

**DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD A LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO  
Y CUIDADO DE MENORES: UNA APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN  
CONTENIDA EN EL REAL DECRETO 6/2019**

Ana M<sup>a</sup> Romero Burillo  
Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universitat de Lleida

**SUMARIO:** I. PRESENTACIÓN DEL TEMA. II. EL SUBSIDIO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENORES. 1. Situaciones protegidas. 2. Personas beneficiarias. 3. Cuantía y dinámica de la prestación. III. LA PRESTACIÓN “ESPECIAL” POR NACIMIENTO.

## **I. PRESENTACIÓN DEL TEMA**

Tal y como ha indicado la doctrina el tratamiento que se ha venido realizando en los últimos años de la contingencia anteriormente conocida como maternidad y que tras la aprobación del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgente para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación<sup>1</sup> (en adelante RD-ley 6/2019) se enmarca dentro de la denominada prestación por nacimiento y cuidado de menores, se proyecta en una doble dirección, la primera va claramente orientada a proteger la citada contingencia, evitando las posibles situaciones de discriminación que puede experimentar la mujer trabajadora por razón de maternidad, y la segunda consiste en incentivar la corresponsabilidad del otro progenitor en la asunción del cuidado y atención del o de la menor<sup>2</sup>.

En consonancia con tales objetivos, la última gran reforma de esta contingencia llevada a cabo por la LOI recogió en su Disposición Adicional Decimoctava un conjunto de medidas que incidieron en el régimen jurídico de protección de la situación de maternidad que dispensa el sistema público de Seguridad Social.

---

<sup>1</sup> BOE de 7 de marzo de 2019. RD-ley convalidado por Resolución de 3 de abril de 2019, del Congreso de los Diputados. (BOE de 10 de abril de 2019).

<sup>2</sup> Vid. BARCELÓN COBEDO, S.: “Igualdad y protección de la contingencia de maternidad” en MERCADER UGUINA, J.R. (Coord.): *Comentarios Laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 455 y 456.

Los cambios operados en la regulación de la contingencia de maternidad permitieron ampliar su alcance a supuestos y sujetos que hasta ese momento tenían dificultades para poder beneficiarse o que se encontraban excluidos de esta medida de protección social, por lo que no debe sorprendernos que la reforma operada por la LOI en esta materia fuera muy bien recibida con carácter general por parte de todos.

Por otra parte cabe recordar que las modificaciones introducidas por la LOI no sólo incidieron en la normativa básica reguladora de protección social de la maternidad, sino que como consecuencia de ello se hizo necesario reformar el desarrollo reglamentario de dicha prestación, hasta ese momento el RD 1251/2001, por medio de la aprobación del RD 295/2009, el cual además de sustituir la regulación anterior y adaptarse a las mejoras que se introdujeron por la LOI permitió también aclarar y concretar algunas cuestiones hasta ese momento dudosas referidas al subsidio por maternidad.

En cuanto a las concretas modificaciones que se incorporaron en la prestación por maternidad por parte de la LOI las mismas se dirigieron, por un lado, a la ampliación de la protección de esta situación de necesidad ya prevista en la Ley General de Seguridad Social, que se materializó en la incorporación de nuevos supuestos de protección y la flexibilización de los requisitos para acceder a dicha prestación y, por otro lado, a la incorporación de una nueva prestación de maternidad, que algunos autores le otorgaron la consideración de no contributiva<sup>3</sup> y otros la calificaron como un “supuesto especial” de prestación de maternidad contributiva<sup>4</sup>, que se articuló con la finalidad de que aquellas trabajadoras que no pudieran acceder a la prestación clásica y de carácter contributivo, al no contar con el período de carencia exigido por la norma, no quedaran desamparadas desde la vertiente de protección social en la situación de maternidad.

La reforma operada por la LOI en materia de protección social de la maternidad fue sin duda un avance muy importante en relación al tratamiento que hasta ese momento se venía realizando de esta contingencia. No obstante, la aplicación práctica de las medidas introducidas por la LOI han puesto de relieve la existencia de vacíos reguladores, algunos derivados de la interpretación de la norma y otros de la aparición de nuevas realidades sociales no contempladas

---

<sup>3</sup> Vid. BLASCO LAHOZ, J.F.: “La incidencia de la Ley 3/2007 en materia de Seguridad Social” en ALBIOL MONTESINOS, I.; ALFONSO MELLADO, C.; BLASCO LAHOZ, J.F.; CAMPS RUIZ, L.M.; GARCÍA RUBIO, M.A. y RODRÍGUEZ PASTOR, G.: *Los Aspectos Laborales de la Ley de Igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 166.

