordinaria, el lapso de tiempo se incrementa en un 40 por 100, dando como resultado 9,8 años [$7 + 7 (40/100)$].

Por el contrario, si esa persona hubiese trabajado en dicho lapso de 7 años, 3 a tiempo completo, 3 a tiempo parcial al 50 por 100 de jornada y 1, también a tiempo parcial con una jornada del 60 por 100, el incremento del lapso sería el siguiente:

- Durante los 3 años a tiempo completo, no existe incremento.
- Los 3 años a un 50% se incrementan en la misma proporción, es decir, 1,5 años ($3 \times 50/100$).
- El otro año se incrementan en un 40 por 100, es decir, en 1,4 ($1 + 1(40/100)$).

Por ello, el tiempo en que deberían estar acreditados los 90 ó 180 días se extendería hasta 8,9 años.

⁵¹ Por ejemplo, representantes de comercio, artistas o profesionales taurinos.

⁵² *Vid.* el contenido de la disposición adicional 39.^a de la LGSS, incorporada por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre. Un análisis de la misma en PANIZO ROBLES, J.A. «La Seguridad Social en el inicio del año 2004 (Comentario a las novedades en materia de Seguridad Social contenidas en las Leyes de Presupuestos y Acompañamiento para 2004, así como en la Ley de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Madrid. N.º 251. Febrero. 2004 y «Comentarios a las novedades incluidas en la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social». En AA.VV. «Las últimas reformas laborales del año 2003». *Justicia Laboral*. N.º Extraordinario. Ed. Lex Nova. 2004.

⁵³ Se aplica en estos casos el mecanismo de la invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos, cualquiera que sea el régimen de Seguridad Social en que el interesado esté incorporado en el momento de acceder a la prestación o en el que se cause la misma.

acredite los requisitos exigidos y sin que se descuente la parte que la madre hubiera podido percibir con anterioridad al parto ⁵⁴. Ahora bien, si en la legislación anterior a la LOI esta regulación solo era aplicable a los supuestos en que la madre trabajase, tras aquella, también es extrapolable a los casos en que la madre no trabaje ⁵⁵. Además, en estos casos, el disfrute de esta prestación es compatible con el derecho al subsidio por paternidad ⁵⁶.

1.2.2. Ejercicio de la opción a favor del otro progenitor que no es la madre ⁵⁷.

La legislación laboral (así como la correspondiente a la función pública) posibilita que, en caso de maternidad biológica, el otro progenitor pueda disfrutar de un período determinado de descanso (y, derivado de ello, la percepción de la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social, sustitutiva del salario dejado de percibir) si bien esa situación queda condicionada a que la madre efectúe opción en tal sentido.

Las previsiones legales son objeto de desarrollo reglamentario a través del RMAT, del modo siguiente ⁵⁸:

- a) Con carácter general, la opción ha de ser ejercida por la madre al iniciarse el período de descanso y posibilita que, salvo el período de 6 semanas post-parto (que tiene la naturaleza de descanso obligatorio para la madre e indisponible por ella) el resto de aquel pueda ser disfrutado, tras el parto, por el otro progenitor, de forma sucesiva o coincidente, con la madre.
- b) La opción ejercitada por la madre en favor del otro progenitor puede ser revocada por aquella si sobrevienen hechos (como ausencia, enfermedad o accidente del otro progenitor, abandono de familia, separación, violencia de género o violencia doméstica ejercida sobre la madre por el otro progenitor u otras causas análogas) que hagan inviable la aplicación de la misma.
- c) En los casos de pluriempleo o de pluriactividad de la madre, la opción que realice para el disfrute de parte del descanso en favor del otro progenitor debe ser coincidente, en cuanto al número de días cedidos, en los dos empleos o actividades.
- d) En los casos de parto, cuando ambos progenitores compartan los períodos de descanso, no procede el reconocimiento de un subsidio por riesgo durante la lactancia natural, en tanto no se hayan agotado totalmente dichos períodos, cualquiera que fuere el progenitor que los dis-

⁵⁴ Ese descuento sí se producía, por el contrario, en la normativa anterior a la LOI.

⁵⁵ Este supuesto ya estaba contemplado en la Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de 21 de abril de 2004, sobre acceso a la prestación de maternidad por el padre en el supuesto de fallecimiento de la madre, y se incorporó en el artículo 4 del Real Decreto 1251/2001, a través del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social. La LOI, al dar nueva redacción al artículo 48.4 del ET, ha elevado el rango de tal disposición y, además, ha añadido la precisión de que no se descuente al otro progenitor la parte del descanso que hubiera podido disfrutar la madre antes del parto.

⁵⁶ En todo caso, el apartado 10 del artículo 3 precisa que son incompatibles entre sí el disfrute del permiso por parto o del permiso por adopción o acogimiento, previstos en el artículo 49 a) y b) del EBEP, con la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento, establecida en el artículo 48.4 del ET.

⁵⁷ En el ejercicio 2008, de 359.160 expedientes de prestación de maternidad reconocidos, solamente en 5.575 casos hubo una distribución de períodos de descanso entre ambos progenitores.

⁵⁸ Artículo 9 del RMAT.

frute, de modo que a tal efecto, si la madre se ha reincorporado al trabajo y se aprecia la existencia de riesgo durante la lactancia natural que dé lugar a la suspensión de la actividad laboral, queda anulada la opción ejercitada por la madre en favor del otro progenitor y aquella debe reanudar el disfrute de la parte que reste del permiso por maternidad ⁵⁹.

1.2.3. Supuestos de parto en que la madre por sí misma no tiene derecho.

Puede darse el caso de que la madre –en caso de parto– no tenga derecho a la prestación por diferentes causas, situación a la que el artículo 3 del RMAT da diferentes soluciones para que el otro progenitor se beneficie de la prestación, como son ⁶⁰:

- a) Si esa ausencia de cobertura se debe a que la madre, como consecuencia de la actividad profesional, está incorporada a la Mutuality de Previsión Social establecida por el correspondiente Colegio Profesional ⁶¹, sin que en la misma se tenga derecho a prestaciones por maternidad (al no estar prevista esta cobertura protectora en la Mutuality) el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente período de descanso, puede percibir la prestación por maternidad ⁶², como máximo, durante el período que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicha prestación compatible con la de paternidad ⁶³.

⁵⁹ Con esta regulación se pretende evitar posibles utilizaciones indebidas de los subsidios de maternidad y de lactancia natural, al estar conectados los supuestos de riesgo derivado del puesto de trabajo en caso de embarazo y de lactancia natural. Por ello, si no se acota el disfrute de los permisos, pudiera suceder que la madre opte por ceder al otro progenitor todo o gran parte del período de descanso que excede de las 6 semanas obligatorias y ella se reincorpore a su trabajo una vez salvadas estas, para, inmediatamente, acogerse a la situación de riesgo durante la lactancia natural y poder así percibir la prestación correspondiente hasta su extinción (9 meses del hijo), manteniendo el otro progenitor el subsidio por maternidad hasta su agotamiento.

⁶⁰ En todos los supuestos, la LOI implica un avance frente a la regulación anterior y supone una rectificación de la doctrina consolidada de los Tribunales (SSTS de 28 de diciembre de 2000, 28 de noviembre de 2001 ó 18 de marzo de 2002) que consideraba que la madre solo podía ceder un derecho cuando era titular originario del mismo, doctrina que venía siendo criticada por parte de la doctrina (entre otros PIQUERAS PÉREZ «El disfrute por el padre del descanso por maternidad». *Aranzadi*. N.º 4. 2001 o RODRÍGUEZ COPE. *La suspensión del contrato de trabajo por maternidad*. CES. Madrid. 2004). El RMAT lleva al ordenamiento jurídico los criterios que, tras la entrada en vigor de la LOI, venía aplicando la Entidad gestora (Vid. INSS. Criterio Jurídico de Gestión 19/2008).

⁶¹ Es decir, a una Mutuality alternativa. Sobre las mismas, vid. ARIAS DOMÍNGUEZ, A. «Dos cuestiones recientes sobre colegios profesionales». *Aranzadi Social*. N.º 10. Septiembre 2002; DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J. I. *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*. Editorial Lex Nova. 1.ª edición, diciembre 2004; LÓPEZ ANIORTE, M.C. «El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: un proceso inacabado». *Foro de Seguridad Social*. N.º 20. 2008; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. «Los profesionales liberales en el sistema de la Seguridad Social». *Carta Laboral*. N.º 33. Julio 2000; PANIZO ROBLES, J.A. «El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: el mantenimiento de una situación particular». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N.º 190, enero 1999. «De nuevo sobre Seguridad Social y profesionales colegiados (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2000)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N.º 208. Julio. 2000 o SEMPERE NAVARRO, A.V. «Sobre la opción entre el RETA y la Mutuality de la Abogacía». *Aranzadi Social*, N.º 1/2000.

⁶² Con la regulación que proviene de la LOI se sale al paso de la doctrina judicial anterior (STS de 28 de diciembre de 2000, 20 de noviembre de 2001 ó 18 de marzo de 2002) que negaba el derecho del padre al disfrute del permiso de maternidad en casos en que la madre no era titular de este derecho (caso de abogadas, registradoras de la propiedad o corredoras de seguros).

⁶³ Este mismo tratamiento acaece en los casos en que la interesada no reúne las condiciones exigidas para la concesión de la prestación por maternidad a cargo de la Mutuality, siempre que haya optado por incluir la protección por maternidad, si es que ello le fue posible en tiempo hábil para causar el derecho.

- b) Por el contrario, si la madre tiene derecho a prestaciones por maternidad en el sistema de previsión derivado de su actividad profesional, independientemente de su duración o de su cuantía, o cuando no alcanza el derecho por no haber incluido voluntariamente la cobertura de esta prestación, el otro progenitor no ostenta derecho a la prestación económica por maternidad en el sistema de la Seguridad Social.
- c) A su vez, si la madre no tiene derecho a suspender su actividad profesional, por no hallarse incluida en el RETA, ni en una Mutualidad de Previsión Social alternativa, el otro progenitor puede percibir la prestación por maternidad ⁶⁴.
- d) Por último, si la trabajadora no reúne el período mínimo de cotización requerido y se le reconoce la prestación de naturaleza no contributiva, el otro progenitor, a opción de la madre ⁶⁵, puede percibir la prestación de naturaleza contributiva, durante el período de descanso que corresponda, descontando un período de 6 semanas, siempre que acredite los requisitos exigidos. La prestación por maternidad es compatible con la de paternidad.

Con la nueva regulación desaparece una de las diferencias existentes en la regulación anterior entre los supuestos de nacimiento y los de adopción o acogimiento, ya que mientras que el padre biológico carecía de la posibilidad de disfrute del permiso por maternidad (al no poder cedérselo), por el contrario, en los supuestos de adopción y acogimiento cualquier adoptante o persona acogedora podía disfrutar del derecho, aunque el otro no tuviese derecho.

1.2.4. Los supuestos de pluriempleo o pluriactividad.

En caso de pluriempleo, el beneficiario disfruta de los descansos y de las prestaciones por maternidad en cada uno de los empleos de forma independiente e ininterrumpida, de acuerdo con la normativa que sea aplicable en cada caso, siempre que se reúnan en ellos los requisitos establecidos.

En las situaciones de pluriactividad, se aplican las siguientes reglas:

- a) Si se acreditan los requisitos en los diferentes regímenes, se causa la prestación en los mismos de forma separada.
- b) Cuando se acreditan las condiciones para acceder a la prestación solamente en uno de los regímenes, se reconoce una única prestación computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen.
- c) Si en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos para acceder al derecho, se procede a la totalización de las cotizaciones realizadas en todos ellos (de conformidad con las pre-

⁶⁴ Se regula pues el caso de las profesionales colegiadas que, sin disponer de Mutualidad de Previsión Social alternativa, decidieron voluntariamente no solicitar el alta en el RETA (primer párrafo, apartado 2, de la disp. adic. 15.ª de la Ley 30/1995). El supuesto en cuestión se circunscribe, en todo caso, a las profesionales colegiadas que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995, lo que reduce muy significativamente el colectivo afectado.

⁶⁵ La opción por el disfrute del permiso en favor del otro progenitor puede realizarse durante las 6 semanas de percepción del subsidio no contributivo.

visiones del RD 691/1991, de 12 de abril) siempre que no se superpongan y se causa la prestación en el régimen en el que se acrediten más días de cotización.

- d) Si computando todas las cotizaciones, no se alcanza el derecho, se reconoce, en caso de parto, la prestación de naturaleza no contributiva ⁶⁶.
- e) En caso de disfrute compartido del permiso de maternidad ha de coincidir el número de días disfrutados en los dos empleos o actividades por el beneficiario que se encuentra en pluriempleo o pluriactividad ⁶⁷.

1.3. Duración de la prestación.

1.3.1. Reglas generales.

La prestación de maternidad nace a partir del mismo día en que dé comienzo el período de descanso correspondiente ⁶⁸ y su duración es equivalente a la de los períodos de descanso regulados en el artículo 48.4 del ET o, en su caso, en el artículo 49 del EBEP ⁶⁹, en la siguiente forma:

- a) Con carácter general, la prestación tiene una duración de 16 semanas ininterrumpidas, ampliándose, en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples, en 2 semanas por cada hijo o menor, a partir del segundo ⁷⁰.

⁶⁶ Sobre el cómputo recíproco de cotizaciones, *Vid.* BALLESTER PASTOR, M. *El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de Seguridad Social*. Madrid. 2007; BLASCO LAHOZ, J.F. «El cómputo recíproco de cotizaciones entre regímenes de Seguridad Social». *Tribuna Social*. N.º 27. 1993; FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. «El cómputo recíproco de cotizaciones como vía de coordinación interna entre los regímenes del sistema de la Seguridad Social». *Tribuna Social*. N.º 176-177. 2005. MARTÍNEZ LLANOS, N., «Efectos perversos en la aplicación del cómputo recíproco de cotizaciones» *Información Laboral* N.º 6. 2003 o NAVARRO FIGUEROA, R. *El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema de Seguridad Social español*. Junio. 1998.

⁶⁷ Se trata de una previsión no contemplada en la normativa legal pero que se considera que entra de lleno en los ámbitos del desarrollo reglamentario, facilitando además la gestión. En caso contrario, por ejemplo, en dos actividades cuando, al menos, una de ellas es a tiempo parcial y la otra a tiempo completo, habría fuertes dificultades de ceder o compartir con el otro progenitor un número diferente de días, dentro de las dos actividades suspendidas.

⁶⁸ Si el descanso se disfruta con anterioridad es necesaria la emisión de una declaración de voluntad, no bastando solamente el informe de maternidad [*vid.* STSJ Canarias (Las Palmas) de 14 de mayo de 2003].

En el supuesto de que la madre decida disfrutar del período de las 10 semanas antes del parto, calculadas en base a la estimación médica, si se produce un atraso en el parto, la madre puede continuar disfrutando del período de descanso hasta que se produzca tal hecho, momento a partir del cual se inicia el cómputo de las 6 semanas obligatorias. [*Vid.* SSTS Galicia de 18 de noviembre de 2002 o de Andalucía (Sevilla) 27 de abril de 2000].

⁶⁹ Se ha puesto de relieve que la LOI ha contribuido a diferenciar el régimen jurídico de la suspensión del contrato de trabajo de los casos en los que se tiene derecho a la prestación de la Seguridad Social, teniendo, en cuenta a su vez, que se trata de dos instituciones diferenciadas, que responden a dos dimensiones jurídicas separadas y que operan conforme a sus propias normas, por más que se encuentren de algún modo vinculadas, evitando –en muchas ocasiones– que, dada la parquedad de las disposiciones laborales, tuviese que acudir –como sucedía anteriormente– al Derecho de la Seguridad Social para suplir las lagunas existentes en el Derecho del Trabajo. *Vid.* BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. «La suspensión de la relación de trabajo por maternidad y paternidad a la luz de la LO 3/2007». *Relaciones Laborales*. N.º 5/2008. Págs. 38-39.

⁷⁰ En los supuestos de embarazo múltiple, pero con partos producidos en diferente fecha, la Administración (INSS. Criterio Jurídico de Gestión 99/2008) ha establecido la regla de que la trabajadora tiene derecho a la prestación correspondiente

- b) En los supuestos de discapacidad ⁷¹ del hijo, el percibo de la prestación se amplía en 2 semanas adicionales y en los casos de hospitalización del neonato a continuación del parto puede ampliarse hasta un máximo de 13 semanas ⁷². En caso de que ambos progenitores, adoptantes o acogedores trabajen, el período adicional de percepción de la prestación se distribuye a opción de los interesados, que pueden disfrutarlo simultánea o sucesivamente y siempre de forma ininterrumpida.
- c) A la duración establecida con carácter general en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples, se acumulan las 2 semanas por discapacidad de cada hijo o menor adoptado o acogido, así como el período de ampliación que corresponda en los supuestos de hospitalización del neonato a continuación del parto, sin que en este caso proceda acumular los períodos de hospitalización de cada uno de los hijos cuando dichos períodos hubieran sido simultáneos.
- d) En caso de fallecimiento del hijo (o del feto, cuando el mismo hubiese permanecido en el seno materno durante, al menos, 180 días) la duración de la prestación económica no se reduce, salvo que, una vez finalizadas las 6 semanas posteriores al parto, la madre solicite la reincorporación a su puesto de trabajo. En este último caso, queda sin efecto la opción ejercida por la madre en favor del otro progenitor ⁷³.
- e) La duración de la prestación no se ve afectada por el fallecimiento del hijo o del menor acogido, salvo que los progenitores o personas acogedoras soliciten la reincorporación a su puesto de trabajo. En tales supuestos, si el período de descanso estaba distribuido entre ambos adoptantes o acogedores, la parte no consumida por uno de ellos no se acumulará al período disfrutado por el otro.
- f) Si la madre ha optado por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso por maternidad y, una vez iniciado su disfrute, aquel fallece antes de haberlo completado, la madre puede ser beneficiaria de la prestación por

al descanso disfrutado con ocasión del primer nacimiento, más las 16 semanas que deriva del segundo nacimiento o, de resultar más favorable, el previsto para el parto múltiple, computando para ello los días de descanso entre los dos nacimientos.

⁷¹ La discapacidad del hijo o del menor acogido ha de valorarse, como mínimo, en un 33 por 100, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. Asimismo, ha de quedar acreditada dicha discapacidad si, por aplicación de la escala de valoración de los grados y niveles de dependencia, específica para menores de 3 años, la valoración es, al menos, del grado 1 moderado, conforme a lo establecido en el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Cuando el grado de discapacidad no haya sido determinado y se trate de recién nacidos, es suficiente un informe del Servicio Público de Salud o un informe médico de un hospital público o privado, en este último caso avalado por el Servicio Público de Salud, en el que se haga constar la discapacidad o su posible existencia.

⁷² Se ha planteado el supuesto de si, acaecido un parto cuando se está disfrutando del derecho a descanso y la correspondiente prestación de la Seguridad Social en razón de una adopción anterior, se tiene derecho a la correspondiente prestación desde la fecha del parto o la misma se inicia una vez que concluya la referente a la adopción. En estos supuestos, la Administración (Criterio Jurídico INSS 2000/63) viene considerando una cierta analogía con el parto múltiple y, en consecuencia, procede al abono de un subsidio múltiple durante el período de las 6 semanas siguientes al parto, en el que el correspondiente descanso sustituye al que se venía disfrutando por adopción.

⁷³ La nueva regulación –que proviene del art. 48.4 ET– modifica el criterio anterior (art. 7.2 RD 1251/2001).

la parte del período de descanso que reste hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso cuando ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad ⁷⁴.

- g) Asimismo, en el caso de que ambos progenitores trabajen, cuando la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, haya optado por que el otro progenitor disfrute de una parte de dicho período, este puede seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido y percibir la correspondiente prestación, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo esta se encuentre en situación de incapacidad temporal (IT).

La nueva regulación es coherente con el bien a proteger, cual es el cuidado del nacido o del menor, ya que si la madre no está en condiciones de trabajar, la lógica impone que no se paralice el derecho del padre, ya que la madre no se encontrará en condiciones de hacerse cargo del hijo.

- h) Se produce una modificación sustancial en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto. Hasta la LOI, en los casos señalados el período de suspensión se computaba, a instancia de la madre o, en su defecto, del padre o del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria, excluyéndose de dicho cómputo las primeras 6 semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre. En el período intermedio, en que se reanudaba el trabajo, la madre o el otro progenitor podían hacer uso de las modalidades de reducción de jornada previstas en el artículo 37.4 bis del ET, es decir, podían ausentarse una hora diaria del trabajo, con mantenimiento de los derechos económicos o, alternativamente, reducir la jornada hasta un máximo de dos horas al día, con la disminución proporcional de las retribuciones ⁷⁵.

Tras la LOI, se amplían las posibilidades de suspensión del contrato de trabajo al añadirse otro supuesto, consistente en la ampliación del período de suspensión (en los casos en que la hospitalización del nacido lo sea por un período superior a 7 días) en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de 13 semanas adicionales, si bien se supedita esta ampliación a los términos que reglamentariamente se establezcan ⁷⁶.

En consecuencia, ante los casos de nacimientos prematuros y en los supuestos de nacidos que deban permanecer hospitalizados, por cualquier circunstancia clínica, después del parto, se producen las siguientes alternativas de actuación para la madre o para el otro progenitor:

- Las 6 semanas inmediatamente después del parto son de obligado descanso para la madre, por lo que ha de interrumpir la actividad laboral durante la misma.

⁷⁴ La misma norma se aplica en los supuestos de adopción y acogimiento, si fallece uno de los adoptantes o acogedores beneficiarios de la prestación por maternidad, siempre que el otro adoptante o acogedor superviviente reúna los requisitos para causar derecho a dicho subsidio y disfrute del descanso o permiso correspondiente.

⁷⁵ Con la obligación de efectuar un preaviso al empresario con 15 días de antelación a la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.6 del ET.

⁷⁶ Según datos de la Administración de la Seguridad Social, a finales de diciembre de 2008 y desde la entrada en vigor de la LOI se habían reconocido 10.725 situaciones de maternidad, con duración prolongada, en razón de la hospitalización del neonato o por parto prematuro.