<sup>4</sup> Vid. GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “La protección económica por maternidad” en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; VELASCO PORTERO, T. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *Igualdad y conciliación de la vida personal y laboral en las empresa y las administraciones públicas*, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 79.

por la ley, vacíos reguladores que actualmente a nuestro parecer son merecedores de contar con una respuesta a nivel legislativo.

En este contexto, resulta sumamente interesante la reciente aprobación del RD-ley 6/2019, el cual según su propia Exposición de Motivos se presenta como una medida legislativa de carácter integral y transversal en materia de empleo y ocupación que contiene las garantías necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, con base a los arts. 9.4 y 14 de la CE<sup>5</sup>. En este sentido, si bien se reconoce que la LOI fue una ley pionera en el desarrollo legislativo de los derechos de igualdad de género en España, de igual forma se constata que las medidas de naturaleza fundamentalmente promocional o de fomento obtuvieron unos resultados discretos que contravenían la finalidad de la propia LOI lo que hacía necesario la elaboración de un nuevo texto para dar respuesta a unas persistentes desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres<sup>6</sup>.

Atendiendo a los motivos que justifican la aprobación del RD-ley 6/2019, dicha norma anuncia, entre otras modificaciones la adaptación de la normativa de Seguridad Social a las medidas previstas en la regulación laboral dirigidas a eliminar las discriminaciones que sufren las mujeres por el embarazo y la maternidad y a remarcar el derecho de las personas trabajadoras a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, redefiniendo las prestaciones a la luz de los nuevos derechos.

Pues bien, a la luz de esta importante reforma que se introduce con el RD-ley 6/2019, en este trabajo nos proponemos analizar las novedades que dicha norma ha previsto sobre la contingencia de maternidad, valorar su alcance y en su caso identificar las mejoras que se han introducido respecto a la regulación vigente hasta este momento y que se habían incorporado tras la aprobación de la LOI en el año 2007.

## **II. EL SUBSIDIO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENORES**

### **1. Situaciones protegidas**

Las situaciones protegidas a efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menores, de acuerdo con la regulación recogida en el art. 177 TRLGSS, tras la reforma llevada a cabo por el RD-ley 6/2019, son las mismas que dan lugar a la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de menores. Es decir, nacimiento, adopción y la guarda con

---

<sup>5</sup> Vid. Exposición de Motivos Real Decreto-ley 6/2019.

<sup>6</sup> Ibid.

finés de adopción o de acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que en este último caso, su duración no sea inferior a un año. Por tanto, en la medida en que la normativa de seguridad social tiene como referencia al ET en la concreción de los supuestos protegidos, ello nos lleva a poder concluir que todas las modificaciones que en materia de suspensión de contrato que se introducen con motivo de la aprobación del RD-ley 6/2019 son igualmente aplicables en el marco de este subsidio.

La conclusión anterior es ciertamente relevante, ya que una de las medidas “estrella” del RD-ley 6/2019 ha sido justamente la reformulación de la suspensión del contrato de trabajo por motivos de maternidad con el fin, según se indica en la propia Exposición de Motivos de la norma, de avanzar de forma decidida en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores<sup>7</sup>.

De acuerdo con la nueva regulación del art. 48 ET en materia de suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menores, un primer supuesto que acoge el art. 177 TRLGSS es el de nacimiento.

Pese a la genérica referencia que el art. 177 TRLGSS realiza a esta primera situación o causa determinante de la suspensión del contrato, entendemos que el término “nacimiento” nos sigue remitiendo al supuesto de maternidad biológica o natural que recogía la anterior regulación, la cual engloba tanto el parto, el parto como el posparto. De igual forma cabe recordar que las situaciones de maternidad biológica protegidas por la normativa comprenden tanto los procesos de gestación llegados a término, como también los casos de muerte del hijo o de la hija, los supuestos de parto frustrado cuando hayan alcanzado una duración mínima de 180 días en el seno materno y el proceso maternal en caso de fallecimiento de la madre.

En relación al supuesto de parto frustrado, cabe indicar que se trata de un supuesto que sigue sin recogerse expresamente en el art. 48.4 ET, en donde únicamente se habla de la situación de parto y fallecimiento de hijo o hija. No obstante a nivel reglamentario y, en relación a la prestación por maternidad tanto el art. 7.2 del RD 1251/2001, como posteriormente el art. 8.4 del RD 295/2009 se ha previsto este supuesto al indicarse que “lo dispuesto en el párrafo anterior (supuesto de fallecimiento de hijo o hija) será de aplicación aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el art. 30 del Código Civil para adquirir la

---

<sup>7</sup> Vid. Exposición de Motivo del RD-ley 6/2019.

personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno, durante al menos ciento ochenta días”. Por lo que entendemos que si hasta ahora la prestación de maternidad se reconocía en estos supuestos y, a la espera de la necesaria adecuación reglamentaria que deberá realizarse tras la reforma operada en el art. 48.4 ET por el RD-ley 6/2009, cabe interpretar que se seguirá considerando que suspensión que dará lugar a la baja de la trabajadora será igualmente la maternidad biológica. En todo caso consideramos que justamente la reciente reforma del art. 48.4 ET hubiera sido una ocasión inmejorable para introducir expresamente este supuesto y no tener que acudir a una norma reglamentaria para confirmar la inclusión del parto frustrado dentro del supuesto de maternidad biológica.

Cuestión diferente es el supuesto de aborto, que sigue sin contar con una previsión normativa. A este respecto compartimos la opinión crítica que ya mantenía un sector doctrinal tras la aprobación de la LOI en relación a la total ausencia de mención sobre esta situación<sup>8</sup> y que cabe mantener tras la reforma del RD-ley 6/2019, ya que con esta actitud del legislador se ha perdido una gran oportunidad para desvanecer las dudas interpretativas que surgen sobre la normativa a aplicar en este caso, las cuales oscilan entre equiparar el supuesto de aborto a la suspensión por motivos de maternidad biológica<sup>9</sup>, o bien a la suspensión por incapacidad temporal<sup>10</sup>.

En este punto nos parece que mientras no se regule expresamente el supuesto de aborto la solución que resulta más adecuada pasa por aplicar el régimen suspensivo del art. 48.4 ET, ya que pese a que como bien indica un sector de la doctrina en el supuesto de aborto, ya sea espontáneo o inducido, el único bien jurídico protegido es la recuperación de la mujer trabajadora<sup>11</sup>, la causa que origina la baja de la trabajadora no es exactamente ni una enfermedad, ni un accidente, además de que el aborto es un riesgo derivado de la condición sexual<sup>12</sup>. Igualmente no podemos olvidar que existen otros bienes jurídicos que se protegen en la situación de maternidad biológica y que igualmente concurren en el caso del aborto como son la salvaguarda de la situación laboral y la carrera profesional de la trabajadora, objetivos que no

---

<sup>8</sup> 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*, vol. I, 2008, pág. 317.

<sup>9</sup> Vid en este sentido, entre otros, NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: “La protección jurídica por Maternidad, adopción y acogimiento” en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; VELASCO PORTERO, T. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *Igualdad y conciliación...*, cit. pág. 40 y SOLÀ MONELLS, X.: “Arts. 45 a 48” en DEL REY GUANTER, S. (Dir.): *Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 844.

<sup>10</sup> Postura mantenida, entre otros por MARÍN ALONSO, I. y GORELLI FERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Laborum, Murcia, 2001, págs. 76 y 77.

<sup>11</sup> En este sentido se manifiesta, entre otros, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la discriminación por razón de sexo*, La Ley, Madrid, 1999, pág. 128.

<sup>12</sup> Vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La familia en el ámbito jurídico-laboral. Situación y protección*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 146.

alcanza a proteger adecuadamente la situación de incapacidad laboral por contingencias comunes, en tanto que su régimen jurídico es de contenido cuantitativa y cualitativamente inferior al previsto para el supuesto de maternidad<sup>13</sup>.

A los argumentos anteriores cabe añadir que la asimilación del supuesto de aborto en el régimen de maternidad biológica se ajusta mejor a las previsiones contenidas en la Recomendación Núm. 95 de la OIT sobre la protección de la maternidad, la cual en su Apartado I aconseja la prolongación suplementaria del descanso de la trabajadora cuando en interés de su salud se observe necesario “(...) especialmente cuando existan o puedan producirse condiciones anormales, tales como abortos (...)”<sup>14</sup>.

Una cuestión adicional que se plantea en relación al supuesto de aborto es que si se equipara al caso del parto frustrado, la referencia reglamentaria a la permanencia del feto en el seno materno durante al menos 180 días, lleva aparejado dejar fuera del régimen del art. 48.4 ET aquellos otros abortos tanto espontáneos como inducidos de acuerdo con la legalidad vigente, lo cual a nuestro parecer no resultaría adecuado y compartimos en este punto la postura mantenida por un sector doctrinal<sup>15</sup>. En todo caso esta última cuestión apuntada pone de relieve la necesaria incorporación expresa en el art. 48.4 ET para dotarlo de una mayor claridad respecto a los supuestos que abarca la suspensión por maternidad biológica.