- Con carácter general, si una vez agotado el período de 6 semanas post-parto y siguiendo hospitalizado el menor, respecto del periodo de suspensión restante (si es que existiera ⁷⁷) caben varias posibilidades:
 - Reincorporarse la madre (o el otro progenitor) a la actividad, pudiendo ausentarse una hora al día (manteniendo la retribución) o reduciendo la jornada de trabajo hasta 2 horas al día, con la minoración proporcional de los salarios. Una vez que el menor ha salido de la institución clínica, la madre –o el otro progenitor– puede suspender la actividad por el tiempo que reste.
 - Suspender la actividad laboral por el tiempo que reste de las 16 semanas. Respecto de la norma legal, su desarrollo reglamentario incorpora dos precisiones adicionales: de una parte, que no se interrumpe la percepción del subsidio por maternidad si durante el período de percepción del mismo se extingue el contrato de trabajo del beneficiario o se produce el cese de la actividad; de otra que, en el supuesto del fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá interrumpir el disfrute del permiso incluso durante las 6 semanas siguientes al parto.
- Si la hospitalización del menor tiene una duración superior a 7 días, se amplía la duración del permiso por maternidad en tantos días como el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, con un máximo de 13 semanas adicionales ⁷⁸. Si agotado este período, el menor continuara hospitalizado, se abrirían de nuevo las posibilidades de ausencia del trabajo o la reducción de la jornada, en los términos contemplados en el artículo 37.4 bis del ET.

También, en este supuesto, la disposición reglamentaria introduce tres precisiones:

- A efectos de la ampliación del período de descanso por maternidad que corresponda, en los casos en que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, se tienen en cuenta los internamientos hospitalarios iniciados durante los 30 días naturales siguientes al parto.
 - No hay derecho a la ampliación cuando el beneficiario haya decidido interrumpir el disfrute del permiso.
 - A su vez, el disfrute del período adicional de la prestación corresponde a la madre o, a opción de la misma, al otro progenitor, si reúne los requisitos necesarios y disfruta del descanso.
- i) Cuando la percepción del subsidio por maternidad es compartida ⁷⁹ la misma se abona a cada beneficiario durante la parte de los períodos de descanso que hayan sido disfrutados efectivamente por cada progenitor, adoptante o acogedor ⁸⁰.

⁷⁷ El período de suspensión de la actividad laboral –así como la prestación económica de la Seguridad Social– puede iniciarse en una fecha anterior al parto, pero siempre que, al menos, 6 semanas lo sean tras el parto.

⁷⁸ Es decir, que en estos casos el período de suspensión tendría una duración máxima de 29 semanas (salvo que existan otras circunstancias personales que ampliarían este período –por ejemplo, la discapacidad del menor, tratarse de un parto múltiple, etc.–).

⁷⁹ Así como en el caso de la madre el derecho es originario, la titularidad del padre es derivada, ya que solo en determinados casos puede atribuirse su ejercicio (en los supuestos de fallecimiento de la madre o cuando esta no tenga derecho).

⁸⁰ En los casos de disfrute compartido, es necesario una comunicación ante el empresario aportando la documentación necesaria que acredite el nacimiento (la adopción o el acogimiento) así como, en el caso de maternidad, el período que la

- j) Las situaciones de huelga y cierre patronal no impiden el reconocimiento y percepción del subsidio por maternidad.
- k) El derecho al subsidio por maternidad se extingue por el transcurso de los plazos máximos de duración de los períodos de descanso; si el período de descanso es disfrutado exclusivamente por uno de los progenitores, por la reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración del mencionado período de descanso; en los casos de disfrute sucesivo o simultáneo por ambos progenitores, por la reincorporación voluntaria al trabajo de uno de ellos o de ambos, con anterioridad al cumplimiento de los plazos máximos de duración de los períodos de descanso correspondientes (si bien en tales casos, la parte que reste para completarlos incrementa la duración de la prestación a que tenga derecho el otro beneficiario), por el fallecimiento del beneficiario, salvo que pueda continuar en el disfrute del período de descanso el progenitor sobreviviente o por adquirir el beneficiario la condición de pensionista de jubilación o por incapacidad permanente, sin perjuicio del disfrute del período de descanso restante por el otro progenitor.
- l) De igual modo ⁸¹, el derecho a la prestación por maternidad puede ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio o en los supuestos en que trabaje por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso, salvo si se trata de la percepción de un subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial o en los supuestos de pluriempleo y pluriactividad, ya que, en estos casos, podrá mantenerse la actividad por los períodos de tiempo que no den lugar al percibo del correspondiente subsidio.

1.3.2. Disfrute de la prestación a jornada parcial.

Los períodos de descanso por maternidad (y, en función de ello, los de percibo de la prestación de la Seguridad Social) pueden disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial. En tal sentido, la disposición adicional primera del RMAT establece unas previsiones que pueden ser complementadas con lo que establezcan los convenios colectivos ⁸².

El disfrute a tiempo parcial del permiso de maternidad se ajusta a las siguientes reglas:

- a) El derecho al permiso de maternidad, en régimen de jornada a tiempo parcial, puede ser ejercido por cualquiera de los progenitores, adoptantes o acogedores y en cualquiera de los

madre va a transferir. La LOI no establece ninguna precisión sobre la forma o tiempo de comunicación, aunque la doctrina judicial ha entendido que el momento de la solicitud de la opción es la del inicio de la suspensión de la relación de trabajo por maternidad (*Vid.* STSJ Comunidad de Valencia de 18 de junio de 2002).

⁸¹ De acuerdo al artículo 133 quinquies de la LGSS, que reproduce el artículo 11 del RMAT.

⁸² La disposición adicional primera del RMAT tiene un contenido básicamente laboral (salvo en lo que respecta a los trabajadores por cuenta propia). De ahí que en la disposición final cuarta del mismo, al establecer el título competencial bajo el que se dicta la norma, no se haga solo referencia al apartado 1.17.^a del artículo 149 de la Constitución (que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de la legislación básica de la Seguridad Social y el régimen económico de la misma) sino también el apartado 1.7.^a de dicho artículo, que atribuye al Estado competencia exclusiva en la legislación laboral.

supuestos de disfrute, simultáneo o sucesivo, del período de descanso, con la limitación, en caso de parto, de que la madre no puede hacer uso de la distribución del permiso durante las 6 semanas inmediatas posteriores al mismo, al ser indisponibles por ella al formar parte del descanso obligatorio.

- b) Con carácter previo al disfrute del descanso, resulta imprescindible el acuerdo previo entre el empresario y el trabajador/trabajadora afectados, el cual puede celebrarse al inicio del descanso correspondiente o en un momento posterior y puede extenderse a todo el período de descanso o a parte del mismo.
- c) El período durante el que se disfrute el permiso se amplía proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice ⁸³.
- d) El disfrute del permiso ha de ser ininterrumpido, de modo que, una vez acordado, solo puede modificarse el régimen pactado mediante nuevo acuerdo entre el empresario y los trabajadores afectados, por iniciativa de estos y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor.
- e) Durante el período de disfrute del permiso de maternidad a tiempo parcial, los trabajadores no pueden realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.
- f) El tiempo en el que el trabajador presta servicios parcialmente tiene la consideración de tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante, sin que, en ningún caso, resulten de aplicación las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial en el artículo 12 del ET y sus normas de desarrollo.

Además, si el trabajador es beneficiario de prestación por desempleo de nivel contributivo y la compatibiliza con trabajo a tiempo parcial, cuando pase a la situación de maternidad, tanto si se disfruta en régimen de jornada completa como de jornada parcial, se suspende la prestación por desempleo.

El permiso de maternidad a tiempo parcial es incompatible con el disfrute simultáneo por los mismos trabajadores de los derechos previstos en los apartados 4 ⁸⁴ y 4.bis ⁸⁵ del artículo 37 del ET y de la reducción de jornada por guarda legal prevista en el apartado 5 del mismo artículo ⁸⁶. También

⁸³ De modo que, en el supuesto de tomar el descanso al 60 por 100, las 10 semanas respecto de las que surte efectos la «parcialidad» se transforman en 14.

⁸⁴ Permiso de lactancia de un menor de 9 meses, de una ausencia de una hora diaria del trabajo, que puede fraccionarse en dos mitades.

⁸⁵ Permiso de ausencia del trabajo de una hora diaria, por parte de cualquiera de los progenitores, en supuestos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto. De igual modo, cualquiera de los dos progenitores tiene derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario.

⁸⁶ La persona que, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de 8 años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella. Tiene el mismo quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

es incompatible con el ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de familiares regulado en el artículo 46.3 del ET⁸⁷.

En el caso de los trabajadores por cuenta propia se aplican las reglas anteriores, si bien la reducción de la actividad solo puede efectuarse en el porcentaje del 50 por 100 y, por supuesto, no resulta necesario ningún acuerdo previo, si bien para el reconocimiento de esta modalidad de disfrute del permiso de maternidad los interesados han de comunicar a la entidad gestora, al solicitar la correspondiente prestación, el régimen en que se va a llevar a efecto⁸⁸.

1.4. La cuantía de la prestación económica⁸⁹.

La LOI no ha alterado las reglas básicas para el cálculo de la cuantía de la prestación por maternidad, de modo que la misma consiste –como reitera el art. 6 RMAT– en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente que, a su vez, se corresponde con la base reguladora establecida para el cálculo de la prestación económica por IT, derivada de contingencias comunes, es decir, la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior.

Esta regla general podía producir una demora en la determinación de la cuantía de la prestación (y, derivado de ello, en la propia resolución estimatoria de la respectiva solicitud) teniendo en cuenta que, al menos en los supuestos de trabajadores por cuenta ajena, la declaración de cotizaciones se efectúa durante el mes siguiente, por lo que, en estos casos, la entidad gestora desconoce cual es la base de cotización sobre la que determinar la correspondiente base reguladora, por lo que, de esperar a conocer la misma, pudiera ocasionarse una demora en el abono de la misma, incidiendo en la situación de rentas del beneficiario que, por otra parte, ha dejado de percibir el salario.

Para evitar este efecto, los apartados tres y ocho de la disposición final tercera de la Ley 2/2008, de Presupuestos Generales del Estado para 2009⁹⁰ dan nueva redacción al artículo 133 quáter y a la disposición adicional séptima de la LGSS, facultando a la entidad gestora para que, con carácter pro-

⁸⁷ Períodos de excedencia, no superior a 3 ó 2 años, según los casos, en razón de la guarda y cuidado de hijos, menores acogidos u otros familiares.

⁸⁸ Aunque el régimen de parcialidad de la suspensión del contrato de trabajo y de la percepción de la prestación económica de la Seguridad Social fue establecido, tanto para trabajadores por cuenta ajena, como para los trabajadores por cuenta propia en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, quedando supeditado su ejercicio a las disposiciones reglamentarias, sin embargo, solo los primeros pudieron hacer uso del mismo con la entrada en vigor del Real Decreto 1251/2001, que desarrolló, en el ámbito de las prestaciones de maternidad y riesgo durante el embarazo, la Ley 39/1999, ya que en esta disposición reglamentaria no se abordó la misma cuestión respecto de los trabajadores por cuenta propia. La posibilidad de que las trabajadoras y trabajadores por cuenta propia suspendieran la actividad, en razón de la maternidad, en régimen de parcialidad se reitera, de igual modo, en la LOI, volviendo a diferir su ejercicio a las disposiciones reglamentarias que, en esta ocasión, se regulan en el RMAT, con efectos del 1.º de abril de 2009 (fecha de entrada en vigor del RMAT).

⁸⁹ El gasto por maternidad en el ejercicio 2008 ascendió a 1.802,7 millones de euros, con un crecimiento del 13,59 por 100 sobre el año anterior.

⁹⁰ Un análisis de las medidas de Seguridad Social recogidas en la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, en PANIZO ROBLES, J.A. «La Seguridad Social en la Ley de Presupuestos para 2009» *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, N.º 311. Febrero. 2009.

visional, reconozca la prestación por maternidad tomando como referencia la última base de cotización que esté incorporada en los registros de Seguridad Social, de modo que, una vez que se haya incorporado a tales registros la base de cotización del mes anterior, se expide la resolución definitiva. Precisiones recogidas en el RMAT (art. 7).

Como complementación a la regulación general antes señalada, se establecen algunas precisiones aplicables a diferentes situaciones ⁹¹:

- a) Durante el disfrute de los períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reduce en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral.
- b) Si se llevan a cabo varias actividades, se tienen en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación a la base reguladora del correspondiente régimen el tope máximo establecido a efectos de cotización.
- c) En el caso de trabajadores contratados a tiempo parcial, la base reguladora diaria de la prestación es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión laboral, entre 365. De ser menor la antigüedad del trabajador en la empresa, la base reguladora de la prestación equivale al resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que estas correspondan ⁹².
- d) Cuando se trate de trabajadores contratados para la formación, la base reguladora es equivalente al 75 por 100 de la base mínima de cotización vigente ⁹³.

Una salvedad la presentan los becarios e investigadores, a los que se refiere el Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador ⁹⁴, respecto de los cuales, aunque efectúan la cotización siguiendo los mismos parámetros que los estable-

⁹¹ Sobre la base reguladora de la maternidad, *Vid.* RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R. «Base reguladora de la prestación por maternidad: comisiones pagadas el mes anterior al inicio del descanso por maternidad ¿Deben incluirse en la base reguladora las del mes anterior o las del año anterior prorrateadas?». *Aranzadi Social*. N.º 20. Abril. 2008.

⁹² El artículo 7 del RMAT reproduce lo establecido en el artículo 6.2 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, para la determinación de la cuantía del subsidio. *Vid.* CAVAS MARTÍNEZ, F. «La protección social de los trabajadores a tiempo parcial; ámbito subjetivo y situaciones afectadas». *Aranzadi Social*. N.º 2. 2003.; GANDÍA, J. y TOCANI GIMÉNEZ, D. «Trabajo a tiempo parcial concentrado y Seguridad Social (Comentarios al Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre)». *Relaciones Laborales*. N.º 20. Octubre 2003 o PANIZO ROBLES, J.A. «La nueva regulación de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial (comentarios al RD 1131/2002, de 31 de octubre)». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º Extraordinario dedicado a la «Jubilación Flexible». Madrid. 2002.

⁹³ En base a las previsiones del artículo 16 del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo. Un análisis del contenido del mismo en PANIZO ROBLES, J.A. «Los contratos a tiempo parcial y para la formación: su incidencia en la Seguridad Social. (A propósito de los Reales Decretos 488/1998 y 489/1998, de 27 de marzo)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, N.º 183. Junio. 1998.

⁹⁴ Un análisis del contenido del Real Decreto 63/2006 y de la protección social de becarios e investigadores en MORENO GENÉ, J. «El nuevo estatuto del personal investigador en formación: la combinación de beca de investigación y contratación laboral». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, N.º 277, abril 2006 y «La Seguridad social de los investigadores en formación. A propósito del nuevo estatuto del personal investigador en formación». *Tribuna Social*. N.º 188-189. Agosto-septiembre. 2006.

cidos para los contratos en formación (es decir, en función de las cuotas fijas establecidas en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado ⁹⁵) sin embargo, a efectos de la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas –y entre ellas las de maternidad– se toma como referencia la cuantía de la base mínima establecida para el grupo 1.º de cotización ⁹⁶.

- e) Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, la base reguladora equivale al promedio diario que resulte de dividir por 365 la suma de las bases de cotización de los 12 meses anteriores al hecho causante, o el promedio diario del período de cotización que se acredite, si este es inferior a un año ⁹⁷. Nos obstante, la norma reglamentaria precisa que, en ningún caso, el promedio diario que resulte puede ser inferior, en cómputo mensual, a la base mínima de cotización que en cada momento corresponda a la categoría profesional del trabajador.
- f) Cuando el período de descanso por maternidad, adopción o acogimiento familiar sea disfrutado, simultánea o sucesivamente, por ambos progenitores, adoptantes o acogedores, la prestación se determina para cada uno de ellos en función de su respectiva base reguladora (y, en definitiva, de su base de cotización).
- g) En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, si la percepción de la prestación por maternidad se ha interrumpido, cuando la misma se reanuda, una vez que el menor ha sido dado de alta hospitalaria, la prestación por maternidad se percibe en la misma cuantía que antes de la interrupción, salvo que sea de aplicación la particularidad que se comenta en el párrafo siguiente.
- h) Con carácter general, la base reguladora de la prestación se mantiene durante todo el proceso ⁹⁸ si bien existen algunos supuestos en los que produce un incremento de la misma, como es el caso de la modificación de la base mínima de cotización aplicable al trabajador en el régimen de Seguridad Social correspondiente, en cuyo supuesto se ha de actualizar la cuantía de la prestación a partir de la fecha de entrada en vigor de esta nueva base mínima.

⁹⁵ Para 2009, las cuotas para la cotización de los trabajadores contratados para la formación se encuentran reguladas en el artículo 120. Once de la Ley 2/2008, de Presupuestos Generales del Estado para 2009.

⁹⁶ Véase al efecto el apartado Doce del artículo 120 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2009.

⁹⁷ Vid. los artículos 10.2 y 17.2 del Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre.

⁹⁸ Aunque se produzcan, en ese intervalo, incrementos salariales, salvo que los mismos tengan efecto retroactivo a una fecha anterior al nacimiento de la prestación. Ello ha planteado si la regulación española es contraria a las previsiones contenidas en el artículo 2.7 de la Directiva 76/207/CEE, en la redacción dada por la Directiva 2002/73/CE, cuando establece que «la mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia. Un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE constituirá discriminación en el sentido de la presente Directiva».

En el ámbito laboral, el nuevo artículo 48.4 del ET –incorporado por la disp. adic. 11.ª LOI– prevé que los trabajadores han de beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo que hubieran tenido lugar en la empresa, durante los períodos de suspensión del contrato por maternidad y otras situaciones.

En cuanto a la incidencia en el ámbito de la Seguridad Social, la jurisprudencia comunitaria (Caso *Gillispie* –STJCE de 30 de marzo de 2004–) seguida por las sentencias de los casos *Defrenne o Boyle*) ha puesto de relieve que el concepto retribución viene determinado por las ventajas que se satisfagan por el empleador al trabajador, lo que excluye las prestaciones de la Seguridad Social, abonadas por su Administración.

De igual modo, si se produce un incremento de la base de cotización, como consecuencia de una elevación de los salarios de los trabajadores en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial, que retrotraiga sus efectos económicos a una fecha anterior a la del inicio del descanso por maternidad, adopción o acogimiento, se ha de proceder al recálculo de la base reguladora en cuanto resulte afectada por dicho incremento. Asimismo, si para el cálculo de la prestación se ha tenido en cuenta la base de cotización (recogida en las bases de datos de la Seguridad Social ⁹⁹) y, con posterioridad, se comprueba que la correspondiente al mes anterior al inicio del descanso es de diferente importe, se ha de proceder a la modificación de la base reguladora de la prestación.

- i) Por último, y con independencia de la prestación periódica, en los supuestos de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor ¹⁰⁰, realizados de forma simultánea, se tiene derecho a una prestación especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, en cuantía equivalente igual al que corresponda percibir por el primero, durante el período de 6 semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción ¹⁰¹.

1.5. La concatenación de las prestaciones de maternidad e IT. La incidencia en la extinción del contrato ¹⁰².

Uno de los principales problemas en el reconocimiento de la prestación económica por maternidad surge como consecuencia de la concatenación, la alternancia o el engarce de dicha situación con la correspondiente a la IT o al desempleo, materias que, en desarrollo de la LGSS, se regulan en el artículo 10 del RMAT ¹⁰³.

1.5.1. Proceso de IT nacido inmediatamente tras el período de maternidad.

Pudiera suceder que, una vez agotado el período de descanso por maternidad, la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria como consecuencia del parto y se encontrase incapacita-

⁹⁹ En los supuestos de determinación provisional de la misma, en los términos expuestos.

¹⁰⁰ De acuerdo al criterio administrativo (Criterio Jurídico INSS 99/2008) esta prestación también se concede en los supuestos de embarazo múltiple, aunque los partos se produzcan en fecha diferente.

¹⁰¹ A efectos del reconocimiento del subsidio especial por parto, adopción o acogimiento múltiples, a que se refiere el artículo 6.2, tendrá la condición de beneficiario quien a su vez lo sea de la prestación económica por maternidad, siempre que disfrute de un período de descanso de 6 semanas inmediatamente siguientes al parto, adopción o acogimiento múltiples. Dicho subsidio únicamente podrá percibirse por uno de los progenitores o acogedores que, en caso de parto, se determinará por opción de la madre y en caso de adopción o acogimiento por acuerdo de los interesados.

¹⁰² Sobre toda esta cuestión, *Vid.* TORTUERO PLAZA, J.L. «El desempleo y la maternidad/paternidad en la Ley Orgánica de Igualdad», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º extra. 2007. Págs. 252 y ss.

¹⁰³ Sobre el tema, *Vid.* BARCELON COBEDO, S. *El tránsito entre prestaciones del sistema de la Seguridad Social*. Aranzadi. Pamplona. 2002.

da para el trabajo. En tales supuestos, se inicia un proceso de IT debido a enfermedad común, siempre que cumpla los requisitos exigidos (básicamente, los de cotización) y se inicia el pago de la nueva prestación y el cómputo para la duración de dicha situación, independientemente de los períodos de descanso por maternidad.

1.5.2. Proceso de IT iniciado antes del inicio del descanso por maternidad.

Respecto de los procesos de IT que se hubiesen iniciado antes del parto y sin que la interesada –antes de dicha fecha– hubiera optado por el descanso maternal, se mantienen en sus propios términos hasta el momento del parto y, a partir de dicha fecha, comienza el disfrute del descanso por maternidad (y el abono de la respectiva prestación por maternidad). Una vez transcurrido el período de descanso, si se mantiene la situación de baja por IT, se reanuda el cómputo interrumpido del correspondiente proceso, aun cuando con anterioridad se hubiera extinguido el contrato de trabajo.

La regulación se aplica, de igual modo, a los supuestos en que la madre se encuentra en la situación de prórroga de efectos de la situación de IT, regulada en el artículo 131 bis.3 de la LGSS (es decir, una vez agotado el período máximo de 18 meses) ¹⁰⁴.