En consonancia con el criterio político-legislativo incorporado progresivamente en la norma laboral dirigido a superar la concepción meramente biológica de la maternidad, la suspensión del contrato por motivos de maternidad también extiende su régimen jurídico a los supuestos de filiación no biológica correspondientes a la adopción y a la guarda con fines de adopción y acogimiento. Ello supone un claro paso adelante en la ampliación y consolidación de otros bienes jurídicos como son la protección del hijo o de la hija y de su adecuada y satisfactoria incorporación a la familia, así como la correcta cimentación de las relaciones paterno/materno filiales, todo ello contemplado desde la perspectiva de la corresponsabilidad varón-mujer<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Vid. MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: “El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999”, *Aranzadi Social*, tomo V, 1999, pág. 1167.

<sup>14</sup> Vid. MERCADER UGUINA, J.R.: “La suspensión del contrato por razón de maternidad” en GARCIA MURCIA, J. (Coord.): *Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, Consejería de Trabajo y Promoción en el empleo, Oviedo, 2001, pág. 43 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La familia en el ámbito...*, cit. pág. 147.

<sup>15</sup> Vid. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La suspensión de la relación de trabajo...”, cit. pág. 317.

<sup>16</sup> Vid. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: “La protección jurídica por Maternidad...”, cit. pág. 65.

Respecto a los supuestos concretos de filiación no biológica que contempla el actual art. 48.5 ET, cabe indicar que la incidencia que tuvo en su momento la LOI en esta materia es importante ya que amplió los supuestos hasta ese momento previstos. De esta manera a la adopción y el acogimiento de menores de 6 años y mayores de 6 años con discapacidad o que por sus circunstancias o experiencias personales o que, por provenir del extranjero, tengan dificultades de inserción social y familiar, se añadió el supuesto de acogimiento simple. De esta forma se dio respuesta a una petición largamente reclamada por un sector de la doctrina por entender que aún siendo transitorio, el período del acogimiento puede extenderse en el tiempo y el o la menor y las personas acogedoras también necesitan tiempo para su adaptación<sup>17</sup>.

La ampliación de los supuestos protegidos se recogieron expresamente en el art. 45.1 d) ET, de tal forma que donde antes se hablaba de “acogimiento, tanto preadoptivo como permanente”, tras la LOI el precepto se referirá a “acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales”.

En este punto debe indicarse que esta redacción sufrió una modificación con motivo de la aprobación del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, de manera que el art. 45.1 d) y art. 48.5 ET se refieren a los supuestos de filiación no biológica como “adopción, guarda con fines de adopción o de acogimiento”. Redacción que se mantiene intacta tras la reforma del RD-ley 6/2019.

Es importante destacar la referencia temporal que se realiza por el legislador en relación al acogimiento simple, de tal forma que podrán acogerse únicamente a la suspensión del contrato cuando el mismo tenga una duración superior a un año.

Por otra parte y aunque el art. 48.5 ET no lo indica, por la vía reglamentaria del RD 295/2009, también sabemos que los menores mayores de 6 años serán sujetos causantes de la suspensión del contrato de trabajo siempre que sean menores de 18 años y cuando el grado de discapacidad sea igual o superior al 33% acreditado por resolución administrativa. Nada se dice sin embargo sobre “las especiales circunstancias y experiencias personales” y de “las dificultades de inserción social y familiar “que pueden acompañar al o la menor y que justificarán la suspensión del contrato, lo cual dota a estos supuestos de un importante grado de

---

<sup>17</sup> Vid. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La suspensión de la relación de trabajo...”, cit. pág. 318.

indeterminación y, consecuentemente, de inseguridad jurídica para los potenciales beneficiarios de la suspensión. Por ello nos parece que tras la aprobación del RD-ley 6/2019 y la necesaria adaptación reglamentaria que habrá que abordar de las modificaciones introducidas en el art. 48 ET, se presenta una gran oportunidad para dotar de mayor concreción a los supuestos mencionados anteriormente.

De igual forma y pese a la identidad que existe “a priori” entre las situaciones protegidas por el subsidio y los supuestos suspensivos del art. 48. 4 y 5 ET, desde la aprobación de la LOI se han ido planteando por vía judicial una serie de supuestos que no encajan exactamente con lo previsto por la norma, algunos de los cuales, finalmente han sido reconocidos por los tribunales como una situación susceptible de protección a través de la situación de adopción y que nuestro parecer resulta interesante que cuenten con una referencia expresa en la norma en aras a conseguir una mayor seguridad jurídica en la correcta aplicación de la protección social en esta materia.