1.5.3. Procesos de IT durante los períodos de descanso.

Durante el descanso por maternidad, con carácter general, no cabe el reconocimiento del derecho a una prestación por IT sobrevenida durante dicho período. Una vez agotado el período de descanso de maternidad, si la interesada requiere asistencia sanitaria, se encuentra impedida para el trabajo y cumple los demás requisitos exigidos, se inicia la situación de IT que corresponda.

La regulación anterior presenta particularidades en los supuestos de percibo de la prestación de maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial (es decir, en períodos en los que se simultaneaba la prestación de la Seguridad Social y la realización de un trabajo y la retribución derivada del mismo) ya que si, en esos momentos, se inicia un proceso de IT puede percibirse simultáneamente la prestación de IT junto con la de maternidad. A tales efectos, la base reguladora de la IT se calcula sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial que se viniere compatibilizando con la prestación por maternidad, salvo que se trate de una trabajadora por cuenta propia, en cuyo caso la base reguladora de la prestación por IT se reduce en un 50 por 100 (ya que el otro 50% se está percibiendo en razón de la maternidad).

Una vez que se ha agotado la prestación por maternidad, si la trabajadora continúa en situación de IT, se mantiene la percepción de esta última en la cuantía que corresponda al régimen de jornada

¹⁰⁴ En ninguno de los casos, se paraliza el procedimiento que hubiera podido iniciarse a efectos de declarar la existencia de una incapacidad permanente. El reconocimiento del derecho a una pensión derivada de IT extingue la prestación por maternidad, sin perjuicio de que, para fijar los efectos económicos de la pensión, se apliquen las normas establecidas en relación con la IT.

completa, tomando como referencia, a efectos de la duración del subsidio y aplicación del porcentaje –para el cálculo de la prestación– la fecha de la baja médica en el trabajo en régimen de jornada a tiempo parcial.

1.5.4. Proceso de IT subsiguiente a la maternidad y extinción, durante esta última situación, del contrato de trabajo.

Si, estando la persona interesada disfrutando del período de descanso por maternidad (y percibiendo la prestación de la Seguridad Social) se extingue el contrato de trabajo, se sigue percibiendo la prestación por maternidad hasta su extinción. Si en ese momento se precisa asistencia sanitaria y se encuentra impedida para el trabajo y cumple los demás requisitos, se pasa a la situación legal de desempleo (art. 222.2 LGSS) y a percibir, si procede, la prestación por desempleo y, en su caso, la prestación por IT ¹⁰⁵.

1.5.5. Extinción del contrato de trabajo de trabajadora en situación de IT, que se interrumpe a causa de la maternidad.

En los casos de extinción del contrato de trabajo de una trabajadora que ve interrumpida su situación de IT, por pasar a la situación de descanso por maternidad, se aplican las siguientes reglas ¹⁰⁶:

- a) Si la extinción se produce una vez iniciado el descanso por maternidad, se mantiene el percibo de esta prestación hasta que finalice tal situación ¹⁰⁷. Una vez finalizado el descanso por maternidad, si persiste la anterior situación de IT se reanuda el cómputo interrumpido y el abono de la prestación respectiva ¹⁰⁸.
- b) Si la extinción del contrato se produce antes del inicio del descanso por maternidad, se causa derecho a la prestación económica derivada de esta última contingencia, interrumpiéndose la IT anterior al parto y el abono de la prestación correspondiente que se sustituye desde el día de inicio de la situación de maternidad por la prestación referida a esta última contingencia.
- c) Se causa derecho a la prestación económica por maternidad cuando entre la extinción de la IT por alta médica y el inicio de la situación por maternidad no haya solución de continui-

¹⁰⁵ En los términos establecidos en el apartado 3 del artículo 222 de la LGSS (es decir, que el período que consuma la maternidad no reduce el de desempleo).

¹⁰⁶ Que se aplican a los supuestos análogos a los que allí se contemplan, cuando se trate de las situaciones protegidas de adopción o acogimiento preadoptivo, permanente o simple.

¹⁰⁷ Asimismo, si la extinción del contrato de trabajo se produce durante el disfrute de períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, a partir de ese momento se percibirá en su totalidad el subsidio por maternidad. Si el otro progenitor ya estuviese disfrutando un período de descanso, en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, el subsidio que le correspondiese se mantendrá en los términos en que lo estuviere percibiendo.

¹⁰⁸ Con aplicación de las previsiones del artículo 222.1 de la LGSS.

dad, bien por producirse el alta médica por IT y el inicio del descanso por maternidad el mismo día, bien por tener lugar esta al día siguiente de aquella.

- d) Cuando se haya interrumpido la percepción del subsidio por maternidad, en los supuestos de partos prematuros o neonatos que precisen hospitalización, y, una vez reanudada la prestación de servicios o la actividad, el interesado inicia un proceso de IT, el mismo se interrumpe por el alta hospitalaria del menor, con la consiguiente reanudación de la prestación por maternidad. Si, una vez extinguida la maternidad, persiste la situación de IT se reanuda la prestación correspondiente a esta última contingencia.

1.5.6. Maternidad iniciada durante la percepción de la prestación de desempleo.

La LOI establece una nueva regulación de la materia, con el objetivo de corregir los efectos negativos derivados de la concatenación entre las situaciones de desempleo y maternidad, modificando la situación anterior, a través de la cual si el trabajador estaba percibiendo la prestación de desempleo y pasaba a la situación de maternidad, se reducía del período de prestación de desempleo el tiempo que se consumía con el período de maternidad.

Conforme a la nueva redacción del artículo 222.3 de la LGSS si el trabajador está percibiendo la prestación por desempleo total y pasa a la situación de maternidad, se suspende la prestación por desempleo (así como la cotización a cargo del SPEE) pasando a percibirse la prestación por maternidad (gestionada directamente por la entidad gestora) en la cuantía que corresponda. Una vez extinguida la prestación por maternidad, se reanuda la prestación por desempleo, por el tiempo que reste por percibir y sin que el tiempo consumido por la situación de maternidad, reduzca el período de percepción de desempleo ¹⁰⁹.

1.6. La prestación no contributiva por maternidad.

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

La novedad de la LOI no consiste en la formulación de una prestación universal que venga a proteger la maternidad, de modo que cualquier mujer que hubiese dado a luz, con independencia de su pertenencia o no a un régimen de Seguridad Social, tenga derecho a la misma. Al contrario, se trata de una prestación ligada a la existencia de una actividad previa, por cuanto –art. 133 sexies LGSS–

¹⁰⁹ En todo caso, para la reanudación de la prestación de desempleo se precisa de solicitud del interesado durante los 15 días siguientes a la finalización de la prestación de maternidad, surtiendo efectos desde el día siguiente a la finalización de la suspensión.

únicamente son beneficiarias de la misma las trabajadoras que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad, salvo el período de carencia ¹¹⁰, previsión que no se limita a las trabajadoras por cuenta ajena, sino que se extiende también a la totalidad de las trabajadoras por cuenta propia ¹¹¹ conforme a las previsiones contenidas en la disposición adicional undécima bis LGSS ¹¹².

1.6.1. Beneficiarias ¹¹³.

De acuerdo con el artículo 15 del RMAT ¹¹⁴ son beneficiarias de la prestación por maternidad de naturaleza no contributiva ¹¹⁵ las trabajadoras por cuenta ajena o por cuenta propia que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación contributiva por maternidad ¹¹⁶, salvo el período mínimo de cotización ¹¹⁷.

¹¹⁰ Aunque la madre tenga derecho a una prestación de la Seguridad Social durante 42 días, en nada afecta a su derecho de mantener la suspensión del trabajo –a su opción– durante 16 semanas.

¹¹¹ Si bien su reconocimiento y abono queda supeditado a que las interesadas se encuentren al corriente de sus obligaciones para con la Seguridad Social.

¹¹² Si la prestación asistencial se hubiese limitado a las trabajadoras por cuenta ajena podría entenderse que la misma respondía a una especie de resarcimiento al daño realizado a una trabajadora a quien el ordenamiento jurídico impide la realización de una actividad. Efectivamente, de acuerdo con las limitaciones impuestas por el ET, una trabajadora que ha dado a luz se ve obligada a suspender, de forma obligatoria, su actividad durante un período de 6 semanas, con lo que pierde, a su vez y durante ese período, el salario. Como regla general, ese salario se ve sustituido por la prestación económica de la Seguridad Social, a la que puede no accederse por faltar el requisito de cotización previa. Con ello, se da la paradoja de que el ordenamiento jurídico –aunque con ánimo de protección de la trabajadora– obliga a suspender el trabajo, privándole del salario, sin ofrecerle una renta compensatoria. En tales casos, la prestación asistencial tendría un sentido indemnizatorio, que no puede extenderse a las trabajadoras por cuenta propia, ya que sobre estas no pesa la obligación de descanso (por más que sea necesario para el restablecimiento de la salud de la madre).

Toda vez que la protección asistencial por maternidad se amplía a todas las trabajadoras, ha de entenderse que en la misma priman las finalidades de protección y de potenciación de las medidas de conciliación de las obligaciones familiares y laborales, sobre las de carácter indemnizatorio.

¹¹³ Según datos de la Administración de la Seguridad Social, desde la entrada en vigor de la LOI y hasta finales del mes de diciembre de 2008 (este incluido) se habían reconocido 1.560 prestaciones no contributivas de maternidad.

¹¹⁴ Y el artículo 133 sexies de la LGSS.

¹¹⁵ La prestación tendrá la consideración de prestación no contributiva, a los efectos del artículo 86 de la LGSS, es decir, que los gastos ocasionados por esta prestación serán cubiertos por las aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social. Aun valorando el establecimiento de la prestación asistencial como un paso más a favor de la protección de la maternidad, sin embargo parte de la doctrina entiende que la misma es de escaso calado en cuanto se limita a las 6 semanas postparto, con lo que se atiende a uno de los fines de la protección (la salud de la madre) abandonando otro de tanta incidencia (el cuidado del menor) que queda además desatendido al no haber la opción de ceder al otro progenitor parte del período, de modo que aun atendiendo las situaciones de necesidad más acuciantes, sin embargo, la protección parece basarse más en razones puramente biológicas de la maternidad/paternidad, *redireccionando lo que parecía un proceso irreversible de parentalidad objetiva y despojada de condicionamiento de género*. Vid. NÚÑEZ CORTÉS, P. «El permiso y la prestación por maternidad en la futura Ley de Igualdad». *Actualidad Laboral*. 2007-1.

¹¹⁶ Como sucede en el caso de la prestación contributiva, en los supuestos de trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones es requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, siendo de aplicación el mecanismo de la invitación al pago antes señalado (art. 15.2 RMAT)

¹¹⁷ Dada la enorme flexibilidad que la LOI incorporó en los períodos mínimos de cotización, los supuestos de acceso a la prestación no deberían ser numerosos, por lo que la doctrina los calificaba de «supuestos marginales». Vid. BARCELON

1.6.2. Cuantía de la prestación.

La cuantía diaria de la prestación no contributiva ¹¹⁸ consiste en un subsidio por un importe equivalente al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM) vigente en cada momento, salvo que la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por IT, derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, en cuyo caso se tiene en cuenta esta, con lo que se evita que, en la modalidad no contributiva, se pueda percibir un importe mayor que el que se hubiese percibido si se hubiera reunido el período de carencia.

Además, se mantiene la obligación de cotizar durante la percepción del subsidio de naturaleza no contributiva, a cuya finalidad, si la entidad gestora ha de descontar del importe de la prestación la cuota correspondiente a la trabajadora, determinará su cuantía sobre la base de cotización del mes anterior al del parto; si durante la situación de maternidad dicha base de cotización resulta inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional de la trabajadora, se aplica esta última base.

1.6.3. Duración de la prestación.

Si con carácter general, la prestación tiene una duración de 42 días naturales ¹¹⁹ a contar desde la fecha del parto ¹²⁰, no obstante el apartado cuatro de la disposición final tercera de la Ley 2/2008, de Presupuestos Generales del Estado para 2009 ¹²¹, incrementa la duración de la prestación no contributiva por maternidad, en 14 días adicionales, en los siguientes supuestos ¹²²:

- a) En los casos de nacimiento de hijo en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición. Para la determinación de la familia numerosa se ha de estar a lo establecido en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas y normas reglamentarias ¹²³.

COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, G. «El impacto de la Ley para la Igualdad en el marco de la normativa de Seguridad Social». *Temas Laborales*. N.º 91/2007, pág. 241.

¹¹⁸ Se ha argumentado que técnicamente la prestación no puede calificarse como no contributiva, ya que se supedita a la afiliación y alta de la trabajadora, ni prestación asistencial, en cuanto que no queda condicionada a nivel de rentas. *Vid.* por ejemplo, CASTRO ARGÜELLES, M.A. y ÁLVAREZ ALONSO, D. *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*. Thomson-Civitas. Pamplona. 2007.

¹¹⁹ Hay que tener en cuenta que la prestación por maternidad viene a compensar la renta temporalmente perdida como consecuencia de la suspensión del contrato de trabajo, compensación que no puede llegar a tal extremo que sea mayor que el salario que se venía percibiendo antes del parto.

¹²⁰ En caso de parto, si la madre no reúne el período mínimo de cotización y, en consecuencia, percibe la prestación no contributiva, el otro progenitor, a opción de la madre, puede percibir la prestación contributiva por maternidad durante la totalidad del permiso de descanso que corresponda, descontando un período de 6 semanas, siempre que reúna los requisitos exigidos. En estos casos, la madre solamente tendría derecho a un período de suspensión del contrato de trabajo durante 6 semanas.

¹²¹ A través de la modificación del artículo 133 septies de la LGSS.

¹²² Que se recogen, a su vez, en el artículo 17 del RMAT.

¹²³ Tienen la consideración de familias numerosas las formadas por:

- b) En los supuestos de nacimiento en el seno de una familia monoparental, considerando como tal la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia.
- c) En los casos de parto múltiple, considerando tal cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos.
- d) O, finalmente, cuando la madre o el hijo estén afectados de discapacidad en un grado igual o superior al 65 por 100.

El incremento de la duración de la prestación es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas anteriormente.

La duración de la prestación no se ve alterada por el fallecimiento del hijo, ni tampoco cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante al menos 180 días ¹²⁴.

Frente a lo que sucede con respecto de la prestación contributiva, la de modalidad no contributiva no se amplía en los casos de parto múltiple, en los de discapacidad del hijo, en los de partos prematuros y en los de hospitalización de los neonatos ni, en estos últimos casos, procederá tampoco la interrupción del abono del subsidio.

- Uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes.
- Uno o dos ascendientes con dos hijos (comunes o no), y al menos uno de los hijos con discapacidad o incapacitado para trabajar.
- Dos ascendientes con dos hijos (comunes o no), cuando los progenitores fueran discapacitados o estuvieran incapacitados para trabajar, o al menos uno de ellos con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100.
- El padre o la madre separados o divorciados con tres o más hijos, comunes o no, aunque estén en distintas unidades familiares, si están bajo su dependencia económica, aunque no vivan en el hogar conyugal.
- Dos hermanos huérfanos de padre y madre, sometidos a tutela, acogimiento o guarda, sin estar a expensas del tutor, acogedor o guardador.
- Tres o más hermanos huérfanos de padre y madre mayores de 18 años o dos, si uno es discapacitado, que convivan y tengan dependencia económica entre sí.
- El padre o la madre con dos hijos, cuando haya fallecido el otro progenitor.

Las familias con cinco o más hijos tienen la condición de familia numerosa de categoría especial.

A su vez, la disposición adicional 70.^a de la Ley 51/2007, de Presupuestos Generales del Estado para 2008, mandató al Gobierno para que llevase a cabo las modificaciones legales oportunas para considerar, como familias numerosas, a las familias monoparentales con dos hijos a cargo, previsión legal que vuelve a recogerse en la disposición adicional 64.^a de la Ley 2/2008, de Presupuestos Generales del Estado para 2009.

¹²⁴ Dentro de las medidas asistenciales de protección de la maternidad, habría que situar el contenido de la nueva disposición adicional 44.^a de la LGSS –en la redacción dada por el apartado 23 de la disp. adic. 18 LOI– consistente en considerar como período cotizado –a efectos de las futuras prestaciones de la Seguridad Social por jubilación e incapacidad permanente– un período de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, estos incluidos, si el parto fuera múltiple, salvo que, en razón de la actividad desarrollada por la madre en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las 16 semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que correspondiera.

Sobre la aplicación de estos períodos de cotización ficticia en relación con la pensión de jubilación del SOVI y respecto de la solución adoptada en diferentes pronunciamientos judiciales, *vid.* ESTEVE SEGARRA, A. «Pensión de jubilación SOVI y reconocimiento de días de cotización por parto». *Aranzadi Social*. N.º 17. 2009 y HERRAIZ MARTÍN, M.ª S. «¿Los períodos de cotización asimilados por parto pueden computarse para lucrar la prestación de jubilación SOVI». *Aranzadi Social*. N.º 18. 2009.

Respecto de la aplicación de la prestación no contributiva y el juego de la misma, en relación con el disfrute por parte del otro progenitor de la suspensión de la actividad y de la correspondiente prestación de la Seguridad Social, pueden darse dos supuestos:

- Que la madre esté realizando una actividad, por la que esté encuadrada en un régimen de Seguridad Social, que contemple la prestación por maternidad, a la que, en principio, la madre no pueda acceder ya que no reúne el requisito del período de cotización exigible. En este supuesto, la madre percibiría el subsidio no contributivo de maternidad, pudiendo ceder el derecho a la suspensión del contrato a favor del otro progenitor y por el tiempo que reste. El otro progenitor percibiría la prestación contributiva por maternidad (de reunir los requisitos exigidos) que sería calculada en función de la base de cotización.
- Que la madre ejerza una actividad, pero encuadrada en un mecanismo de protección social que no contemple el derecho a prestaciones de maternidad. En este supuesto, el otro progenitor puede suspender el contrato de trabajo o la actividad, por el período de 16 semanas (o el que corresponda en función de las circunstancias del nacido o del número de nacidos) percibiendo durante dicho período la prestación económica en función de la base de cotización.

En todo caso, el derecho a la prestación se extingue por el transcurso del plazo de duración establecido, el fallecimiento de la beneficiaria o por reconocerse a la beneficiaria una pensión por incapacidad permanente ¹²⁵.

Con independencia de la duración de la prestación asistencial, la interesada tiene derecho a suspender su actividad durante 16 semanas ¹²⁶, sin perjuicio de su derecho de reincorporarse a la actividad, una vez agotado el período de descanso obligatorio; en ese período en que esté suspendido el contrato, permanece la obligación de cotizar en los términos señalados ¹²⁷.

1.7. Gestión de la prestación por maternidad.

1.7.1. Consideraciones generales.

La competencia gestora sobre la prestación por maternidad, tanto en la modalidad contributiva como en la no contributiva, radica en el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) ¹²⁸,

¹²⁵ Las reglas señaladas en el apartado 1.5 para la prestación de naturaleza contributiva, en relación con la maternidad, IT y extinción del contrato, son aplicables a la prestación de naturaleza no contributiva.

¹²⁶ O el período que corresponda en función de las circunstancias del nacido o del número de los mismos.

¹²⁷ Si bien en lo que se refiere a la denominada «cuota obrera» la entidad gestora descuenta del importe de la prestación la cuota correspondiente a la trabajadora en función de la base mínima de cotización aplicable.

¹²⁸ En el supuesto de personas incluidas en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, la competencia de gestión corresponde al Instituto Social de la Marina (ISM).

siendo realizada directamente por aquella, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas ¹²⁹.

El pago del subsidio se realiza por períodos vencidos, salvo la prestación por nacimiento, adopción o acogimiento múltiples, en cuyo caso la misma es abonada en un solo pago al término del período de 6 semanas posteriores al parto, o a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

1.7.2. Informe de maternidad.

Para la acreditación de la situación que da lugar a la prestación, en los casos de maternidad biológica, el facultativo del Servicio Público de Salud que atienda a la trabajadora embarazada ha de expedir un informe de maternidad ¹³⁰ certificando, según los casos, la fecha probable del parto, cuando la trabajadora inicie el descanso con anterioridad a aquel y la fecha del parto ¹³¹.

Frente a la regulación anterior ¹³², se suprime el requisito de certificar acerca del estado de salud de la mujer posterior al parto, en los supuestos de opción del descanso por maternidad en favor del otro progenitor, toda vez que, tras la entrada en vigor de la LOI, este puede seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo esta se encuentre en situación de IT.

El Servicio Público de Salud ha de remitir a la entidad gestora el informe de maternidad, en el plazo de los 5 días naturales siguientes al de su expedición. Se elimina, por tanto, la necesidad de que la empresa devuelva dicho informe a la trabajadora para su entrega a la entidad gestora. Para agilizar la transmisión del informe de maternidad, la disposición adicional quinta del RMAT prevé que los respectivos Servicios Públicos de Salud pueden utilizar un procedimiento informático para transmitir a la entidad gestora los informes de maternidad, en cuyo caso los informes que sean presentados por vía telemática no se aportan en papel ¹³³.

¹²⁹ La disposición adicional sexta del RMAT establece que los Registros Civiles remitan a las entidades gestoras de la Seguridad Social, mediante procedimiento informático, información sobre los nacimientos, adopciones y los fallecimientos que se inscriban. La transmisión, cesión, tratamiento y explotación de los datos recibidos mediante este procedimiento informático estarán sometidos a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

¹³⁰ El informe de maternidad consta de un original y dos copias, entregándose a la trabajadora el original; una copia se tramita a la Inspección de Servicios Sanitarios u órgano equivalente del Servicio Público de Salud correspondiente y la otra queda en poder del facultativo. Las trabajadoras por cuenta ajena han de entregar dicho original en la empresa.

¹³¹ Cuando la trabajadora se encuentre en la situación de IT, el facultativo debe, juntamente con el informe de maternidad, extender, simultáneamente, un parte de alta médica por inicio de la situación de maternidad.

¹³² Artículo 12 del Real Decreto 1251/2001.