A este respecto cabe señalar que la STS de 15 de septiembre de 2010 ha dado entrada como situación protegida y, por tanto, ha reconocido la percepción de la prestación por maternidad en aquellos supuestos en los que se produce una adopción de un menor por el miembro de una pareja que es hijo o hija del otro miembro, menor con el que el o la adoptante ya había convivido previamente al momento de la adopción.

El reconocimiento del derecho a la prestación, se justifica por el tribunal en la consideración de que existen dos situaciones de convivencia diferentes, una la anterior a la adopción y otra después de la adopción, y a este respecto se entiende que es sólo a partir de la resolución judicial constituyendo la adopción cuando el hijo o la hija pasa a integrarse efectivamente en la nueva familia<sup>18</sup>.

Por último, otro supuesto que tampoco ha merecido la atención del legislador en el RD-ley 6/2019, pese a que en los últimos años ha generado un intenso debate tanto a nivel político como a nivel jurídico, es el referido a la maternidad subrogada o gestación por sustitución, el cual parece haber encontrado finalmente acogida en el ámbito de la seguridad social por vía jurisprudencial<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Para un estudio sobre este supuesto vid. GÓMEZ GORDILLO, R.: “Convivencia previa y derecho de los progenitores a la prestación de maternidad por adopción”, *Aranzadi Social*, num. 21, 2011, págs. 51 y ss.

<sup>19</sup> Para un estudio en profundidad de este supuesto y de la problemática suscitada, vid. CERVILLA GARZÓN, M.J.: “El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución”, *Nueva Revista de Derecho del Trabajo*,

El supuesto al que nos referimos es aquel en el que una madre en virtud de un convenio de gestación por sustitución alumbró a un/a hijo/a o para su entrega de forma onerosa o gratuita a otra persona o familia que asume la condición materna/paterna. Como puede comprobarse nos encontramos ante un supuesto complejo que no encaja en ninguno de los supuestos previstos por la norma laboral que acoge el subsidio por maternidad, ya que aunque existe un hecho biológico como es el nacimiento de un hijo o una hija, no se ajusta al caso típico de parto, como tampoco lo hace al supuesto de adopción o guarda con fines de adopción o de acogimiento. Además, a estos problemas de encaje hay que añadir la dificultad que supone que entren en escena más de un ordenamiento jurídico en su regulación, ya que junto a la norma laboral y de seguridad social debe tenerse presente la disciplina civil y penal.

En todo caso y pese a la problemática que se suscita entorno a este supuesto y sin entrar a valorar los argumentos éticos a favor o en contra de una regulación prohibitiva o digna de represión punitiva, por la que opta por el momento el ordenamiento español, lo cierto es que cada vez son más frecuentes los casos de maternidad subrogada que se celebran fuera de nuestras fronteras, surgiendo a partir de ese momento un riesgo social con entidad propia, que no es otro que el nacimiento de un/a hijo/a o de varios/as hijos/as, que despliega sus efectos en numerosos ámbitos, siendo uno de ellos el laboral y de seguridad social y al que, a nuestro parecer, debe darse una respuesta.

Pues bien, a lo largo de los años la entidad gestora de la prestación por maternidad ha venido negando de forma reiterada dicha prestación por entender que la persona que puede acceder a la prestación por maternidad es únicamente la que gesta y da a luz y no quien contrata el nacimiento del hijo o hija con un tercero. La respuesta dada por el ente administrativo ha

---

núm. 188, 2016; CORDERO GORDILLO, V.: “La prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución”, *Trabajo y Derecho*, núm. 7-8, 2015; HIERRO HIERRO, F.J.: “Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 190, 2016; LÓPEZ INSUA, B.: “Maternidad subrogada y protección del menor desde una perspectiva integradora: el derecho laboral de nuevo a examen”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2017; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P y DE CASTRO MEJUTO, S.J.: “¿Mater semper certa est?. La maternidad subrogada como situación generadora de derechos laborales. Pauta de urgencia para la solución de un intrincado litigio”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 40, 2015; MOLINA NAVARRETE, C.: “Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 399, 2016; ORTIZ VIDAL, M.D.: “La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Nueva Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 180, 2015; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “El Tribunal Supremo ante la “gestación por sustitución”: reconocimiento de prestaciones por maternidad derivadas de un negocio jurídico nulo y la necesaria tutela del interés del menor”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2017 y SELMA PENALVA, A.: “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2013.

llevado a numerosos pronunciamientos judiciales al respecto al impugnarse por las personas solicitantes de la prestación la decisión de la entidad gestora, los cuales no han mantenido una unidad de criterio, de manera que tanto encontramos sentencias que reconocen el derecho al subsidio<sup>20</sup>, como pronunciamientos que se han manifestado en contra<sup>21</sup>.

Esta disparidad de criterios por parte de los órganos judiciales hacía necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo en unificación de doctrina, lo cual se produce a finales del año 2016 a través de las sentencias de 25 de octubre<sup>22</sup> y de 16 de noviembre<sup>23</sup>, en virtud de las cuales y por mayoría del pleno<sup>24</sup> se reconocerá en supuestos de maternidad subrogada el derecho a percibir la prestación por maternidad.

Cabe indicar que esta solución se encuentra en la línea seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias de 28 de junio de 2014 (*asuntos Mennesson contra Francia y Labasse contra Francia*) y de 27 de enero de 2015 (*asunto Paradiso y Campanelli contra Italia*), en las que se considera que la negativa de reconocer la filiación por parte de las autoridades gubernativas de Italia y Francia en los supuestos de maternidad subrogada supone una vulneración del art. 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y, también en las sentencias del Tribunal de Justicia Europeo de 18 de marzo de 2014<sup>25</sup>, en las que si bien se indica que la Directiva 92/85 no obliga a los Estados miembros a reconocer el permiso de maternidad a una madre subrogante y que las Directivas 2006/54 y 200/78 no permiten declarar tal conducta como discriminatoria por razones de sexo o discapacidad, también indica que nada impide que los Estados miembros puedan adoptar o mantener disposiciones más favorables que las previstas en las Directivas, además de que la Directiva 2010/18, sobre permisos parentales deja la puerta abierta a dicho reconocimiento.

Atendiendo a estos precedentes en el ámbito europeo, la posición mayoritaria de la sala del TS opta por realizar una interpretación extensiva del supuesto, entendiendo que la gestación por sustitución está protegida a efectos de lucrar la prestación por maternidad, no en vano la finalidad de tal prestación no sólo es tutelar la salud de la madre trabajadora tras el alumbramiento, sino fomentar las relaciones paterno filiales, así como el bienestar y cuidado del

---

<sup>20</sup> Vid., entre otras, STSJ del Principado de Asturias de 20 de septiembre de 2012 (Rec.1604/2011); STSJ de Madrid de 8 de octubre de 2012 (Rec. 1875/2012) y STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2015 (Rec. 126/2015).

<sup>21</sup> Vid., entre otras, STSJ de Madrid de 7 de julio de 2014 (Rec. 142/2014) y STSJ del País Vasco de 3 de mayo de 2016 (Rec. 651/2016).

<sup>22</sup> Rec. 881/2016.

<sup>23</sup> Rec. 953/2016.

<sup>24</sup> En ambos pronunciamientos se recogen diversos votos particulares, algunos de ellos concurrentes y otros de carácter divergente con la posición mayoritaria de la Sala.

<sup>25</sup> Asuntos C-167/12 y C-363/12.

menor, evitando que el desarrollo del trabajo reste tiempo a tales efectos. Asimismo indica que a nivel laboral resulta irrelevante lo previsto en el art. 10 de la Ley 14/2006 donde se reconoce la nulidad del contrato formalizado para la gestación por subrogación, pues se trata de una norma ajena a la regulación de una prestación de Seguridad Social, que no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del hijo o la hija y su inserción en un determinado núcleo familiar, debiendo procurar que esos hijos no vean mermados sus derechos, además de recordar que en el ámbito laboral en determinados supuestos se reconocen efectos en casos de negocios jurídicos afectados por nulidad. El principio de “protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, reconocido por el art. 39.2 CE”, aconseja no adicionar causas de exclusión ignoradas por la norma de seguridad social al establecer sus prestaciones. A este respecto, además, el art. 2.2 del RD 295/2009 permite en su amplia referencia a los supuestos protegidos por el subsidio de maternidad dar cabida también a la maternidad subrogada al señalar que “se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento (...) aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad o efectos jurídicos sean previstos para la adopción y el acogimiento(...)”<sup>26</sup>.

A partir de este reconocimiento por vía jurisprudencial del subsidio por maternidad del supuesto de maternidad subrogada parece claro, a nuestro parecer, que ello comporta directamente el reconocimiento también del derecho de suspensión del contrato de trabajo por maternidad previsto en el art. 48 ET, ya que la prestación de seguridad social sólo se puede percibir si se encuentra en suspenso la relación laboral, de lo contrario ello comportaría la percepción simultánea de salario y subsidio por parte de la persona beneficiaria, lo cual supondría un claro caso de enriquecimiento injusto por parte de esta última.