¹³³ En todo caso, la transmisión, cesión, tratamiento y explotación de los datos recibidos mediante este procedimiento informático estarán sometidos a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

1.7.3. Solicitud y resolución de la prestación.

El reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad se inicia a instancia del interesado, mediante solicitud dirigida a la Dirección Provincial de la entidad gestora competente, según el régimen de encuadramiento, de la provincia en que aquel tenga su domicilio, en los modelos normalizados establecidos por la Administración de la Seguridad Social¹³⁴, acompañando la misma de una serie de documentos que permitan acreditar la situación protegida¹³⁵. En todo caso, la solicitud ha de contener la fecha de inicio y la distribución prevista del periodo de descanso de cada uno de los beneficiarios, así como los datos relativos a la empresa o empresas, si se tratase de trabajadores por cuenta ajena¹³⁶.

¹³⁴ Los modelos normalizados están disponibles en la página web de la Seguridad Social (www.seg-social.es).

¹³⁵ La documentación preceptiva es diferente según la situación a proteger y, de conformidad con el artículo 14 del RMAT, es la siguiente:

- a) *En caso de maternidad y parto múltiple:*
 - El informe de maternidad expedido por el correspondiente Servicio Público de Salud.
 - Libro de Familia o certificación de la inscripción del hijo o hijos en el Registro Civil.
 - Certificación de cotizaciones a la Seguridad Social de la última o últimas empresas o acreditación de la cotización con los recibos del abono de cuotas, si el causante es el obligado a su ingreso.
 - En el caso de que la madre no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, y el otro progenitor suspenda su contrato de trabajo o su actividad por el periodo de descanso que hubiera correspondido a la madre, justificante o certificado que acredite la inexistencia de derecho a prestaciones en su sistema de previsión privado o, en su caso, justificación de que no procede la inclusión de la interesada en una Mutua de Previsión alternativa.
- b) *En el supuesto de fallecimiento de la madre, el solicitante ha de adjuntar el certificado de defunción de aquella.*
- c) *Si se ha producido opción de la madre en favor del otro progenitor para que este disfrute una parte del periodo de descanso, declaración en tal sentido.*
- d) *En los supuestos de adopción o acogimiento de uno o más menores:*
 - Resolución judicial por la que se constituye la adopción o la resolución administrativa o judicial por la que se concede el acogimiento familiar.
Si se trata de acogimiento simple, ha de constar que su duración es, al menos, de un año.
Cuando se trate de adopción o acogimiento internacional, documentación emitida por el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en la que se justifique el inicio de los trámites necesarios para la adopción o el acogimiento.
 - Cuando se trate de adopción o acogimiento de menores, mayores de 6 años, certificación del IMSERSO u órgano competente de la Comunidad Autónoma respectiva; si se trata de discapacitados, certificación acreditativa de la discapacidad.
 - Certificación de cotizaciones a la Seguridad Social de la última o últimas empresas, o acreditación de la cotización con los recibos del abono de cuotas, si el causante es el obligado a su ingreso.
 - Certificación de la empresa o Administración Pública en la que conste, respectivamente, la fecha de inicio de la suspensión laboral o del permiso.
 - En los supuestos de discapacidad de los hijos o menores acogidos, menores de 3 años, se deberá presentar certificación del IMSERSO u órgano de la Comunidad Autónoma respectiva, acreditativa de la discapacidad. La certificación puede sustituirse, cuando se trate de recién nacidos, por un informe médico del Servicio Público de Salud o de un hospital público o privado, en este último caso avalado por el Servicio Público de Salud, en el que se haga constar la discapacidad o su posible existencia.
- e) *En los casos de disfrute de la prestación en régimen de parcialidad:* documento que acredite el previo acuerdo con el empresario. Si se trata de un trabajador por cuenta propia, declaración del interesado en la que se recojan los términos precisos en que se realizará dicho disfrute.
- f) *En caso de internamiento hospitalario del recién nacido* que dé lugar a la ampliación del periodo de descanso, documento expedido por el centro hospitalario acreditativo de dicha hospitalización.

¹³⁶ La correspondiente Dirección Provincial de la entidad gestora competente ha de dictar resolución expresa y la notificará, en el plazo de 30 días, a efectos del reconocimiento del derecho a la prestación económica por maternidad.

Los trabajadores pertenecientes al RETA han de presentar una declaración de situación de la actividad ¹³⁷. No obstante, se excluye de dicha presentación, en todo caso, a los trabajadores económicamente dependientes y a los incluidos en el sistema especial de trabajadores por cuenta propia agrarios ¹³⁸.

A su vez, la solicitud de interrupción de la percepción del subsidio por maternidad, en los partos prematuros o neonatos que deben continuar hospitalizados, ha de efectuarse por la madre o por el otro progenitor del recién nacido, según quién sea o vaya a ser beneficiario de la prestación, debiendo acreditar la interrupción de la suspensión del contrato de trabajo o el cese de la actividad, así como la existencia de hospitalización del menor mediante el documento correspondiente del centro hospitalario.

1.7.4. Gestión de la prestación de naturaleza no contributiva.

Al igual que sucede con la prestación contributiva, la de modalidad no contributiva es gestionada directamente por el INSS, excepto para las trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, cuya gestión corresponderá al ISM, quienes efectúan directamente el pago de la prestación por períodos vencidos, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas.

Son de aplicación a esta modalidad de prestación, las precisiones señaladas en los apartados anteriores respecto al informe de maternidad, la solicitud ¹³⁹, la resolución de la prestación o la presentación de la situación de actividad por parte de las trabajadoras por cuenta propia.

2. LA PRESTACIÓN POR PATERNIDAD

En el objetivo de lograr una mayor participación de los padres en el cuidado de los menores, propiciando que la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales se alcanzase desde una perspectiva de igualdad de género ¹⁴⁰, la Resolución europea del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hom-

¹³⁷ La obligación de presentar dicha declaración se establece en el artículo 12 del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, para los trabajadores que se encuentren en IT y por Resolución de 4 de febrero de 2004 se extendió al subsidio de maternidad y riesgo durante el embarazo, modificándose ahora su exigencia preceptiva.

¹³⁸ Establecido por la Ley 18/2007, de 4 de julio.

¹³⁹ Se simplifica de forma importante la documentación preceptiva a acompañar a la solicitud y que se concreta en el informe de maternidad expedido por el correspondiente Servicio Público de Salud; el Libro de Familia o certificación de la inscripción del hijo o hijos en el Registro Civil y la Certificación de cotizaciones a la Seguridad Social de la última o últimas empresas, o acreditación de la cotización con los recibos del abono de cuotas si la causante es la obligada a su ingreso, cuando sean necesarias para acreditar el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas.

¹⁴⁰ Vid. el estudio de ABRIL, F. y ROMERO, A. «Medidas para incorporar a los hombres en las políticas de conciliación». *Sociología del Trabajo. Nueva Época*. N.º 64. 2008. Págs. 41 y ss.

bres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, alienta a los Estados miembros a evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad, manteniendo al tiempo sus restantes derechos laborales y sociales, correspondiendo a los propios Estados determinar las formas en orden a la concesión de ese derecho.

De igual modo, el artículo 16 de la Directiva 2006/54 establece que corresponde a los Estados ¹⁴¹ reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción, si bien, cuando se reconozcan tales derechos, han de tomar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores –sean hombres o mujeres– del despido motivado por el ejercicio de tales derechos y garantizar que, al término del permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o uno equivalente, en condiciones que no resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiesen podido tener derecho durante su ausencia.

Para acomodar la legislación española a las orientaciones comunitarias, y con la finalidad de que la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se lleve a cabo en términos de corresponsabilidad, la LOI establece una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo ¹⁴² –en razón de la paternidad– y, derivado de ello, incorpora en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social una nueva prestación económica, que tiene como finalidad establecer una renta que sustituya el salario dejado de percibir durante la suspensión de la actividad laboral ¹⁴³.

2.1. Situaciones protegidas.

De acuerdo con las previsiones del artículo 48 del ET ¹⁴⁴ (al que de forma indirecta se remite el art. 22 RMAT) se consideran situaciones protegidas, a efectos de la prestación por paternidad las mismas que se regulan para la prestación por maternidad, es decir:

¹⁴¹ Y, en consecuencia, esas facultades y competencias no resultan afectadas por la Directiva 2006/54/CE.

¹⁴² Mediante la modificación del artículo 45 d) del ET (a través del apartado siete de la disp. adic. 11.ª LOI) y la incorporación del artículo 48.bis del ET (mediante el apartado once de dicha disp. adic.).

¹⁴³ Según datos de la Administración de la Seguridad Social, durante el ejercicio 2008 se reconocieron 279.756 prestaciones por paternidad, que equivale a una tasa del 77,90 por 100 respecto de las prestaciones de maternidad reconocidas en igual período (359.160).

Sobre la nueva prestación de la Seguridad Social por paternidad, *Vid.* BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. «La suspensión de la relación de trabajo por maternidad y paternidad a la luz de la LO 3/2007». *Relaciones Laborales* 5/2008; FERNÁNDEZ COLLADO, M.B. «El permiso por paternidad como medida de conciliación de la vida familiar y laboral: aspectos críticos y propuestas de mejora». *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 134. Julio/Septiembre. 2008; MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M. «Reflexiones sobre el permiso de paternidad y concordancia con la igualdad de género». *Relaciones Laborales*. 8/2007; MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.M. «La reforma de las prestaciones de maternidad y paternidad por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. N.º 79. 2009; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., GARRIGUES GIMÉNEZ, M.A. y VELASCO PORTERO, M.T. «La suspensión del contrato por maternidad y paternidad». *Aranzadi Social*, febrero, 2008; PÉREZ CASTILLO, A.M. «La prestación por paternidad en los casos de paternidad biológica, adopción y acogimiento. Análisis crítico». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º Extra. 2008.

¹⁴⁴ En la redacción dada por la disposición adicional 11.ª de la LOI.

- El nacimiento de hijo ¹⁴⁵.
- La adopción de menor de 6 años.
- El acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple de menores de 6 años, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales ¹⁴⁶.
- También se consideran situaciones protegidas la adopción o el acogimiento (en los términos señalados en el apartado anterior) de menores con más de 6 años discapacitados ¹⁴⁷ o que, por sus circunstancias y experiencias personales, o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.
- Por las razones señaladas en el caso de la maternidad, tiene también la consideración de situación protegida, en los mismos términos establecidos para los supuestos de adopción y acogimiento, la constitución de tutela en los mismos términos señalados para el subsidio de maternidad.
- Para los trabajadores por cuenta propia, se consideran situaciones protegidas las referidas anteriormente (el nacimiento, la adopción, el acogimiento o la constitución de la tutela).

2.2. Beneficiarios de la prestación.

2.2.1. Son beneficiarios de la prestación por paternidad los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, que disfruten del período de suspensión o del permiso, siempre que acrediten los requisitos siguientes:

- a) Estar de alta o en situación de asimilación al alta ¹⁴⁸.

¹⁴⁵ La expresión utilizada en el artículo 48 bis del ET «nacimiento de hijo» podría dar lugar a entender que solamente estarían protegidos los procesos de gestación llevados a término con nacimiento de hijo vivo, así como los casos de muerte del hijo acaecida después del parto, una vez que se hubiese iniciado el permiso. No obstante, otros autores (*Vid.* GARCÍA NINET, J. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A. *Comentarios a la Ley de Igualdad*. CISS. 2007) han abogado, dado el paralelismo con la situación de maternidad, que también estaban protegidos los supuestos de muerte del hijo (intrauterina o durante el parto, incluso la gestación interrumpida, siempre que hubiese alcanzado los 180 días. Esta es la tesis que se recoge en el RMAT al configurar como situaciones protegidas, a efectos de la prestación por paternidad, las mismas reguladas para la prestación por maternidad.

¹⁴⁶ Los acogimientos provisionales formalizados por las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social e incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP se considerarán situaciones protegidas en la medida en que den lugar a los correspondientes descansos o permisos.

¹⁴⁷ En un grado de disparidad igual o superior al 33 por 100, valorada de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

¹⁴⁸ El artículo 24 del RMAT lista las situaciones de asimilación al alta, a efectos de la prestación por paternidad, con un contenido similar a las indicadas para la prestación por maternidad.

- b) Acreditar un período mínimo de cotización de 180 días, dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión o permiso, o, alternativamente, 360 días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha ¹⁴⁹.
- c) Si se trata de trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena, que sean responsables del ingreso de las cotizaciones a la Seguridad Social, hallarse al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, aunque el subsidio sea reconocido, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena ¹⁵⁰.

2.2.2. Así como en la prestación por maternidad se pueden dar varios supuestos de disfrute en exclusiva o de forma conjunta (simultánea o sucesivamente) entre dos beneficiarios, por el contrario, en la prestación por paternidad, se produce una mayor rigidez, de forma que, en caso de dos progenitores, adoptantes o acogedores, la atribución del derecho al disfrute de la suspensión de contrato de trabajo y de la prestación económica de la Seguridad Social se lleva a cabo de la forma siguiente:

- a) En el supuesto de parto, la prestación corresponde al progenitor diferente a la madre biológica ¹⁵¹.
- b) En caso de adopción o acogimiento, el derecho a la prestación corresponde solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados, salvo que el período de suspensión o permiso por maternidad haya sido disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores (quien ha percibido lógicamente la prestación de la Seguridad Social) la prestación por paternidad se reconoce en favor del otro progenitor o persona acogedora.
- c) Si se comparten los períodos de descanso o permisos por maternidad, la condición de beneficiario del subsidio por paternidad es compatible con la percepción de la prestación por maternidad.
- d) En los casos en que solamente exista un progenitor, adoptante o acogedor, si este percibe el subsidio por maternidad, no puede acumular el subsidio por paternidad ¹⁵².
- e) En el caso de parto, si la madre no tiene derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones por maternidad, el otro progenitor puede percibir la prestación por

¹⁴⁹ Al igual que sucede con la maternidad, en los casos de trabajadores a tiempo parcial, el lapso de tiempo inmediatamente anterior al inicio del descanso, en el que debe estar comprendido el período mínimo de cotización exigido, se incrementa en la misma proporción en que el trabajador hubiera reducido la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente y exclusivamente en relación con los períodos en que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada reducida.

¹⁵⁰ Les es de aplicación el mecanismo de «invitación al pago» regulado en el artículo 28 del Decreto 2530/1970.

¹⁵¹ Según los datos correspondientes al ejercicio 2008, el 79% de los progenitores solicitaron la prestación económica de la Seguridad Social por paternidad, en relación con quienes, por el mismo supuesto de nacimiento, adopción o acogimiento, solicitaron la prestación económica por maternidad. Los datos correspondientes se encuentran en la página del Ministerio de Trabajo e Inmigración, en el apartado de Seguridad Social (www.tt.mtin.es/periodico/seguridadsocial/200901/SS20090130.htm).

¹⁵² De acuerdo con la literalidad del artículo 48 bis del ET.

paternidad, compatible con la de maternidad, si reúne los requisitos exigidos para acceder a ambos subsidios y disfruta de los correspondientes períodos de descanso ¹⁵³.

- f) Conforme a la precisión recogida en el artículo 23 del RMAT, cuando la madre resida en un país extranjero y el nacimiento del hijo se haya producido fuera de España, el otro progenitor puede percibir la prestación por paternidad, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del período de descanso.

2.2.3. En los supuestos de pluriactividad, se puede percibir la prestación en cada uno de los regímenes en que se reúnan los requisitos exigidos ¹⁵⁴. De igual modo, en los casos de pluriempleo, se puede causar la prestación en cada empleo, si disfruta el correspondiente período de descanso, teniéndose en cuenta, a efectos de base reguladora, las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización ¹⁵⁵.

2.2.4. Los trabajadores a tiempo parcial tienen derecho a la prestación económica por paternidad, con las particularidades ya indicadas respecto de la maternidad, sin que las mismas sean extrapolables a los supuestos de trabajadores a tiempo completo que disfruten de la prestación en régimen de parcialidad.

2.3. Duración de la prestación.

2.3.1. Regla general.

Se tiene derecho a la prestación por paternidad durante un período de 13 días, que puede disfrutarse a partir de la finalización del permiso por nacimiento de hijo o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato o de la actividad, en este último supuesto para los trabajadores por cuenta propia, inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión.

En el ámbito de la función pública, la duración es la misma que puede percibirse a partir de la fecha del nacimiento o de la fecha de la resolución judicial por la que se constituye la adop-

¹⁵³ Con la diferente regulación en este caso frente al señalado en los supuestos en que solo exista un progenitor, adoptante o persona que acoge, puede surgir la duda de si existe una norma discriminatoria, hecho que es negado por parte de la doctrina. *Vid.* FERNÁNDEZ COLLADO, M.B. «Reflexiones sobre el permiso de paternidad» VV.AA. *La Seguridad Social en el siglo XXI*. Ediciones Laborum. Murcia. 2008.

¹⁵⁴ Si los trabajadores acreditan las condiciones para acceder a la prestación solamente en uno de los regímenes, se reconoce un único subsidio computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen; si en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos para acceder al derecho, se totalizan las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan, y se causa la prestación en el régimen en el que se acrediten más días de cotización.

¹⁵⁵ El apartado 9 del artículo 23 del RMAT precisa la incompatibilidad entre sí del disfrute del permiso de paternidad previsto en el artículo 49 c) del EBEP con la suspensión del contrato de trabajo por paternidad establecida en el artículo 48.bis del ET.

ción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento ¹⁵⁶, si bien con dos excepciones:

- a) En los casos de nacimiento de prematuros o de menores que, por cualquier circunstancia, deban permanecer hospitalizados, el permiso de paternidad (y la prestación de la Seguridad Social) puede iniciarse a partir del alta hospitalaria.
- b) En los casos en que la legislación aplicable (autonómica o local) en el ámbito de la función pública prevea otro momento para disfrutar del permiso ¹⁵⁷.

La disposición transitoria 9.^a de la LOI prevé que por el Gobierno se proceda a la ampliación, de forma progresiva y gradual, de la duración de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad hasta alcanzar el objetivo de 4 semanas de este permiso de paternidad a los 6 años de la entrada en vigor de la misma (es decir, antes del 22 de marzo de 2013). Con este objetivo, la Ley 2/2008, de Presupuestos Generales del Estado para 2009 (disp. adic. sexta) prevé que la suspensión del contrato de trabajo o de la relación funcionarial ¹⁵⁸ (y con ello de la percepción del subsidio) tenga una duración de 20 días cuando el nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa o la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento ¹⁵⁹ o cuando en la familia haya una persona con discapacidad en un grado igual o superior al 33 por 100 ¹⁶⁰. La duración indicada se amplía en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiple en dos días más por cada hijo a partir del segundo ¹⁶¹.

A su vez, los trabajadores por cuenta propia pueden percibir la prestación durante el período comprendido desde el nacimiento del hijo, desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o desde la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice el período correspondiente al descanso por maternidad, adopción o acogimiento, o inmediatamente después de la finalización de dicho descanso, siempre que, en todo caso, se produzca el cese en la actividad durante dicho período.

La suspensión del contrato (con consecuencias en la percepción de la prestación económica de la Seguridad Social) puede llevarse a cabo en régimen de jornada completa o en régimen de jor-

¹⁵⁶ Existe una diferencia importante respecto del momento de inicio del descanso por paternidad, ya que mientras para los trabajadores por cuenta ajena (incluidos en el ámbito del ET) existe una absoluta flexibilidad, sin embargo, en EBEP dicho momento es taxativo y fijado a partir del momento del nacimiento, de la adopción o del acogimiento.

¹⁵⁷ La disposición reglamentaria prevé una excepción –respecto del inicio del descanso por paternidad y de la prestación de la Seguridad Social– en los supuestos en los que, por aplicación de una norma autonómica, el inicio del disfrute del permiso por paternidad no coincide con la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial de la adopción [art. 49 c) EBEP] aplicándose, en esos casos, una fórmula flexible que da amparo a tales supuestos (por ejemplo, la Orden Foral 181/2007, de 13 de abril, de la Comunidad Foral de Navarra –ahora derogada por el Decreto Foral 11/2009, de 9 de febrero– y Ley catalana 8/2006, de 5 de julio).

¹⁵⁸ Ya para los nacimientos, adopciones o acogimientos que se produzcan o constituyan a partir de 1 de enero de 2009.

¹⁵⁹ Para el concepto de familia numerosa, *Vid.* la nota 123.

¹⁶⁰ El 33 por 100 es el grado mínimo de discapacidad que utiliza el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

¹⁶¹ La previsión legal es desarrollada en el artículo 26 del RMAT.

nada parcial de un mínimo al 50 por 100 ¹⁶², si bien –y al igual que sucede en los supuestos de la suspensión de contrato en razón de la maternidad– se precisa previo acuerdo entre el empresario y el trabajador. Además, el trabajador debe comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos ¹⁶³.

Por último, las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social e incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP perciben la prestación a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, salvo que una norma autonómica prevea el momento del disfrute del permiso en otros términos.

Excepcionalmente, en los supuestos de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados, pueden iniciar el percibo del subsidio a partir del alta hospitalaria del hijo.

2.3.2. Reglas especiales.

Al igual que sucede en el caso de la prestación por maternidad, en el caso de la prestación por paternidad existen supuestos específicos respecto de la percepción de dicha prestación cuando son dos los progenitores, los adoptantes o las personas que constituyen el acogimiento, del modo siguiente:

- a) En caso de parto, si la madre no tiene derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones por maternidad, el otro progenitor percibe la prestación inmediatamente después de la suspensión laboral o del permiso retribuido, a que se tenga derecho y, a continuación, percibe la prestación por maternidad.
- b) En caso de parto, si la madre no trabaja y no hay lugar a períodos de descanso por maternidad, se presume que estos han existido a los efectos del permiso por paternidad que, entonces, puede iniciarse de la misma manera que si la madre hubiera sido trabajadora con derecho al disfrute de períodos de descanso.
- c) En todos los supuestos en que proceden ampliaciones de los períodos de descanso o permisos por maternidad, por discapacidad de los hijos o menores acogidos, por partos, adopciones o acogimientos múltiples, o, finalmente, cuando los neonatos deban permanecer hospitalizados, la prestación por paternidad puede iniciarse al término de dichos períodos adicionales o con anterioridad a su finalización.