Por otra parte, consideramos conveniente que el legislador realice la modificación correspondiente de la normativa tanto laboral como de seguridad social que permita de forma clara e indubitada ejercer al padre y/o la madre subrogantes tanto los derechos suspensivos de la relación laboral como los de protección social y, evitar de este modo, que en algunos casos se tenga que acudir a la siempre tortuosa vía judicial para ver reconocidos tales derechos.

No podemos finalizar este apartado sin referirnos a la reformulación que realiza el RD-ley 6/2019 de la suspensión por paternidad y, en consecuencia al nuevo tratamiento que dicha protección recibe en el sistema de la Seguridad Social. No en vano, a nuestro parecer nos encontramos, sin ningún género de dudas, ante la modificación normativa del RD-ley 6/2019

---

<sup>26</sup> STS de 25 de octubre de 2016. Fundamento de Derecho Octavo y STS de 11 de noviembre de 2016. Fundamento de Derecho Noveno.

con un recorrido mediático y jurídico más importante en tanto que supone la equiparación, en sus respectivos ámbitos de aplicación, de la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores, así como de la extensión en el caso de adopción, guarda legal con fines de adopción y acogimiento de los derechos a ambos adoptantes, guardadores o acogedores.

Esta equiparación, según se indica en la propia Exposición de Motivos del RD-ley 6/2019, responde a la existencia de una clara voluntad y demanda social que los poderes públicos no pueden desatender en tanto que es una exigencia derivada de los arts. 9.2 y 14 CE; de los arts. 2 y 3.2 TUE y de los arts. 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. De esta forma se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para dar cumplimiento al principio de igualdad de trato y de oportunidades en los ámbitos<sup>27</sup>.

La reformulación de la regulación de la paternidad contenida en el anterior art. 48.7 ET comprende la inclusión, por un lado, en el art. 48.4 ET de un derecho de suspensión del contrato de trabajo al progenitor distinto de la madre biológica con una duración de 16 semanas, lo cual supone una importante ampliación de la suspensión del contrato respecto a la anterior regulación y, por otro lado, el reconocimiento en el art. 48.5 ET de un derecho de suspensión del contrato de 16 semanas para cada uno de los adoptantes, guardadores o acogedores. No obstante, esta ampliación de la duración del período de suspensión se ha previsto de forma progresiva, previsión que se contiene en el Artículo 2 Apartado Dieciocho del RD-ley 6/2019 y a la que nos referiremos con más detenimiento cuando analicemos la dinámica de la prestación en otro apartado de este trabajo.

De igual forma cabe indicar que esta reformulación de la suspensión del supuesto de paternidad ha comportado la inclusión de dicho supuesto dentro del Capítulo VI del Título II del TRLGSS, es decir su incorporación dentro del régimen jurídico de lo que anteriormente respondía al subsidio por maternidad, de manera que cuando el legislador en el actual art. 177 TRLGSS se refiere a nacimiento incluye no sólo la situación de maternidad biológica y la filiación no biológica, sino también la suspensión a la que tiene derecho el otro progenitor distinto a la madre biológica y el otro miembro adoptante, guardador o acogedor, desapareciendo la regulación de la prestación por paternidad que venía prevista en el Capítulo VII del Título II TRLGSS, el cual pasa a regular a partir de ahora la prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante.

---

<sup>27</sup> Vid. Exposición de Motivos del RD-ley 6/2019.

## **2. Personas beneficiarias**

Tras la reforma operada por el RD-ley 6/2019 y tal y como se indica en el art. 178 TRLGSS, las personas beneficiarias de la prestación por nacimiento y cuidado de menores se han visto ampliadas, ya que en la situación protegida por esta prestación quedan incluidas aquellas personas que hasta el momento podían acogerse a la situación de paternidad, es decir, el otro progenitor distinto a la madre biológica y el otro adoptante, guardador o acogedor de la pareja que no hubiera disfrutado en su totalidad de la suspensión por maternidad.

Esta modificación no es ni mucho menos un cambio meramente formal, sino que nos encontramos ante una modificación sumamente relevante ya que no debemos olvidar que antes de la aprobación del RD-ley 6/2019, los requisitos exigidos para poder acceder a la prestación de maternidad y paternidad no eran iguales. En este sentido, cabe recordar que la aprobación de la LOI supuso un cambio muy importante en la configuración de los requisitos de cotización que se exigían para tener derecho a la prestación por maternidad.