¹⁶² Nótese que mientras que en la suspensión del contrato por paternidad, se limita la posibilidad de disfrute en régimen de jornada parcial a que exista un mínimo del 50 por 100, sin embargo esa limitación no existe en la suspensión del contrato por maternidad.

¹⁶³ Los trabajadores por cuenta propia también pueden percibir la prestación de Seguridad Social en régimen de «parcialidad» a un 50 por 100. En este caso, y dada la independencia en el ejercicio de la actividad, los interesados únicamente deben comunicar a la entidad gestora, al solicitar la correspondiente prestación, el régimen en que se va a llevar a efecto.

- d) Cuando se perciba la prestación por maternidad en régimen de parcialidad, la correspondiente a paternidad se puede percibir, bien durante la percepción de la prestación por maternidad en su totalidad, o bien inmediatamente después de su extinción.
- e) No se reconoce la prestación por paternidad si el hijo o el menor acogido fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso. Sin embargo, una vez reconocida la prestación, esta no se extingue aunque fallezca el hijo o menor acogido.

2.3.3. La prestación por paternidad se extingue por el transcurso del plazo de duración establecido, por reincorporación voluntaria del beneficiario al trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, por fallecimiento del beneficiario y por causar esta pensión de jubilación o por incapacidad permanente.

2.4. Determinación de la cuantía de la prestación.

La prestación económica por paternidad consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora que esté establecida para la prestación por IT derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del período de descanso, si bien durante el disfrute de los períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reduce en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral.

Son de aplicación a la prestación por paternidad las especialidades ya señaladas para la prestación por maternidad, en lo que se refiere a la determinación de la base reguladora, la actualización de su cuantía en casos concretos, las especialidades en relación con las personas con contrato a tiempo parcial o para la formación, para los profesionales taurinos o para los artistas ¹⁶⁴.

2.5. Paternidad, IT y extinción del contrato.

Las especialidades señaladas para los supuestos de concatenación entre las prestaciones de IT y maternidad, así como entre ellas y la extinción del contrato de trabajo, son extensibles a las situaciones de concatenación de la IT y la paternidad y la extinción de la relación laboral estando el trabajador disfrutando el permiso de paternidad ¹⁶⁵.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que, en los casos de disfrute de la suspensión del contrato de trabajo (y de la prestación por paternidad) en régimen de parcialidad, frente a la flexibilidad existente en la maternidad, en la paternidad se ha establecido una reducción única del 50 por 100. Por ello, cuando, durante la percepción de una prestación por paternidad en régimen de jornada a

¹⁶⁴ Aspectos todos ellos regulados en el artículo 25 del RMAT.

¹⁶⁵ *Vid.* artículo 27 del RMAT.

tiempo parcial, se inicie un proceso de IT puede percibirse también simultáneamente la prestación correspondiente a esta última situación, en cuyo caso la base reguladora pasa a calcularse sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial que se viniera compatibilizando con la prestación por paternidad y si se trata de trabajador por cuenta propia, la base reguladora del subsidio por IT se reduce en un 50 por 100.

2.6. Denegación, anulación y suspensión del derecho.

El derecho a la prestación por paternidad puede ser denegado, anulado o suspendido ¹⁶⁶ cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar la prestación y cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso, salvo en supuestos de percepción de un subsidio por paternidad en régimen de jornada a tiempo parcial o en situaciones de pluriactividad o pluriempleo, respecto de los períodos por los que no se perciba el subsidio.

2.7. Gestión de la prestación por paternidad.

Son aplicables a la prestación por paternidad las especialidades antes indicadas en lo que respecta a la prestación por maternidad ¹⁶⁷, tanto en lo que se refiere a las entidades competentes, el pago de la prestación, la solicitud ¹⁶⁸ y el reconocimiento de aquella, así como plazo para su notificación ¹⁶⁹.

3. LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

El artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) (modificado, a su vez, por la LOI) estableció un conjunto de medidas y de mecanismos que ha de adoptar el empresario ante la presencia de una mujer trabajadora embarazada, en base a las previsiones contenidas en la Directiva 92/85/CEE, del Consejo de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada ¹⁷⁰, cuya puesta en práctica depende de dos parámetros: el estado biológico de la mujer y la actividad realizada por esta en la empresa, del modo siguiente:

¹⁶⁶ Artículos 133 octies de la LGSS y 28 del RMAT.

¹⁶⁷ La gestión de la prestación por paternidad se regula en los artículos 29 y 30 del RMAT.

¹⁶⁸ Con algunas especialidades (art. 30 RMAT).

¹⁶⁹ Se determina el plazo máximo de resolución y notificación, fijándose en 30 días, por similitud con lo dispuesto para el subsidio por maternidad en el Anexo del Real Decreto 286/2003, de 7 de marzo, por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social.

¹⁷⁰ La incorporación de la Directiva 92/85/CEE al ordenamiento jurídico español se llevó a cabo por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), con las modificaciones de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre.

- a) La primera obligación que recae sobre el empresario es evaluar los riesgos que pueden afectar a la embarazada, obligación que deriva de la evaluación contenida en el artículo 16 de la LPRL¹⁷¹, que tiene en cuenta dos parámetros esenciales: de una parte, la naturaleza de la actividad y, de otra, los colectivos que están expuestos a riesgos específicos. A diferencia del resto de las obligaciones empresariales en materia de protección de la maternidad, la de evaluación de los riesgos surge incluso antes de que el empresario tenga conocimiento de la situación de embarazo, en orden a que una trabajadora embarazada no tenga que continuar en su puesto de trabajo hasta la finalización de una evaluación específica, tras la comunicación del embarazo al empresario. En síntesis, el objetivo de la evaluación es conocer, de antemano, cuáles son los posibles riesgos para, a partir de su detección, determinar las medidas necesarias que deben adoptarse¹⁷². Por ello, la evaluación no ha de adoptarse solo en caso de un riesgo cierto, sino también cuando los riesgos sean simplemente potenciales¹⁷³.
- b) Cuando se den estos riesgos y exista una trabajadora embarazada, el empresario ha de adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición de aquella a dicho riesgo, mediante la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, incluyendo, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos. Esta protección se configura como una obligación del empresario, pero también como un derecho y un deber de la trabajadora, ya que una vez adoptada la correspondiente medida preventiva, la propia protección le impone su cumplimiento, sin que la trabajadora pueda renunciar a ello, sobre todo al estar en juego la salud del recién nacido o la viabilidad del feto¹⁷⁴.
- c) Si, a pesar de la modificación de las condiciones o el tiempo de trabajo siguen presentándose los riesgos (o cuando no pueda llevarse a cabo tal modificación¹⁷⁵) el apartado 2 del artículo

La LPRL ha sido modificada de nuevo por la LOI, en cuya disposición final tercera, y en el objetivo de adoptar medidas más eficaces en la protección contra los riesgos laborales, como parte integrante del derecho de la mujer a la igualdad efectiva en el trabajo, se mandata al Gobierno para que, reglamentariamente, integre el contenido de los Anexos de la Directiva 92/85/CEE en el ordenamiento jurídico español. El mandato legal se ha llevado a cabo con la publicación (BOE 7 de marzo de 2009) del Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

¹⁷¹ Esta obligación de evaluación es coherente con las previsiones contenidas en el artículo 6 de la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989 y con el artículo 4 de la Directiva 92/85/CEE. Asimismo, la obligación de evaluación es considerada como uno de los elementos claves de la prevención de riesgos laborales. Véase GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*. E. Trotta. Madrid 1996; MUÑOZ MOLTO, F. y GARCÍA GARCÍA, A.M. «La protección de la maternidad frente a los riesgos laborales». *Tribuna Social*. N.º 74/75 o PALOMEQUE LÓPEZ, C. «El nuevo marco jurídico de la prevención de riesgos laborales: la Ley 31/1995, de 8 de noviembre». *Actualidad Laboral*. N.º 8. 1996.

¹⁷² Vid. FERNÁNDEZ MARCOS, L. «El principio de la discriminación por razón de sexo y los trabajos prohibidos a la mujer en la legislación de seguridad e higiene». *Actualidad Laboral*. N.º 1/1999.

¹⁷³ Esta parece ser la interpretación del artículo 26 de la LPRL en cuanto señala que «la evaluación... deberá comprender... los procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente... si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión...». Esta tesis es compartida igualmente por la doctrina como afirman, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR: «Comentarios a la Ley 31/1995», *op. cit.*

¹⁷⁴ Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, A., GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M. *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*. Civitas. Madrid. 1998.

¹⁷⁵ LÓPEZ RUBIA, E. «Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales». *Tribuna Social*. N.º 15. Julio. 2000.

lo 26 de la LPRL prevé que la trabajadora ha de pasar a desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado.

Para que sea obligatorio el traslado a nuevo puesto de trabajo, es necesario que exista una certificación médica acreditativa de que el puesto de trabajo adaptado sigue presentando riesgo para la salud y la seguridad de la madre y/o para el feto, certificación expedida por los servicios médicos de la entidad gestora o colaboradora con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio de Salud, que asista facultativamente a la trabajadora ¹⁷⁶. A su vez, la empresa, previa consulta con los representantes de los trabajadores, habrá de determinar previamente la relación de puestos de trabajo exentos de riesgos a los efectos del embarazo.

- d) La última posibilidad de protección en el ámbito empresarial, en caso de que no exista puesto de trabajo compatible dentro del grupo profesional o categoría equivalente, consiste en que la trabajadora ha de ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo profesional o categoría equivalente. Esta obligación es de carácter residual y solamente ha de emplearse cuando hayan fallado los otros dos mecanismos previos (es decir, imposibilidad de adaptar las condiciones del puesto de trabajo y de ofrecer a la trabajadora un puesto de trabajo correspondiente a grupo profesional o categoría equivalente), ya que implica ir más allá del contenido de una movilidad funcional ¹⁷⁷.
- e) Por último, en el caso de que la trabajadora embarazada no pueda ser trasladada a puesto de trabajo compatible, y de conformidad con las previsiones del ET –o de la legislación de la función pública– se puede suspender el contrato de trabajo ¹⁷⁸, suspensión que finaliza en el momento en que la trabajadora inicie el período de descanso por maternidad o pueda reincorporarse a su puesto de trabajo o a otro compatible, de producirse en una fecha anterior, conforme al artículo 48.5 del ET ¹⁷⁹.

En consonancia con la existencia de una suspensión de contrato de trabajo –y la consiguiente pérdida temporal del salario– el ordenamiento de la Seguridad Social prevé una prestación económica cuya finalidad es la de sustituir la renta que deja de percibirse como consecuencia de la suspensión

¹⁷⁶ Algún autor entiende que ante la posible discrepancia entre el informe del Servicio de Salud y de los servicios médicos del INSS o de la mutua, debería decidir la Inspección Médica, configurándola como una especie de superior jerárquico de ambos servicios. Vid. MARTÍNEZ DE VIÉRGOL, A. «La naturaleza jurídica de la contingencia correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo». *Revista de Derecho Social*. N.º 9. 2000.

¹⁷⁷ Este traslado, si bien representa una actuación obligatoria para el empresario, también lo es para la propia trabajadora. En cualquier caso, ha de abonarse a la trabajadora el salario percibido en el puesto de trabajo habitual, salvo que el cambio haya sido a un puesto de categoría superior, en cuyo caso es defendible que haya de abonarse el salario del puesto superior. Esta es la tesis mantenida por la doctrina. SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F. *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Valencia. 1996.

¹⁷⁸ Artículo 48 del ET, en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre (LCVF). Vid. NEVADO FERNÁNDEZ, M.J. «El cuidado de personas a cargo de trabajadores. (Maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y Seguridad Social)». *Revista de Derecho del Trabajo*. Civitas. N.º 106. Julio/Agosto. 2001.

¹⁷⁹ Ha de tenerse en cuenta que, durante la situación de embarazo, el despido de la trabajadora es reputado como nulo, incluso aunque el empresario desconociese el estado de gestación de la trabajadora, como ha puesto de relieve la STC 92/2008, de 21 de julio. Un análisis de esta sentencia en CAVAS MARTÍNEZ, F. «El Tribunal Constitucional "blinda" el contrato de las trabajadoras embarazadas». *Aranzadi Social*. N.º 11. Noviembre/2008.

del contrato de trabajo a causa de la existencia de una situación que presenta riesgo para la mujer embarazada.

Aunque la prestación de riesgo durante el embarazo está ligada a la suspensión del contrato de trabajo, en los términos previstos en el artículo 48.5 del ET, sin embargo –al igual que sucede con las prestaciones por maternidad (adopción o acogimiento)– aquella no se limita a las trabajadoras por cuenta ajena, sino que, conforme a la disposición adicional 8.ª de la LGSS, la prestación se extiende a las trabajadoras por cuenta propia, en los términos y condiciones que reglamentariamente se estableciesen ¹⁸⁰.

La regulación anterior resulta modificada por la LOI, pero si en el ámbito laboral las modificaciones son escasas, no ocurre lo mismo en relación con el régimen jurídico de la prestación de la Seguridad Social, ya que afectan a su configuración, a la cuantía o la gestión de la misma, previsiones que son desarrolladas por el Capítulo IV del RMAT.

3.1. La situación protegida.

La situación protegida es el período de suspensión del contrato de trabajo que ha de tomar la trabajadora, como consecuencia de que, debiendo esta cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado de embarazo, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados ¹⁸¹.

En consecuencia no es el propio embarazo el que da lugar a la situación protegida, sino la consecuencia sobre el mismo del puesto de trabajo o de la actividad desarrollada por la trabajadora, por lo que la propia disposición reglamentaria ¹⁸² no califica como situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado ¹⁸³.

3.2. Beneficiarias de la prestación.

Uno de los cambios que provoca la LOI respecto de la legislación anterior en lo que respecta a la prestación por riesgo durante el embarazo afecta a la naturaleza de la prestación, que,

¹⁸⁰ Que, hasta la entrada en vigor del RMAT venían recogidas en el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre.

¹⁸¹ Artículo 134 de la LGSS.

¹⁸² Artículo 31.2 del RMAT.

¹⁸³ Sobre la valoración del riesgo laboral y de la incapacidad laboral en la situación del embarazo, *vid.* la publicación de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia sobre «Orientaciones para la valoración del riesgo laboral y la incapacidad temporal durante el embarazo». Madrid, 2007. El documento está disponible en la página web del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (<http://www.tt.mtin.es/periodico/perhisto/HistoBase.asp>).

de constituir una prestación derivada de contingencias comunes, adquiere la naturaleza de prestación de riesgo derivada de contingencia profesional, por lo que, de conformidad con las previsiones del artículo 135 de la LGSS, ha de concederse en los mismos términos y condiciones que los previstos para la IT derivada de contingencias profesionales, lo cual podría afectar a las beneficiarias de la prestación, que, conforme precisa el artículo 32 del RMAT son las siguientes:

- a) Las trabajadoras por cuenta ajena, en situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, siempre que estén afiliadas y en alta en alguno de los regímenes de la Seguridad Social en la fecha en que se inicie dicha suspensión ¹⁸⁴.
- b) Las trabajadoras por cuenta propia que deban suspender el desarrollo de su actividad, a causa del embarazo.

La extensión de la protección a las trabajadoras por cuenta propia, que deriva de lo dispuesto en la disposición adicional 8.^a de la LGSS, se amplía a las trabajadoras por cuenta propia que, en el ámbito de la cobertura protectora, no hayan optado por las contingencias profesionales ¹⁸⁵. En estos casos, las trabajadoras vienen obligadas a cotizar, de forma obligatoria el 0,1 por 100 sobre la base de cotización elegida ¹⁸⁶.

- c) Las trabajadoras incorporadas en el Régimen Especial de Trabajo en el Hogar y ello a pesar de que en este Régimen se carece de la posibilidad de dar cobertura a las contingencias profesionales ¹⁸⁷. También en este Régimen se impone la obligatoriedad de cotización adicional ¹⁸⁸ para dar cobertura a estas prestaciones.

Tanto para las trabajadoras por cuenta propia, como para las trabajadoras por cuenta ajena que sean responsables de la obligación de cotizar, será requisito imprescindible para el reconocimiento

¹⁸⁴ Las trabajadoras por cuenta ajena anteriormente relacionadas se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de la obtención del subsidio por riesgo durante el embarazo, aunque su empresa hubiera incumplido sus obligaciones. En tal sentido, la disposición final primera del RMAT procede a la adaptación del artículo 29.2 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación y altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (aprobado por RD 84/1996, de 26 de enero) para incorporar dentro de las situaciones de alta de pleno derecho, aunque su empresario hubiera incumplido sus obligaciones, las correspondientes a la de riesgo durante el embarazo, dada la configuración jurídica de tal prestación como derivada de contingencias profesionales, a tenor de las modificaciones incorporadas por la LOI.

¹⁸⁵ Como sucede en el caso de las trabajadoras por cuenta propia incluidas en el RETA, salvo que tengan el carácter de trabajadoras autónomas económicamente dependientes o que desarrollen actividades con especial riesgo, en cuyo caso, es obligatoria la cobertura de las contingencias profesionales. *Vid.* la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

¹⁸⁶ En los términos previstos en el artículo 120 de la Ley 2/2008, de Presupuestos Generales del Estado para 2009.

¹⁸⁷ No deja de ser curioso que, en los momentos actuales, se hayan extendido a los trabajadores por cuenta propia unos mecanismos de protección –los derivados de riesgos profesionales– que eran el resultado de los efectos derivados como consecuencia o con ocasión de un trabajo realizado por cuenta ajena y, al mismo tiempo, un colectivo de trabajadores por cuenta ajena –los incluidos en el Régimen de Empleados de Hogar– estén exceptuados de esta protección. Tal vez por ello, en el Acuerdo de medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, se prevé que, dentro de las medidas a adoptar en el Régimen de Empleados de Hogar para hacerle converger paulatinamente con el Régimen General, una de ellas sea la extensión de la cobertura de riesgos profesionales.

¹⁸⁸ Del 0,1 por 100 sobre la base de cotización, en los términos que establece la Ley de Presupuestos Generales del Estado del correspondiente ejercicio.

y abono de la prestación que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, aunque el subsidio sea reconocido como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena ¹⁸⁹.

3.3. La duración de la prestación.

El derecho a la prestación nace el mismo día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo (o la licencia por riesgo durante el embarazo) y se ha de abonar durante el período necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora o del feto, finalizando el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado, de producirse en una fecha anterior.

Asimismo, en el caso de trabajadoras a tiempo parcial la prestación se ha de abonar a estas durante todos los días naturales en que se mantenga la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo ¹⁹⁰.

La prestación se extingue por el inicio de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad; por la reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado; por la extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas (dado que si no existe el trabajo no puede mantenerse el riesgo del que derivaba); por interrupción del embarazo o por fallecimiento de la beneficiaria ¹⁹¹.

Respecto de las causas de suspensión, el artículo 36 del RMAT (que tiene en cuenta lo regulado en el art. 132 LGSS y el antecedente del RD 1251/2001) prevé el supuesto en que la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar la prestación, así como la realización de cualquier trabajo o actividad, bien por cuenta ajena o por cuenta propia, iniciados con posterioridad a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, incompatibles con su estado ¹⁹².

Además, en el caso de las trabajadoras con contrato fijo-discontinuo la prestación se suspende durante los períodos entre temporadas para las trabajadoras fijas discontinuas, en tanto no se produzca el nuevo llamamiento.

¹⁸⁹ También en estos casos es de aplicación el mecanismo de «invitación al pago» a que se refiere la disposición adicional 39.ª de la LGSS, en los términos indicados respecto de la prestación por maternidad.

¹⁹⁰ El artículo 35 del RMAT extrapola a la prestación de riesgo durante el embarazo lo previsto en el artículo 5 y en el párrafo b) del artículo 4.1 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, para las situaciones de IT cuando la entidad gestora asume el pago de la prestación.

¹⁹¹ De acuerdo a las previsiones del apartado 5 del artículo 35 del RMAT, la trabajadora y la empresa estarán obligadas a comunicar a la entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio.

¹⁹² Se hace referencia con ello a las situaciones de pluriempleo o pluriactividad, en las que se haya declarado la situación de riesgo durante el embarazo respecto de un trabajo o actividad pero no en todas ellas. En este supuesto, el subsidio correspondiente se extingue si la beneficiaria del mismo está llevando a cabo otro trabajo o actividad (respecto de las que no se declaró en su momento la existencia de ese riesgo –por ejemplo, por no haber solicitado el mismo–) cuya realización es incompatible con el estado de la trabajadora, al afectar a su salud o a la del feto.

3.4. Cuantía de la prestación.

La prestación económica por riesgo durante el embarazo consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. En consecuencia, la prestación se ha incrementado en un 33 por 100, ya que con anterioridad a la LOI el importe era del 75 por 100 de la correspondiente base reguladora.

Además de la modificación en el porcentaje se ha alterado también la base reguladora sobre la que se aplica el porcentaje, ya que, con carácter general, dicha base es equivalente a la que esté establecida para la prestación por IT, derivada de contingencias profesionales, salvo que se trate de trabajadora que no haya dado cobertura a las contingencias profesionales o que esté incluida en el Régimen Especial del Trabajo en el Hogar Familiar, en cuyo caso la base reguladora equivale a la base reguladora de la IT derivada de contingencias comunes.

Esta regla general admite especialidades como son:

- a) En los casos de pluriempleo, si la suspensión del contrato de trabajo se declara en todas las actividades que realice simultáneamente la trabajadora, para la determinación de la base reguladora de la prestación se computan todas sus bases de cotización en las distintas empresas, sin que ese cómputo pueda exceder del tope máximo establecido a efectos de cotización.

Por el contrario, si la suspensión del contrato no se declara en todas las actividades, en el cálculo de la base reguladora del subsidio solo se tienen en cuenta las bases de cotización correspondientes a las empresas en las que se produce la suspensión del contrato de trabajo.

- b) En los supuestos de pluriactividad, si la situación de riesgo durante el embarazo afecta a todas las actividades desempeñadas, se tiene derecho al subsidio en cada uno de los regímenes si reúne los requisitos exigidos de manera independiente en cada uno de ellos. Si la situación de riesgo durante el embarazo no afecta a todas las actividades desarrolladas, se tiene derecho a la prestación en el régimen en el que estén incluidas las actividades en que exista dicho riesgo.

En todo caso, la percepción de la prestación es compatible con el mantenimiento de aquellas actividades que la trabajadora ya viniera desempeñando con anterioridad o pudiera comenzar a desempeñar y no impliquen riesgo durante el embarazo.

- c) Si se trata de trabajadoras contratadas a tiempo parcial, la base reguladora diaria es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión laboral, entre el número de días naturales comprendidos en dicho período. De ser menor la antigüedad de la trabajadora en la empresa, para la determinación de la base reguladora se divide la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que estas correspondan ¹⁹³.

¹⁹³ De acuerdo con las previsiones del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre.

- d) Para las trabajadoras contratadas para la formación, la base reguladora será equivalente al 75 por 100 de la base mínima de cotización vigente ¹⁹⁴.
- e) Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, la base reguladora es el promedio diario que resulte de dividir por 365 la suma de las bases de cotización de los 12 meses anteriores al momento de causar la prestación o el promedio diario del período de cotización que se acredite, si este es inferior a un año ¹⁹⁵.

Reconocida la prestación, el pago de la misma corresponde a la entidad gestora o la mutua con la que la empresa tuviera concertada la cobertura de los riesgos profesionales en el momento de la suspensión del contrato, con independencia de que durante la mencionada situación se produzca un cambio de la entidad.

No obstante, si la empresa de la trabajadora resulta responsable directa de la prestación por haber incumplido sus obligaciones en materia de afiliación, alta o cotización a la Seguridad Social, también es responsable subsidiaria de la misma, en el supuesto de insolvencia empresarial, la entidad gestora o colaboradora correspondiente ¹⁹⁶.

En todo caso, el pago del subsidio se realizará por la entidad gestora o colaboradora, por períodos mensuales vencidos.

3.5. IT y riesgo durante el embarazo.

El artículo 37 del RMAT establece una serie de reglas para los supuestos de concatenación entre la IT y la prestación de riesgo durante el embarazo de la forma siguiente:

- a) Si la trabajadora se encuentra en situación de IT y, durante la misma, solicita la prestación de riesgo durante el embarazo, no procede el reconocimiento, en su caso, de esta última prestación, hasta que se extinga la situación de IT por cualquiera de las causas legal o reglamentariamente establecidas.
- b) A su vez, si la trabajadora se encuentra en situación de riesgo durante el embarazo y durante la misma solicita la prestación por IT tampoco procede el reconocimiento de esta última hasta la finalización de la situación de riesgo durante el embarazo, si reúne en ese momento los requisitos necesarios para acceder a la IT.
- c) Si la trabajadora se encuentra en situación de riesgo durante el embarazo y durante ella se extinga su contrato, se extingue la prestación por riesgo durante el embarazo pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación.

¹⁹⁴ En base a lo establecido en el artículo 16 del Real Decreto 488/1998.

¹⁹⁵ Artículos 10.2 y 17.2 del Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre.

¹⁹⁶ *Vid.* artículo 126.2 de la LGSS.

A diferencia de lo que ocurre en los supuestos en que se extingue el contrato de trabajo una vez iniciada la situación de maternidad, en los que se continúa en el percibo de la prestación hasta el término de tal situación, por expresa determinación legal (art. 222.2 LGSS), la finalización de la relación laboral que se encontraba suspendida por suponer un riesgo para la mujer embarazada o para el feto, origina, necesariamente, por la especificidad de la situación protegida, la extinción de la prestación percibida durante la suspensión, puesto que al desaparecer el vínculo laboral que unía a la trabajadora con su empresario, desaparece de igual modo la razón de ser de la prestación que, por lo mismo, se extingue.

3.6. La gestión de la prestación.

La gestión de la prestación se desenvuelve en base a los siguientes parámetros:

- a) El reconocimiento del derecho corresponde a la entidad gestora o la mutua con la que tenga concertada la empresa la cobertura de las contingencias profesionales. En tal sentido, la entidad gestora competente puede declarar la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones, así como la de la entidad que, en su caso, deba anticiparlas, en virtud de las competencias atribuidas por el artículo 126.4 de la LGSS.

En los supuestos de trabajadoras incluidas en el RETA que no hayan dado cobertura a la protección por IT derivada de contingencias comunes, cuando tal protección sea opcional, y de trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, la gestión de la prestación corresponde a la entidad gestora.

La colaboración en la gestión de la prestación de riesgo durante el embarazo atribuida a las mutuas comprende la declaración del derecho al subsidio, así como su denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción y, en general, todas las actuaciones tendentes a comprobar los hechos, condiciones y requisitos necesarios para el acceso al derecho y su mantenimiento.

A tal fin, la disposición adicional undécima del Reglamento General sobre colaboración de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social¹⁹⁷ prevé que los actos por los que se declare el derecho a la prestación económica o por los que se deniegue, suspenda, restrinja, anule o extinga el derecho, serán motivados y se formalizarán por escrito, quedando supeditada la eficacia de los mismos a su notificación a los beneficiarios.

- b) El procedimiento se inicia a instancia de la interesada, mediante un informe del facultativo del Servicio Público de Salud, en el que se acredite la situación de embarazo y la fecha probable del parto, así como la circunstancia de que las condiciones del trabajo o actividad profesional desempeñados influyen negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o en la del feto.

¹⁹⁷ Aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre. La disposición adicional undécima de dicho Reglamento ha sido incorporada por la disposición final tercera del RMAT.

- c) La trabajadora, con el citado informe, acompañado de un certificado de la empresa sobre la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo, ha de solicitar la emisión de la certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo, ante la entidad gestora o colaboradora que corresponda.

De conformidad con las previsiones de la disposición adicional segunda del RMAT, en las Direcciones provinciales del INSS en las que no se disponga de servicios médicos propios, la certificación médica es expedida por la Inspección de Servicios Sanitarios del Servicio Público de Salud u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas que hayan asumido las transferencias en materia sanitaria.

Asimismo, en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, en las Direcciones provinciales en las que el ISM no disponga de servicios médicos propios, la referida certificación médica será expedida por los servicios médicos del INSS o, en su caso, y de conformidad con lo establecido en el párrafo anterior, por la Inspección de los Servicios Sanitarios del Servicio Público de Salud u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas.

La expedición de esta certificación es de tramitación preferente y ha de constar de un original y dos copias, entregándose a la trabajadora el original y una copia con destino a la empresa o, en su caso, al responsable del hogar familiar, quedándose la otra copia en poder del servicio médico.

De todas formas, la entidad gestora o mutua responsable de la gestión y pago de la prestación de riesgo durante el embarazo puede solicitar la aportación de la evaluación inicial del riesgo del puesto de trabajo ocupado por la trabajadora, así como la relación de puestos de trabajo exentos de riesgo, según lo establecido, respectivamente, en los artículos 16.1 y 26.2 de la LPRL.

En los supuestos de trabajadora por cuenta propia, se debe presentar declaración de la trabajadora sobre la actividad desarrollada, así como sobre la inexistencia de un trabajo o función en tal actividad compatible con su estado que pueda ser llevada a cabo por la misma, en su condición de trabajadora por cuenta propia o de empleada de hogar. Cuando se trate de una trabajadora autónoma que presta servicios en sociedades cooperativas o sociedades laborales o mercantiles, dicha declaración debe ser realizada por el administrador de la sociedad. Si se trata de una trabajadora autónoma económicamente dependiente, la mencionada declaración deberá realizarla su cliente.

- d) Si la entidad gestora o colaboradora considera que no se produce la situación de riesgo durante el embarazo ha de proceder a la denegación de la expedición de la certificación médica, comunicando a la trabajadora que no cabe iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Con el fin de valorar homogéneamente la existencia de los riesgos durante el embarazo y durante la lactancia natural, la disposición adicional tercera del RMAT prevé que el Ministerio de Trabajo e Inmigración elabore las correspondientes guías en las que se definan los riesgos que pueden derivar del puesto de trabajo, y en las que se recogerá una relación no exhaustiva de agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pueden influir de forma negativa en la salud de las trabajadoras o del feto, en caso de embarazo, y en la de la madre o en la del hijo, en supuestos de lactancia natural.

- e) Certificada la existencia del riesgo, si no ha sido posible el cambio de puesto de trabajo, la empresa ha de declarar a la trabajadora afectada en situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

Producida la suspensión del contrato de trabajo, para el reconocimiento del subsidio, la trabajadora ha de presentar la solicitud a la Dirección Provincial de la entidad gestora de la provincia en que aquella tenga su domicilio, o ante la mutua respectiva, en los modelos establecidos al efecto y deberán contener los datos y circunstancias, con acompañamiento de los documentos preceptivos establecidos ¹⁹⁹.

A la vista de la documentación presentada y una vez comprobados todos los requisitos formales, hechos y condiciones exigidos para acceder al subsidio, la entidad gestora ha de dictar resolución expresa, que se notificará en el plazo de 30 días, a efectos del reconocimiento del derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo.

En la resolución inicial ha de indicarse a la interesada la fecha a partir de la cual podrá reconocerse la prestación, teniendo en cuenta la certificación médica sobre la existencia de riesgo y la evolución en el estado de gestación, en relación con el riesgo específico derivado del puesto de trabajo.

- f) Si se producen contradicciones en las declaraciones y certificaciones presentadas con la solicitud, o concurren indicios de posible connivencia para obtener la prestación, se ha de solicitar informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a fin de que esta manifieste su conformidad o su discrepancia en relación con las medidas adoptadas por la empresa, que puedan determinar el derecho al subsidio por riesgo durante el embarazo.

El informe deberá ser emitido en el plazo de 15 días, transcurrido el cual, se podrá dictar la correspondiente resolución, sin tener en cuenta el mismo, a efectos del reconocimiento o denegación de la prestación económica ²⁰⁰.

Con ello se pretender homogeneizar criterios para que los médicos del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, del Servicio Público de Salud, del INSS y de las mutuas correspondientes, puedan efectuar una valoración objetiva en la determinación del riesgo del puesto de trabajo, a efectos de las prestaciones económicas por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural.

¹⁹⁹ De acuerdo a las previsiones del artículo 39 del RMAT, los documentos preceptivos son los siguientes:

- Certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo, en aquellos casos en los que no obre en poder de la entidad gestora o la mutua.
- Declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora o, caso de existir, que el traslado no puede llevarse a cabo por razones técnicas u objetivas, o no puede ser razonablemente exigido el traslado.
Cuando se trate de personas integradas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, declaración del responsable del hogar familiar sobre la inexistencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora.
- Certificado de empresa en el que conste la cuantía de la base de cotización de la trabajadora por contingencias profesionales, correspondiente al mes anterior.
- Si se trata de trabajadoras incluidas en el RETA, declaración de situación de la actividad.
De igual modo, las interesadas han de presentar acreditación de la cotización con los recibos del abono de cuotas, cuando sean necesarios para determinar la cuantía de la prestación o el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas.

²⁰⁰ El plazo de los 15 días para que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social expida el correspondiente informe suspende el cómputo del plazo general de 30 días para proceder a la resolución del subsidio y notificación de la misma.

4. LA PRESTACIÓN DE RIESGO DURANTE LA LACTANCIA

Como se ha indicado previamente, la LCVF, a través de la modificación de la LPRL, reguló el establecimiento de mecanismos tendentes a proteger a la mujer en situación de embarazo, cuando su puesto de trabajo presentaba riesgos para su salud o el feto, en los términos expuestos previamente, en línea con las previsiones reflejadas entonces en la Directiva europea 92/85; sin embargo, esa acomodación no fue completa, por cuanto que dicha Directiva extendía la protección también a la situación de riesgo durante la lactancia, es decir, a los supuestos en que una trabajadora desempeñase un puesto de trabajo que resultara perjudicial para su salud y/o la del menor lactante y no existiese posibilidad, objetiva o técnica, de trasladar a la interesada a un puesto compatible; en estos casos, la normativa comunitaria prevé el derecho de la trabajadora a cesar en su puesto de trabajo y a percibir, bien de la propia empresa, bien del sistema de protección social, la correspondiente prestación.

Aunque el ordenamiento jurídico regula el denominado «permiso de lactancia» de un menor de 9 meses²⁰¹ (consistente en la ausencia retribuida del trabajo en una hora, que puede dividirse en dos fracciones, que abarca tanto la lactancia natural como la artificial y que puede ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre del menor, en el supuesto que ambos trabajen, correspondiendo a los interesados ejercitar la opción entre la hora de ausencia o las dos medias horas²⁰²) sin embargo, la regulación del año 1999 solo posibilitó que la trabajadora en situación de lactancia, que prestase servicios en un puesto de trabajo perjudicial para su salud y/o del menor lactante, fuese trasladada a otro puesto de trabajo compatible, pero no contempló la eventualidad de que, en el ámbito de la empresa, ni técnica ni objetivamente pudiese procederse a dicho cambio. En estos casos, la trabajadora tendría que abandonar su puesto de trabajo, con las consecuencias inherentes a ello, al no estar prevista la suspensión de la relación laboral, o cesar en la lactancia natural del menor, soluciones claramente insatisfactorias e incompatibles con la defensa y garantía de los importantes bienes jurídicos en juego²⁰³.

A fin de corregir la situación descrita, la LOI completa la protección de las situaciones de embarazo, maternidad y lactancia (si bien para obviar cualquier duda interpretativa se refiere de forma expresa a la lactancia natural) mediante la acomodación plena del ordenamiento español a las exigencias de la Directiva comunitaria antes citada, con una regulación muy semejante a la aplicada en los supuestos de riesgo durante el embarazo, es decir, posibilitando la suspensión del

²⁰¹ Artículo 37.4 del ET y 48.1 f) del EBEP.

²⁰² La regulación del permiso de lactancia se ve mejorada en dos aspectos por la LOI: de una parte, se amplía el permiso en caso de parto múltiple; de otra, se posibilita la acumulación de la reducción de jornada en jornadas completas, en los términos que se recojan en la negociación colectiva o el acuerdo individual que resulte de aplicación. En todo caso, la regulación contenida en el ET constituye un mínimo que puede ser mejorado en el ámbito de la negociación colectiva. Vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. «Parto múltiple y acumulación del permiso de lactancia tras la Ley 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres». *Aranzadi Social*. N.º 19. Marzo. 2009.

²⁰³ Situación objeto de fuertes críticas por la doctrina. Vid., entre otras, las obras de GARRIGUES GIMÉNEZ, A. *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*. Madrid. CES. 2004; HERRAIZ MARTÍN, M.ª S. «La prevención de riesgos laborales y la trabajadora embarazada». *Tribuna Social*. N.º 180. 2000 y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. *El riesgo durante el embarazo. Régimen laboral y de Seguridad Social*. Pamplona. Aranzadi. 2002.

contrato de trabajo de la trabajadora que se encuentra en situación de lactancia y, simultáneamente, estableciendo una respuesta protectora –a través del sistema de la Seguridad Social– que sustituya el salario perdido temporalmente como consecuencia de la suspensión de la relación laboral o funcional.

De este modo, el artículo 45.1 d) ²⁰⁴ incluye, en la enumeración de las causas de suspensión del contrato de trabajo, la ocasionada por la situación de riesgo durante la lactancia de un menor de 9 meses y, en el mismo sentido, el artículo 48.5 del ET declara la procedencia de la suspensión, en los supuestos de riesgo durante la lactancia natural, en los términos previstos en el artículo 26 de la LPRL, período que finaliza el día en que el lactante cumpla 9 meses o cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado, de producirse en una fecha anterior ²⁰⁵.

La regulación de la suspensión del contrato de trabajo a causa del riesgo durante la lactancia va acompañada de una ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social, mediante la incorporación de una nueva prestación de la Seguridad Social a la legislación de la Seguridad Social ²⁰⁶, cuyas previsiones son complementadas y desarrolladas por el RMAT ²⁰⁷.

4.1. Situaciones protegidas.

Se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora por cuenta ajena durante el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo esta cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la LPRL, el cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

Para las trabajadoras por cuenta propia, se considera situación protegida aquella en que ha de suspenderse la actividad desarrollada como consecuencia de que la misma presenta riesgo grave para la mujer que se encuentra en situación de lactancia natural o para el lactante, menor de 9 meses. Se origina la situación protegida, aunque se trate de trabajadoras por cuenta propia que (en los términos señalados en la situación de riesgo durante el embarazo) no hubiesen optado por dar cobertura, en el ámbito de la acción protectora dispensada, a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales ²⁰⁸.

²⁰⁴ En la redacción dada por el apartado siete de la disposición adicional 11.ª de la LOI.

²⁰⁵ Durante la situación de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural, los trabajadores que disfruten de ese derecho –y al igual que sucede en los supuestos de suspensión por maternidad/paternidad– se han de beneficiar de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a que hubieran podido tener derecho, en caso de seguir prestando servicios.

²⁰⁶ Regulada en el nuevo Capítulo IV quinquies del Título II de la LGSS.

²⁰⁷ Capítulo V.

²⁰⁸ No obstante, en estos casos los trabajadores están obligados a cotizar un 0,1 por 100 sobre la base de cotización elegida, en los términos señalados en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Para 2009, la cotización adicional se recoge en el artículo 120 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre.

Al igual que sucede con la prestación de riesgo durante el embarazo, no se considera situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del hijo, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado.

4.2. Beneficiarias.

Son beneficiarias de la prestación, originándose la situación protegida, las trabajadoras por cuenta ajena o por cuenta propia, que se encuentren en una situación de alta o de asimilación al alta²⁰⁹, lo que, en principio, es fácilmente constatable, ya que se trata de una persona que efectúa un trabajo y que ha de ser trasladada a otro compatible. Además, al derivar la prestación de contingencia profesional hay que entender que, al menos para las trabajadoras por cuenta ajena, opera el principio de automaticidad de las prestaciones y el alta de pleno derecho, aunque la empresa hubiese incumplido las obligaciones de afiliación, alta o cotización. Al tratarse de una prestación derivada de contingencias profesionales, no se precisa de cotizaciones previas.

Se requiere, además, que el facultativo adscrito a la entidad gestora o la correspondiente mutua haya certificado la existencia de riesgo en la continuación de la realización del trabajo, previo informe del médico del Sistema Nacional de Salud que atienda a la trabajadora.

En el caso de las trabajadoras por cuenta propia, se precisa, además, que la interesada se encuentre al corriente en el pago de sus obligaciones para con la Seguridad Social²¹⁰.

4.3. Duración de la prestación.

La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concede a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos para la prestación económica por riesgo durante el embarazo²¹¹. La prestación nace desde el día siguiente al de la baja y dura hasta el momento en que se produzca el cese en la situación protegida²¹², es decir, el día anterior a aquel en que el lactante

²⁰⁹ En tal sentido, la disposición final primera del RMAT procede a la adaptación del artículo 29.2 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación y altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. Un análisis de las situaciones de alta y de asimilación al alta, en relación con las prestaciones de Seguridad Social en SEMPERE NAVARRO, A. V. y BARRIOS BAULDOR, G. «La situación de alta o de asimilada al alta y el acceso a las prestaciones de Seguridad Social». *Aranzadi Social*. N.º 8. Julio. 1998.

²¹⁰ En los términos contenidos en la disposición adicional 39.ª de la LGSS. Si, en el momento de reconocer la prestación, la interesada no se encuentra al corriente, la entidad gestora ha de *invitar* a la trabajadora para que se ponga al corriente en sus obligaciones, en los términos del artículo 28 del Decreto 2930/1970, de 20 de agosto. Si la trabajadora, cumpliendo el requerimiento, abona lo adeudado en el plazo de 30 días, desde la notificación de la invitación, se le abona la prestación desde el día siguiente al de la solicitud; en caso contrario, la prestación se abona desde el día primero del mes siguiente a aquel en que la interesada abone las cantidades debidas.

²¹¹ Artículo 135 ter de la LGSS, incorporado por el apartado diez de la disposición adicional 18.ª de la LOI.

²¹² La cuantía de la prestación puede sufrir alteraciones durante el período de percibo de la misma, en los casos de aumento de la base mínima de cotización, que supere la base mínima tomada inicialmente en consideración o cuando medien

cumpla los 9 meses, salvo que con anterioridad al mismo se haya producido una causa de extinción de la prestación ²¹³.

4.4. Prestación económica.

La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concede a la mujer trabajadora en los términos, condiciones y con el procedimiento señalado para la prestación de riesgo durante el embarazo, sin que proceda el reconocimiento de la prestación económica de riesgo durante la lactancia natural, en tanto no se haya extinguido el período de descanso por maternidad.

En consecuencia, la prestación económica por riesgo durante la lactancia es equivalente a la establecida para la situación de riesgo durante el embarazo, es decir, el 100 por 100 de la correspondiente base de cotización por IT, derivada de contingencias profesionales ²¹⁴.

El derecho al subsidio se extingue por cumplir el hijo los 9 meses de edad; la reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo o actividad profesional anterior o a otros compatibles con su estado; la extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas o cese en el ejercicio de la actividad profesional, la interrupción de la lactancia natural o el fallecimiento de la beneficiaria o del hijo lactante.

En todo caso, la trabajadora y la empresa estarán obligadas a comunicar a la entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio.

incrementos salariales –convencionales o por sentencia– previsto con efectos retroactivos a un momento anterior al pase a la situación de suspensión.

²¹³ Teniendo en cuenta la aplicación por analogía de la regulación sobre la prestación de riesgo durante el embarazo, la prestación por riesgo durante la lactancia puede ser suspendida, anulada o denegada en las siguientes situaciones: realizar un trabajo o actividad, con posterioridad a la suspensión del contrato de trabajo o la actuación fraudulenta para obtener la prestación. De igual modo, el derecho al subsidio se extinguiría por el cumplimiento del lactante de los 9 meses; la reincorporación de la trabajadora a su lugar de trabajo; la extinción del contrato de trabajo o el fallecimiento de la beneficiaria.

²¹⁴ Aunque ello es la regla general, existen varias excepciones a la misma en orden a determinar la base reguladora de la prestación, como son:

- Los casos de trabajadoras contratadas para la formación, en cuyo caso la base reguladora será el 100 por 100 de la base mínima de cotización que corresponda.
- En el caso de trabajadoras contratadas a tiempo parcial, la base reguladora será el resultante de dividir la suma de las bases de cotización durante los 3 meses anteriores a la fecha en que se inicie la suspensión entre el número de días naturales comprendidos en dicho período.
- En el supuesto de los sectores de artistas, la base reguladora es el resultado de dividir por 365 la cotización anual anterior al hecho causante o el promedio de cotización acreditado, de ser inferior al anual.
- En la situación de pluriempleo, si la situación se declara en todas las actividades que se realicen simultáneamente, se han de computar las bases de cotización en las diferentes empresas; por el contrario, si únicamente afecta a una de las actividades, pero no en todas, únicamente se han de recoger las bases de cotización de la empresa o empresas donde se produzca la suspensión del contrato de trabajo.
- En las situaciones de pluriactividad, si la situación de riesgo afecta a todas las actividades, se tiene derecho al subsidio en todos los regímenes afectados: si la situación de riesgo, afecta solo a una de las actividades, únicamente se tendrá derecho al subsidio en el régimen donde esté encuadrada la actividad de riesgo.

4.5. Gestión y procedimiento.

La gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se llevan a cabo por la entidad gestora o colaboradora que resulte competente, en los términos indicados para la prestación de riesgo durante el embarazo ²¹⁵.

El procedimiento para el reconocimiento del derecho al subsidio se lleva a cabo, de acuerdo con las previsiones establecidas para la situación de riesgo durante el embarazo, cuando se acredite la situación de la lactancia natural, así como la circunstancia de que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud o en la del hijo.

Las entidades responsables de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural están facultadas para establecer instrumentos de control periódico para una adecuada eficacia en la gestión de la prestación.

5. OTRAS CUESTIONES

El RMAT contiene, a través de diferentes disposiciones, el desarrollo reglamentario de determinadas cuestiones recogidas en la LOI, como son los efectos de los períodos de excedencia por cuidado de familiares y el incremento de la cotización en casos de reducción de jornada en razón del cuidado de familiares, o la adaptación de diferentes disposiciones reglamentarias a las modificaciones incorporadas por dicha ley, en relación con la cotización a la Seguridad Social.

5.1. Modificaciones en los ámbitos de la cotización a la Seguridad Social.

A través de la disposición final segunda del RMAT se produce una modificación de la redacción de determinados artículos del Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (RGCL) ²¹⁶, a fin de adaptar su contenido a las previsiones derivadas de la LOI, del modo siguiente:

- a) La modificación del apartado 2 del artículo 13 del RGCL está relacionada con la obligación de mantener la cotización durante las situaciones de suspensión del contrato de trabajo por paternidad y riesgo durante la lactancia (situaciones creadas por la LOI) ²¹⁷.

²¹⁵ Sobre la gestión de la prestación de riesgo durante la lactancia, *Vid.* LEONES SALIDO, J.M. «Prestación económica por riesgo durante la lactancia: importancia de los certificados médicos del INSS». *La Ley*. 17109/2008.

²¹⁶ Aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

²¹⁷ Conforme a la nueva redacción del artículo 13.2 del RGCL, la obligación de cotizar continúa en las situaciones de IT, cualquiera que sea su causa, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, así como en las situaciones de cumplimiento de deberes de carácter público, desempeño de cargos de representación sindical,

- b) En el Régimen de Empleados de Hogar se mantiene la obligación de cotizar por parte del empleado en las situaciones de IT, maternidad y –en ello radica la novedad– paternidad ²¹⁸.
- c) Se determina la base de cotización, durante las situaciones de IT, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural en el Régimen Especial de la Minería del Carbón, por referencia la base normalizada de cotización para contingencias comunes será la que corresponda, en cada momento, a la categoría o especialidad profesional que tuviera el trabajador en la fecha en que se inicien esas situaciones ²¹⁹.
- d) En los casos de contratos de trabajo a tiempo parcial y durante las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, la base diaria de cotización es el resultado de dividir las sumas de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los 3 meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período ²²⁰.
- e) Por último, la nueva redacción del artículo 68 del RGCL establece –en base a la regulación actual con las adaptaciones precisas ²²¹– la cotización durante las situaciones de IT, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, en el sentido siguiente:
- La obligación de cotizar continúa en la situación de IT, cualquiera que sea su causa; durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento; en la situación

siempre que unos y otros no den lugar a la excedencia en el trabajo o al cese en la actividad, convenio especial, desempleo contributivo y asistencial, en su caso, y en aquellas otras en que así se establezca por el presente Reglamento, por la Orden de 27 de octubre de 1992, por la que se dictan instrucciones en relación con la cotización al Régimen General de la Seguridad Social de los funcionarios públicos, incluidos en el campo de aplicación de dicho Régimen, durante las situaciones de licencia o permiso sin sueldo, suspensión provisional de funciones, cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria y plazo posesorio para cambio de destino, y por otras disposiciones complementarias, con el alcance previsto en ellas.

²¹⁸ De acuerdo a la nueva redacción del apartado 3 del artículo 46 del RGCL, el empleado de hogar es el sujeto único de la obligación de cotizar en las situaciones de IT, maternidad y paternidad, incluido el mes de finalización de dichas situaciones pero excluido el mes en que se inicien, en el que los sujetos de tal obligación son el cabeza de familia y el empleado de hogar.

²¹⁹ En base a la nueva redacción del apartado 2 del artículo 58 del RGCL, en las situaciones de IT, maternidad, paternidad, así como en las situaciones asimiladas a la de alta, en las que subsista la obligación de cotizar en el Régimen Especial de la Seguridad Social de la Minería del Carbón, la base normalizada de cotización para contingencias comunes será la que corresponda, en cada momento, a la categoría o especialidad profesional que tuviera el trabajador en la fecha en que se inicien esas situaciones o en que se produzca la situación asimilada a la de alta. No obstante, a efectos de las contingencias profesionales (riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural) la base de cotización se determina de acuerdo con las normas establecidas en el Régimen General para la misma situación.

²²⁰ La nueva redacción del apartado 4 del artículo 65 del RGCL prevé que, durante las situaciones de IT, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, la base diaria de cotización es el resultado de dividir las sumas de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los 3 meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período. Dicha base se aplica exclusivamente a los días en que el trabajador hubiera estado obligado a prestar servicios efectivos en la empresa, de no hallarse en alguna de las situaciones antes indicadas.

²²¹ Frente a otros preceptos del RGCL en los que se incorporan adaptaciones parciales de su contenido, el apartado Cinco de la disposición final segunda del RMat da nueva redacción a todo el artículo 68 de dicho Reglamento General.

de paternidad por nacimiento de hijo, adopción y acogimiento, y en las situaciones de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia natural, aunque constituyan motivo de suspensión de una relación laboral.

- Se faculta al Ministerio de Trabajo e Inmigración para la determinación de la base de cotización en tales situaciones ²²², si bien, con carácter general, la base de cotización para las contingencias comunes durante tales situaciones no puede ser inferior a la base mínima vigente en cada momento.
- A efectos de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales durante las situaciones indicadas se aplica el tipo de cotización previsto para ellas en la tarifa de primas vigente ²²³, cualquiera que sea la categoría profesional y la actividad del trabajador ²²⁴.
- En los casos de percepción del subsidio correspondiente en régimen de parcialidad, por simultanear el mismo con la realización parcial de la jornada ²²⁵, la base de cotización está determinada por dos sumandos: de una parte, la base reguladora del subsidio, reducida en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral y, de otra, por las remuneraciones sujetas a cotización, en proporción a la jornada efectivamente realizada.

A efectos de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se aplican los tipos de cotización que correspondan a cada uno de los sumandos anteriormente indicados, en función de la tarifa de primas vigente en cada momento.

- Durante las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, la entidad gestora o colaboradora competente, en el momento de hacer efectivo el subsidio que corresponda percibir a los trabajadores por cuenta ajena, ha de deducir de su importe la cuantía a que ascienda la suma de las aportaciones del trabajador relativas a las cotizaciones a la Seguridad Social, desempleo y formación profesional, para su ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social ²²⁶.

²²² La determinación de dicha base aparece recogida en la Orden por la que se desarrollan las normas sobre cotización a la Seguridad Social contenidas en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Para 2009, *vid.* el artículo 6 de la Orden TIN/41/2009, de 20 de enero (BOE de 24 de enero y corrección de errores de 11 de febrero).

²²³ La tarifa de primas para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales está recogida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de Presupuestos Generales del Estado, modificada, a su vez, por la disposición final decimotercera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009. Un análisis del contenido de esta disposición final en PANIZO ROBLES, J.A. «La Seguridad Social en la Ley de Presupuestos para 2009». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N.º 311. Febrero 2009.

²²⁴ De acuerdo con la tarifa contenida en el apartado c), del Cuadro II de la tarifa de primas indicada, el porcentaje de cotización en las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural es el 1,30, del que el 0,35 corresponde a la financiación de la IT y otras prestaciones y 0,85, para la financiación de las prestaciones correspondientes a las contingencias de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia.

²²⁵ En los términos ya indicados respecto de los subsidios de maternidad y paternidad.

²²⁶ En las situaciones indicadas, el empresario está obligado a ingresar únicamente las aportaciones a su cargo correspondientes a la cotización a la Seguridad Social y por los demás conceptos de recaudación conjunta que, en su caso, procedan.

5.2. Efectos de las excedencias por cuidado de familiares.

La legislación de la Seguridad Social, y dentro de las prestaciones familiares, regula una «prestación no económica» consistente en los efectos que, en orden a la cotización se da a los períodos de excedencia que las personas sujetas a contrato laboral o de relación funcional disfrutaran en razón del cuidado a determinados familiares ²²⁷. Esta regulación sufre una modificación importante en la LOI ²²⁸ del modo siguiente ²²⁹:

- a) Respecto de las situaciones protegidas, se amplía a 2 años el período de cotización efectiva que corresponda con el disfrute de excedencia por cuidado de hijo o menor acogido, en acogimiento familiar preadoptivo o permanente, aunque sea de la modalidad provisional, período que se sitúa en 30 meses, si la familia en la que se inserta el hijo o la persona menor tiene la consideración de familia numerosa de categoría general o a 36 meses, si es de categoría especial.

En los supuestos de excedencia por cuidado de familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no puedan valerse por sí mismos, siempre que dichos familiares no desempeñen una actividad retribuida, el período de cotización efectiva se limita al primer año de excedencia ²³⁰.

- b) Para poder acceder a la prestación familiar no económica se requiere que el trabajador pueda interrumpir su actividad, en razón del cuidado de hijo menor de 3 años, menor adoptado o acogido, o cuidado de otros familiares, teniendo el interesado derecho a vol-

²²⁷ De acuerdo a las previsiones del artículo 46 del ET (en la modificación dada por la disp. adic. 11.ª LOI) y en el artículo 89 del EBEP.

Un análisis de la incidencia en la Seguridad Social de las excedencias por cuidado de hijos, menores acogidos u otros familiares en PÉREZ ALONSO, M.A. «La excedencia laboral. Aspectos laborales y de Seguridad Social (A propósito de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres)». *Aranzadi Social*. Octubre 2007.

²²⁸ Disposición adicional 18.ª de la LOI.

²²⁹ De acuerdo al contenido de la disposición transitoria segunda del RMAT, la ampliación del período que se considera cotizado, llevada a cabo por la modificación del artículo 180.1 de la LGSS se aplica a los períodos de excedencia que se hayan iniciado a partir del 24 de marzo de 2007, fecha de entrada en vigor de la LOI o transcurridos a partir de este momento si se trata de períodos de excedencia o de reducción de jornada iniciados con anterioridad que siguieran disfrutándose en dicha fecha.

La evolución de las excedencias por cuidado de familiar con derecho a cotización para las situaciones de paternidad, maternidad y pensiones ha sido, en los tres últimos ejercicios la siguiente:

| Modalidad excedencia | 2006 | | | 2007 | | | 2008 | | |
|-----------------------------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|
| | Mujer | Hombre | Total | Mujer | Hombre | Total | Mujer | Hombre | Total |
| Excedencia por hijo | 30.052 | 1.223 | 31.275 | 33.335 | 1.481 | 34.816 | 27.116 | 1.608 | 28.724 |
| Excedencia otros familiares | 3.436 | 594 | 3.930 | 4.575 | 846 | 5.421 | 245 | 869 | 3.314 |
| Total | 33.488 | 1.817 | 35.205 | 37.910 | 2.327 | 40.237 | 29.561 | 2.477 | 32.038 |

²³⁰ Esta limitación no alcanza a los funcionarios públicos, ya que todos los períodos de excedencia, lo sean por cuidado de hijo o por cuidado de otro familiar, se consideran computables a efectos de trienios, consolidación del grado personal y derechos pasivos (entendiendo esta expresión en sentido amplio y no solo limitada a su aplicación en el Régimen de Clases Pasivas del Estado). *Vid.* artículo 29.4 párrafo 5.º de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública (en la redacción dada por el apartado dos de la disp. adic. 19.ª LOI).

ver a su antigua actividad y puesto de trabajo. Consecuentemente, quedan excluidos del beneficio los afiliados, trabajadores por cuenta propia, pertenecientes a los Regímenes Especiales Agrario, de Trabajadores Autónomos y de Trabajadores del Mar, así como los correspondientes al Régimen de Empleados de Hogar, aunque, con mayor o menor incidencia, tengan que interrumpir su actividad, en razón de cuidado de hijo ²³¹.

El nacimiento o la adopción de sucesivos hijos, o el acogimiento de nuevos menores, da derecho a un nuevo período de excedencia y, por tanto, se inicia el cómputo de un nuevo período de cotización efectiva por cada disfrute de excedencia laboral a que puedan dar lugar los sucesivos hijos o menores u otros familiares.

- c) La cotización en el período de excedencia surte efectos para las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad ²³² y, además, durante el período de excedencia sus beneficiarios y familiares mantienen el derecho a la prestación de asistencia sanitaria. En consecuencia, la cotización no alcanza a las prestaciones de IT, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y desempleo, estando el trabajador en situación de alta respecto del acceso de las prestaciones protegidas.

Respecto de las prestaciones en que opera como período de cotización efectiva, esta surte efectos tanto para completar los requisitos de acceso, como para la determinación de la cuantía de la prestación respectiva. Consecuentemente y a efectos de las prestaciones cubiertas, los períodos de cotización sirven para completar los períodos mínimos de cotización exigibles para el acceso a las correspondientes prestaciones; se tienen en cuenta a efectos de la determinación de la respectiva base reguladora y se consideran para el cálculo del porcentaje aplicable a la base reguladora, para la determinación del importe de la pensión de jubilación ²³³.

- d) Dado que en la excedencia no se devenga salario, ni se efectúa una cotización real ²³⁴, resulta necesario establecer una base de cotización, en orden al cálculo de las correspondientes

²³¹ Respecto de los trabajadores con contratos de duración determinada, ha de tenerse en cuenta que la suspensión de aquellos, en razón de la excedencia, no comporta la ampliación de la duración de los mismos, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 2720/1998. En el mismo sentido, y por lo que se refiere a los contratos formativos, el Real Decreto 488/1998. En consecuencia, en tanto los trabajadores con contrato temporal ejerzan el derecho previsto en el artículo 46.3, acceden a la prestación prevista en el artículo 180 de la LGSS, si bien limitada, en el tiempo, a la propia duración de la excedencia.

²³² Antes de la modificación de 2004, surgían dudas sobre la aplicación de la cotización ficticia en los períodos de excedencia para el acceso a las prestaciones por maternidad, dada la ausencia de referencia a esta prestación de la Seguridad Social en el artículo 180 de la LGSS, de donde la Administración venía denegando la misma. Este criterio no era compartido por la jurisprudencia (STS de 15 de diciembre de 2003) a través de la cual se considera que, en el período de excedencia por cuidado de hijo, el trabajador/trabajadora se encuentra en situación de asimilación al alta, por lo que, de producirse un nuevo nacimiento, se tenía derecho a la prestación si se reúnen los demás requisitos que condicionan el acceso a la protección. Un breve análisis de esta sentencia en GARCÍA DE PAREDES, M.L. «Excedencia por cuidado de hijo y alta en la Seguridad Social». *Actualidad Laboral*. N.º 11. 2004.

No obstante, la situación quedó resuelta con la entrada en vigor de la Ley 52/2003 (que modificó entre otros preceptos el art. 180 LGSS) que prevé, de forma expresa, la consideración del período de excedencia como situación de asimilación al alta a efectos de las prestaciones de maternidad.

²³³ Artículo 6 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, regulador de las prestaciones familiares de la Seguridad Social (RDPF).

²³⁴ Salvo que el trabajador suscriba un Convenio especial de los regulados en la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre.

prestaciones. Esta base de cotización ²³⁵ es el promedio de las bases de cotización realmente efectuadas por el interesado en los 6 meses inmediatamente anteriores al inicio del período de excedencia; si el beneficiario no tuviera acreditado el citado período de 6 meses de cotización, se computa la base media de cotización correspondiente al período inmediatamente anterior al inicio de la excedencia, que resulte acreditado.

- e) Por último, la aplicación del beneficio no económico puede ser solicitada en todo momento, dando lugar, en su caso, a la revisión de la cuantía de prestaciones ya reconocidas, así como al reconocimiento de nuevas prestaciones, anteriormente denegadas por no haber sido computados dichos períodos.

Las previsiones legales son completadas a través de la disposición adicional cuarta del RMAT en especial en lo que se refiere a los períodos de excedencia a los que no alcanza la prestación familiar no económica, así como en lo que se refiere a las prestaciones de desempleo, en la forma siguiente:

- Se consideran situaciones asimiladas a efectos de todas las prestaciones de la Seguridad Social (salvo IT, maternidad y paternidad), los períodos de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido y de otros familiares, que excedan del período considerado como de cotización efectiva en el artículo 180 de la LGSS. Es decir, el período de tiempo que el trabajador permanezca en situación de excedencia por el cuidado de cada hijo o menor acogido que exceda de los dos primeros años del período de excedencia (es decir, el tercer año) –o el que corresponda en el supuesto de familias numerosas–. Cuando se trate de la excedencia por el cuidado de otros familiares, tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta, a los efectos indicados, el período que exceda del primer año de excedencia (es decir, el segundo año o el tiempo que proceda, si a través de la negociación colectiva se ha previsto una duración del período de excedencia superior a 2 años).
- La regulación anterior no se extiende a los supuestos de funcionarios, a tenor de lo establecido en el artículo 89 del EBEP, conforme al cual los mismos tienen derecho a un período de excedencia de duración no superior a 3 años para atender al cuidado de cada hijo o menor acogido o a otros familiares, regulando que el tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social que sea de aplicación, regulación que incluye al personal estatutario de los Servicios Públicos de Salud ²³⁶.
- En cuanto a las prestaciones por desempleo, se extiende a la excedencia por cuidado de otros familiares lo previsto para la excedencia por cuidado de hijo o de menor acogido en el artículo 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad; es decir, se considera también situación asimilada a la de alta para obtener las prestaciones por desempleo la situación de excedencia por cuidado de otros familiares.

²³⁵ Artículo 7 del RDPF.

²³⁶ De acuerdo a lo establecido en el artículo 2.4 del EBEP cada vez que haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud.

5.3. Incremento de la cotización en los supuestos de reducción de jornada.

El cuidado de los familiares suele ocasionar, a veces, que las personas que los cuidan (mayoritariamente, mujeres) hayan de reducir su jornada de trabajo²³⁷ y el salario correspondiente, con sus consecuencias en la base de cotización que se ve minorada, lo cual va a incidir de forma negativa en los futuros derechos de la persona que ha de acogerse a la reducción de jornada²³⁸.

Para paliar estos efectos o, al menos, minorar su incidencia, la LOI²³⁹ reguló que, en los períodos de reducción de jornada en razón de cuidado de menor o de personas con discapacidad, y a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, las cotizaciones realizadas durante los períodos de reducción de jornada (conforme al art. 37.5 ET) se computan incrementadas al 100 por 100 de la cuantía que hubiese correspondido si se hubiese mantenido la cotización sin reducción de jornada²⁴⁰.

Esta misma regla se aplica a los supuestos de excedencia por cuidado de hijos u otros familiares que viniesen precedidos de períodos de reducción de jornada, en razón de los cuidados señalados. En estos períodos de excedencia, si la regla general es que, a efectos de la determinación de la base de cotización, se tiene en cuenta el promedio de las bases de cotización correspondientes a los 6 meses anteriores a la excedencia, se prevé²⁴¹ que, si dichos períodos de excedencia, vienen precedidos de un período de reducción de jornada, en razón de cuidado de menor o persona con

²³⁷ La reducción de jornada constituye un derecho propio de la persona trabajadora que no puede ser impedido por la empresa, por lo que en una confrontación entre los intereses de esta y los de la trabajadora se han de considerar las circunstancias que concurren en el caso, la buena fe y los objetivos perseguidos con la reducción de la jornada. Sobre el tema, *Vid.* MOLINA NAVARRETE, C. «Derecho con mirada de mujer: la solución al conflicto de conciliación de la vida laboral y familiar en la STC 3/2007, de 15 de enero». *La Ley*. N.º 2. 2007.

De igual modo, respecto de la reducción de jornada téngase en cuenta la STS de 13 de julio de 2008, cuyo contenido y efectos son objeto de análisis en GARCÍA QUIÑONES, J.C. «Vinculación de la elección del horario de trabajo al derecho a reducción de jornada (Comentario a la STS 4.ª de 13 de junio de 2008)». *Relaciones Laborales*. N.º 4. 2009.

²³⁸ Aunque ese efecto en una menor prestación no haya sido considerada como discriminación indirecta, en contra de la mujer, sí atentatoria contra el principio de igualdad. *Vid.* el Auto TC 30/2009, de 27 de enero (BOE de 26 de febrero) mediante el que se inadmite a trámite por infundada la cuestión de inconstitucionalidad pleiteada por el TSJ de Cataluña, en relación con el artículo 211.1 de la LGSS, sobre cálculo de la base reguladora de las prestaciones (por desempleo) por los períodos trabajados a jornada reducida (el auto cuenta con un voto particular suscrito por 2 magistradas del TC, al que se adhieren otros 2 magistrados).

El apartado 1 del artículo 211 de la LGSS fue objeto de nueva redacción por la LOI, en el sentido de que, a efecto de las prestaciones de la Seguridad Social, las bases de cotización durante los períodos de reducción de jornada por cuidado de familiar (con la consiguiente minoración de salario) se tomarían elevadas al 100%.

²³⁹ Nuevo apartado 3 del artículo 180 de la LGSS (en la redacción dada por el apartado doce de la disp. adic. 11.ª LOI). Un análisis de las modificaciones incorporadas por la LOI en el ámbito de las reducciones de jornada en EZQUERRA ESCUDE-RO, L «La reducción de jornada por guarda legal». *Aranzadi Social*. N.º 14. 2008 y MORGADO PANADERO, P. «Responsabilidades privadas y reducciones de jornada laboral tras la LO 3/2007» *Aranzadi Social*. N.º 18. Febrero. 2009.

²⁴⁰ De acuerdo a la disposición transitoria segunda del RMAT, la consideración como cotizados al 100 por 100 de los períodos a que se refiere el artículo 180.4 de la LGSS se aplica a los períodos de excedencia iniciados a partir del 24 de marzo de 2007, fecha de entrada en vigor de la LOI o transcurridos a partir de este momento si se trata de excedencias iniciadas con anterioridad.

²⁴¹ Apartado 4 del artículo 180 de la LGSS, en la redacción dada por la disposición adicional 18.ª de la LOI.

discapacidad²⁴², las cotizaciones efectuadas en el período de reducción se computan incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido, si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo²⁴³.

Dado que esta regulación de forma expresa se aplica al personal laboral, surgía la duda en relación con el personal funcionario o estatutario incorporado, a efectos de la Seguridad Social, en el Régimen General. Para evitar cualquier duda, la disposición adicional octava del RMAT extiende el tratamiento otorgado a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, también, a los funcionarios y al personal estatutario incluidos en el mismo régimen, teniendo en cuenta que, si bien los apartados 3 y 4 del artículo 180 de la LGSS se refiere únicamente al ET, en el ámbito de la función pública también está reconocida la posibilidad de reducción de la jornada²⁴⁴.

6. LAS ADAPTACIONES REGLAMENTARIAS DE LAS PENSIONES DE VIUDEDAD Y DE ORFANDAD

6.1. Mantenimiento de la pensión de viudedad en supuestos de pareja de hecho.

El apartado 4 del artículo 174 de la LGSS, en la redacción efectuada por la Ley 40/2007, además de establecer una nueva regulación respecto del acceso a la pensión de viudedad²⁴⁵, señala que esta se extingue cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente.

En este sentido, el artículo 2 del Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia²⁴⁶ si bien mantuvo, dentro

²⁴² De acuerdo con lo previsto en el apartado 37.5 del ET (en la redacción incorporada por el apartado cinco de la disp. adic. 11.ª LOI) quien, en razón de la guarda legal, tenga a su cuidado algún menor de 8 años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tiene derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario, entre, al menos, 1/8 y un máximo de la mitad de la duración de aquella.

²⁴³ Un ejemplo permite entender mejor el beneficio incorporado. Piénsese en un trabajador que, en razón del cuidado de un menor, ha reducido 1/3 su jornada de trabajo y de su salario (el cual, desde los 1.800 euros/mes, se sitúa en 1.200). Para determinar la base de cotización en la situación de excedencia –a efectos del cálculo de las correspondientes prestaciones económicas– se computaría una base de cotización de 1.800 euros (aunque, en la realidad, en el período de reducción de jornada hubiese cotizado 1/3 menos).

Conforme a la disposición transitoria segunda del RMAT la consideración como cotizados al 100 por 100 de los períodos a los que se refiere el artículo 180.3 de la LGSS se aplica a los períodos de reducciones de jornada que se hubieran iniciado a partir del 24 de marzo de 2007, fecha de entrada en vigor de la LOI, o transcurridos a partir de este momento si se trata de períodos de reducción de jornada iniciados con anterioridad que siguieran disfrutándose en dicha fecha.

²⁴⁴ Artículos 48.1 h) del EBEP y 61.2 de la Ley 55/2003, del Estatuto del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

²⁴⁵ En la que destaca el requisito de duración de matrimonio previo, el acceso a la pensión por parte de las denominadas parejas de hecho o subordinar la pensión, cuando haya mediado divorcio, a que la persona sobreviviente viniese siendo acreedora de la pensión compensatoria, de acuerdo a las exigencias de la legislación civil. Sobre los requisitos de esta modalidad de pensión, la finalidad perseguida con la misma y su duración, *vid.* STS de 10 de febrero de 2005.

²⁴⁶ El Real Decreto 1465/2001 lleva al ordenamiento jurídico de la Seguridad Social algunos de los compromisos contenidos, en el ámbito de las prestaciones de muerte y supervivencia, en el Acuerdo Social de 2001. Un análisis de la norma regla-

de las causas de extinción de la pensión de viudedad, las nuevas nupcias del pensionista, posibilitó el mantenimiento en el percibo de la pensión aunque hubiese mediado nuevo matrimonio, cuando concurriesen los siguientes requisitos:

- Tener el pensionista una edad mínima de 61 años de edad o, siendo menor de esa edad, tener reconocida también una pensión de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad absoluta o de gran invalidez, o acreditar una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por 100.
- La pensión de viudedad ha de constituir la principal fuente de ingresos del pensionista, entendiéndose cumplido este requisito cuando la pensión o pensiones de viudedad percibidas representen, como mínimo, el 75 por 100 del total de ingresos de aquel, en cómputo anual.
- Por último, los rendimientos del nuevo matrimonio de cualquier naturaleza, incluida la pensión o pensiones de viudedad, no pueden superar 2 veces el importe, en cómputo anual, del salario mínimo interprofesional, vigente en cada momento²⁴⁷. El cómputo de los ingresos se lleva a cabo aplicando las mismas reglas que estén establecidas, a efectos de la percepción de los complementos a mínimos de las pensiones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva. Si cumplidos los demás requisitos, la pensión de viudedad, sumada a los otros ingresos de los dos cónyuges, sobrepasa 2 veces el importe anual del salario mínimo, se reduce la cuantía de la pensión, a fin de no superar el límite indicado. En el caso de que se perciba más de una pensión de viudedad, la minoración en cada una de ellas se lleva a cabo proporcionalmente a la relación existente entre cada pensión y la suma total de todas ellas.

A través del Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo (art. 1²⁴⁸), se extiende la misma excepción a la extinción de la pensión de viudedad en caso de matrimonio a los supuestos en que se constituya una pareja de hecho, por razones de equidad. Por ello, se prevé que, en caso de constitución de una pareja de hecho por el pensionista de viudedad, se mantiene el derecho a esta pensión cuando se den los mismos supuestos que los regulados reglamentariamente para el mantenimiento de la pensión de viudedad en caso de matrimonio.

6.2. Incremento de las prestaciones correspondientes a los huérfanos.

Con carácter general, la cuantía de la pensión de orfandad consiste en el 20 por 100 de la correspondiente base reguladora²⁴⁹, salvo en los casos en que no sobreviva cónyuge con derecho a viudedad

mentaria citada en BLASCO LAHOZ, J.F. «El Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre: una reforma incompleta del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia». *Temas Laborales*. N.º 66/2002 o RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. «Protección por muerte y supervivencia: cuestiones pendientes tras la promulgación del Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre». *Información Laboral*. Legislación y Convenios Colectivos. N.º 11. 2002.

²⁴⁷ Para el año 2009, 17.472 euros/año.

²⁴⁸ A través del mismo se añade un nuevo apartado 4 en el artículo 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967, en la redacción dada por el artículo 2 del Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre.

²⁴⁹ Resultado de dividir por 28 la suma de las bases de cotización correspondientes a un período ininterrumpido de 24 meses, elegidas dentro de los 7 años anteriores al fallecimiento. En el supuesto de que el fallecido fuese pensionista, la base

o el cónyuge fallezca en el disfrute de la pensión, en cuyo caso el porcentaje previsto para esta (52%) acrece el de los huérfanos²⁵⁰. Este crecimiento²⁵¹ venía encontrando su límite cuando en la fecha del fallecimiento, no sobrevivía cónyuge, aunque sí conviviente de hecho con el fallecido y progenitor del huérfano, al existir una abundante doctrina jurisprudencial²⁵² que negaba el derecho al crecimiento, en los casos en que, a la muerte del causante, sobreviviese la persona que convivía con el fallecido (aunque también fuese progenitor del huérfano) en base a una interpretación literal del apartado 2 del artículo 17 de la Orden de 13 de febrero de 1967, que limita la atribución del 52 por 100 a los casos en que no quede cónyuge superviviente o que este fallezca en el disfrute de la pensión.

Para el TS, para que naciese el derecho a acrecer por parte de los huérfanos era preciso que, en la fecha del fallecimiento, no sobreviviese cónyuge y mal podía sobrevivir cónyuge, cuando antes del fallecimiento este no existía por no haber mediado vínculo matrimonial; además, el derecho al acrecimiento se proyectaba sobre los huérfanos absolutos, los cuales sufren un mayor menoscabo patrimonial que el huérfano simple, circunstancia que no concurría cuando sobrevivía uno de los progenitores, interpretación²⁵³ de la que, a juicio del TS, no derivaba discriminación para el hijo extramatrimonial ya que el menoscabo económico de este es menor cuando pervive uno de los padres, a quien incumbe las obligaciones de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral, conforme a las previsiones del artículo 154 del Código Civil²⁵⁴.

Conforme señalaba la doctrina²⁵⁵, con la interpretación indicada se podría estar vulnerando el principio de igualdad ante la ley de los hijos extramatrimoniales, al negarles el incremento de la pensión de viudedad, ya que, de haberse casado sus padres, la madre cobraría la pensión, garantizando un mayor bienestar de la familia que, de otra parte, puede experimentar un menoscabo económico importante, ya

reguladora es la misma que sirvió para determinar la pensión. En este caso, calculada la cuantía de la pensión se le aplican las revalorizaciones habidas para las pensiones de orfandad desde la fecha del hecho causante de la pensión del fallecido hasta la de efectos económicos de la de orfandad.

²⁵⁰ Artículo 17.2 de la Orden de 13 de febrero de 2007.

²⁵¹ El derecho de acrecer está previsto también en los casos de pensiones en favor de familiares –a tenor de lo previsto en el art. 23.2 OMS– de modo que, si al fallecimiento del causante, no quedase cónyuge con derecho a pensión o este falleciese en el disfrute de la misma, se incrementa la pensión en favor de nietos o hermanos. Si en la fecha señalada, no quedan ni cónyuge, hijos, nietos o hermanos con derecho a pensión, el porcentaje para determinar la pensión de los ascendientes se incrementa, distribuyendo el incremento entre todos los ascendientes si hubiese más de uno. No obstante, no se aplica el incremento cuando el beneficiario no lo es de pensión, sino únicamente de subsidio temporal. *Vid.* SSTs de 2 de febrero de 1999 y 24 de julio de 2000.

²⁵² SSTs de 23 de febrero, 5 de abril, 21 de junio, 15 y 20 de julio, 2 de diciembre, todas ellas de 1994, 31 de julio de 1995 ó 18 de noviembre de 1995.

²⁵³ Criticada por la doctrina. *Vid.* LEONES SALIDO, J.M. *Las pensiones de viudedad y de orfandad*. Granada. 1998. Pág. 55 y ss.

²⁵⁴ La interpretación que se venía dando del artículo 17.2 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967 no dejaba de ser consecuencia de la diferenciación que, en el ámbito de la Seguridad Social, como en otros ámbitos de la legislación estatal sufrían las uniones de hecho respecto de las matrimoniales, circunstancia que contrastaba con la regulación dada en diferentes Comunidades Autónomas, en las que se habían venido aprobando leyes mediante las que se procede a equiparar las uniones de hecho y las matrimoniales.

²⁵⁵ Esta es la posición mayoritaria de la doctrina. *Vid.* BARREIRO GONZÁLEZ, G. *Prestación de orfandad de un menor hijo de padres unidos more uxorio. No acumulación del 45 por ciento de la pensión de viudedad inexistente a la pensión de orfandad que percibe*. La Ley. 1995. IV; LEONES SALIDO, J.M. *Las pensiones de viudedad y de orfandad*. *op. cit.*; MUÑOZ MOLTO, F.M. «Sobre las pensiones de orfandad y las uniones de hecho (a propósito de la sentencia del TS de 23 de febrero de 1994)». *Tribuna Social*. N.º 54. 1995; o TORTUERO PLAZA, J.L. *Orfandad absoluta interpretación del artículo 17.2. de la Orden de 13 de febrero de 1967*. La Ley. 1982.

que, aunque es cierto que existen unas obligaciones respecto del huérfano por parte del padre sobreviviente, sin embargo, pudiera suceder que tales obligaciones sean de difícil cumplimiento cuando el mismo carece de medios para llevarlas a cabo, por lo que el propósito de la norma –atender al mejor bienestar del huérfano– podía no alcanzarse, ya que ni el padre superviviente accedía a la pensión de viudedad (que unida a la de orfandad posibilita una mejor situación económica de la unidad familiar) ni, ante la ausencia real de la pensión de viudedad, se permitía el incremento de la pensión del huérfano.

Esta tesis fue acogida por el TC ²⁵⁶, en un supuesto de crecimiento, en favor del huérfano, de las indemnizaciones a tanto alzado, establecidas para los casos de muerte derivada de accidente de trabajo ²⁵⁷, al entender que la diferenciación existente en la normativa de la Seguridad Social en la materia indicada no se adecuaba a las exigencias constitucionales de proporcionalidad en la relación existente entre la medida diferenciadora, el resultado producido y la finalidad pretendida ²⁵⁸. Para el TC la disposición reglamentaria y la aplicación que había venido efectuándose por los tribunales ordinarios originaban una discriminación indirecta en contra de los hijos extramatrimoniales, lo que estaba en contra del mandato constitucional recogido en el artículo 39.2 de la CE ²⁵⁹, así como eran contrarias a una interpretación del ordenamiento jurídico conforme a los principios rectores de la política social y económica, que no son meras declaraciones programáticas, sino guías de referencia que han de orientar las decisiones judiciales ²⁶⁰.

Contra la regulación reglamentaria indicada –y dado que la STC 154/2006 analizaba un supuesto de indemnización ²⁶¹– reacciona el Acuerdo Social de 2006, en cuanto que se aboga por la adopción de medidas que posibiliten el incremento de las pensiones de orfandad, en el caso de convivencias de hecho, cuando el conviviente superviviente no tenga derecho a la pensión de viudedad, incremento que, a la vista del pronunciamiento del TC, ha de extenderse a las demás prestaciones. El compromiso pactado se lleva a la disposición adicional 5.^a de la LMSS al prever de forma expresa que, en los supuestos de orfandad, las prestaciones a percibir por los huérfanos se otorgarán en régimen de igual-

²⁵⁶ STC 154/2006, de 22 de mayo de 2006.

²⁵⁷ Conforme al artículo 29.2 de la Orden del Ministerio de Trabajo de 13 de febrero de 1967, en caso de muerte derivada de accidente de trabajo la viuda tiene derecho, entre otras prestaciones, a una indemnización a tanto alzado equivalente a 6 mensualidades de la correspondiente base reguladora de la pensión; a su vez, cada uno de los huérfanos tiene derecho, en los mismos supuestos, a un pago único equivalente a una mensualidad de la base reguladora. En los supuestos en que no exista viuda con derecho a pensión, la cantidad atribuida en principio a la viuda se distribuye en favor de los huérfanos. Este crecimiento se venía denegando en los casos en que, a la muerte del causante, no existiese matrimonio, sin convivencia extramatrimonial, aplicando los Juzgados y Tribunales una doctrina semejante a la indicada para los casos de crecimiento de la pensión de viudedad.

En el supuesto enjuiciado por el TC, si bien el Juzgado de lo Social n.º 2 de Santa Cruz de Tenerife, de 25 de septiembre, había reconocido al huérfano las 6 mensualidades que no podía percibir la madre de aquel, al no estar casada con el fallecido, la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, de 3 de junio de 2002, revocó la sentencia de instancia, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo, de 18 de noviembre de 1998, que había denegado la indemnización en supuestos similares.

²⁵⁸ Es una constante deducida de la doctrina del TC que, en aplicación del principio de igualdad, no solo se exige que la diferencia de trato esté objetivamente justificada, sino que ha de superar un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (*Vid.* SSTC 22/1981, de 22 de julio; 2/1983, de 24 de enero; 209/1988, de 10 de noviembre; 340/1993, de 16 de noviembre o 27/2004, de 4 de marzo).

²⁵⁹ Que obliga a la protección integral de los hijos, iguales ante la ley, con independencia de la filiación (STC 200/2001).

²⁶⁰ *Vid.* sobre el particular las SSTC 19/1982, de 5 de mayo; 82/1990, de 4 de mayo; 126/1994, de 25 de abril o 95/2000, de 10 de abril.

²⁶¹ Mediante Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de 28 de julio de 2006, se asumió y generalizó la doctrina del TC, si bien limitada tal generalización estrictamente al acrecimiento de la indemnización.

dad cualquiera que sea su filiación, si bien supedita esta equiparación al desarrollo reglamentario donde se habrán de establecer los términos y condiciones de la misma ²⁶².

En esta dirección de desarrollo reglamentario de las previsiones legales, el artículo 2 del Real Decreto 296 /2009 ²⁶³ procede a determinar los supuestos y condiciones del incremento a través de una variada casuística en relación con los incrementos de las pensiones de orfandad con la cuantía que hubiera correspondido a las de viudedad, en la siguiente forma ²⁶⁴:

- a) Cuando a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad, la cuantía de la pensión de orfandad que se reconozca al huérfano se incrementa en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el 52 por 100 ²⁶⁵.

De igual modo, cuando a la muerte del causante exista algún beneficiario de la pensión de viudedad, la pensión de orfandad que se reconozca puede incrementarse en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje de pensión de viudedad que no hubiera sido asignado.

- b) Cuando el progenitor sobreviviente fallezca siendo beneficiario de la pensión de viudedad, procede incrementar el porcentaje de la pensión que tuviera reconocida el huérfano, sumándole el que se hubiere aplicado para determinar la cuantía de la pensión de viudedad extinguida.
- c) En los supuestos en que el progenitor superviviente hubiera perdido la condición de beneficiario de la pensión de viudedad a tenor de lo establecido en el apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, el huérfano tiene derecho al incremento previsto para los casos de orfandad absoluta ²⁶⁶.
- d) Además de estas reglas generales de atribución del incremento, el Real Decreto 296/2009 prevé tres particularidades:

²⁶² Sin que quepa asimilar a la situación analizada en la STC 154/2006 la derivada de la existencia de un progenitor que incumple sus obligaciones familiares, por lo que en este caso se rechaza el acrecimiento (*Vid.* STSJ País Vasco, de 20 de enero de 2009).

²⁶³ Mediante el artículo 1 del Real Decreto 296/2009 se incorpora un nuevo artículo 38 en el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el acceso a las mismas, aprobado por Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, pasando su actual artículo 38 a numerarse como artículo 37.

De igual modo, la disposición derogatoria del Real Decreto 296/2009 procede a la derogación del apartado 2 del artículo 36 y el apartado 2 del artículo 38 (que pasa a ser el art. 37) del citado Reglamento.

²⁶⁴ Con carácter general, se asimila a huérfano absoluto el huérfano de un solo progenitor conocido.

²⁶⁵ Asimismo, en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional la indemnización que se reconozca a los huérfanos absolutos se incrementa con la que hubiera correspondido al cónyuge o a quien hubiera sido cónyuge o pareja de hecho del fallecido. En el caso de concurrir varios beneficiarios, el incremento se distribuye a partes iguales entre todos ellos.

²⁶⁶ La disposición adicional 1.ª de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género establecía que «quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del sistema público de pensiones cuando la víctima de dichos delitos fuera la causante de la pensión, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos». La redacción anterior es completada con un segundo párrafo (incorporado por la disp. adic. 30.ª de la Ley 40/2007) a tenor de la cual en los casos indicados «la pensión de viudedad que hubiera debido reconocerse incrementará las pensiones de orfandad, si las hubiese, siempre que tal incremento esté establecido en la legislación reguladora del régimen de Seguridad Social de que se trate».

- De existir varios huérfanos con derecho a pensión, el porcentaje de incremento que corresponda se distribuye a partes iguales entre todos ellos.
- En ningún caso, los incrementos de las pensiones de orfandad pueden dar lugar a que se supere el límite establecido en el artículo 179.4 de la LGSS ²⁶⁷, aunque tales incrementos son compatibles con la prestación temporal de viudedad, pudiendo, por tanto, ser reconocidos durante el percibo de esta última.
- Los incrementos de prestaciones señalados solo pueden ser reconocidos con respecto a uno solo de los progenitores.

²⁶⁷ El apartado 4 del artículo 179 de la LGSS (tras la redacción incorporada por la Ley 40/2007), establece que la suma de las cuantías de las pensiones por muerte y supervivencia no podrá exceder del importe de la base reguladora que corresponda, limitación que se aplica a la determinación inicial de las expresadas cuantías, pero no afecta a las revalorizaciones periódicas de las pensiones que procedan en lo sucesivo.

A los efectos de la limitación señalada, las pensiones de orfandad tienen preferencia sobre las pensiones a favor de otros familiares. Asimismo, y por lo que respecta a estas últimas prestaciones, se establece el siguiente orden de preferencia: 1.º nietos y hermanos, menores de 18 años o mayores incapacitados, del causante; 2.º, padre y madre del causante; 3.º abuelos y abuelas del causante y 4.º, hijos y hermanos del pensionista de jubilación o incapacidad permanente, en su modalidad contributiva, mayores de 45 años y que reúnan los demás requisitos establecidos.

El límite establecido puede ser rebasado en caso de concurrencia de varias pensiones de orfandad con una pensión de viudedad cuando el porcentaje a aplicar a la correspondiente base reguladora para el cálculo de esta última sea del 70 por 100, si bien, en ningún caso, la suma de las pensiones de orfandad puede superar el 48 por 100 de la base reguladora que corresponda.