Hasta la aprobación de la LOI para poder causar derecho al subsidio por maternidad la cotización o período de carencia exigida era de un período mínimo de 180 días inmediatamente anteriores al parto o las fechas de la decisión administrativa de la adopción o de la guarda. Tras la LOI el período de cotización deja de ser único y se pasa a modular según la edad de la persona beneficiaria en el momento del hecho causante de manera que:

- Si la persona trabajadora tiene menos de 21 años de edad en la fecha del hecho causante no se le exigirá período de carencia mínimo alguno.
- Si la persona trabajadora tiene entre 21 y 26 años de edad en la fecha del hecho causante se exigirá 90 días de cotización en los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso, o bien 180 días de cotización a lo largo de toda su vida laboral con anterioridad al inicio del descanso.
- Si la persona trabajadora es mayor de 26 años de edad en la fecha del hecho causante la exigencia de cotización será o 180 días en los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso, o bien 360 días de cotización a lo largo de toda su vida laboral con anterioridad al inicio del descanso.

En consecuencia la LOI amplía considerablemente el período de referencia para el cálculo del tiempo de cotización, ampliación que opera en dos planos distintos, la edad y el período de carencia, lo cual posibilita un mayor acceso a la prestación y supone un claro intento por parte de la norma por evitar que puedan resultar excluidas de la protección por maternidad aquellas

situaciones que, conforme a la regulación anterior, quedaban al margen de la protección dispensada.

Por su parte, la nueva prestación de paternidad introducida por la LOI no sigue las mismas pautas que el subsidio por maternidad, de manera que la persona beneficiaria, según el antiguo art. 184 TRLGSS con independencia de su edad debía acreditar un período mínimo de cotización que alternativamente podía ser:

- 180 días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión por paternidad.
- 360 días a lo largo de la vida laboral con anterioridad a la fecha de inicio de la suspensión del contrato de trabajo.

Como puede observarse los requisitos de cotización mínima exigidos para poder acceder a la prestación de paternidad venían siendo más restrictivos que los exigidos para poder percibir la prestación por paternidad, aspecto que se ha venido criticando por la doctrina por suponer un impedimento para que los trabajadores más jóvenes puedan ejercer su derecho-deber de cuidado del hijo recién nacido o de la hija recién nacida y un flaco favor a la corresponsabilidad que pretende fomentar la LOI<sup>28</sup>. Pues bien, estas críticas han sido superadas tras la refundición de la prestación por maternidad y paternidad que lleva a cabo el RD-ley 6/2019, ya que a partir de ahora los requisitos exigidos serán los mismos para todas las personas beneficiarias de la prestación por nacimiento y cuidado de menores, que serán los hasta ahora previstos para el subsidio de maternidad.

Pese a la mejora que supone la reformulación de los requisitos mínimos de cotización que se van a exigir a las personas beneficiarias de esta prestación, compartimos con la doctrina la crítica al mantenimiento de la exigencia de un período mínimo de carencia para los supuestos previstos en el art. 177 TRLGSS en tanto que si el legislador apuesta realmente por la flexibilidad en este aspecto y si el objetivo final es potenciar la maternidad como valor social,

---

<sup>28</sup> Vid. FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “La suspensión del contrato por paternidad y el permiso retribuido por nacimiento de hijo: dos medidas de conciliación de la vida familiar, laboral, diferentes y compatibles”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3, 2009, pág. 651; GALA DURÁN, C.: “Los aspectos de Seguridad Social de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *IUSlabor*, núm. 2, 2007, pág. 4; LOUSADA AROCHENA, J.F.: Permiso de paternidad y conciliación masculina, Bomarzo, Albacete, 2008, pág. 42 y MORENO GENÉ, J.: “La suspensión del contrato de trabajo y la prestación por paternidad de los trabajadores por cuenta ajena diez años después de la aprobación de la ley de igualdad” en RODRÍGUEZ ORGAZ, C. y ROMERO BURILLO, A.M. (Coords.): *Trabajo, Género e Igualdad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 190.

hubiera sido más acertado haber hecho desaparecer el requisito de la carencia para todos los supuestos<sup>29</sup>.

De igual forma cabe poner en duda el esquema diseñado en función de tramos de edad ya que lo que en realidad supone es reproducir la regulación prevista para la prestación de incapacidad permanente y no se puede obviar que, si bien ambas prestaciones participan de la misma naturaleza contributiva, no obstante responden a lógicas de protección distinta<sup>30</sup>.

Por último tampoco se tiene en cuenta un aspecto que ya se fue objeto de crítica con la aprobación de la LOI y que tras la reforma del RD-ley 6/2019 tampoco ha merecido la atención del legislador y es que a la hora de fijar los diferentes tramos de cotización exigibles para acceder a la prestación por nacimiento y cuidado de menores con dichos tramos se penaliza a las situaciones de adopción y guarda, dado que normalmente las personas trabajadoras que realizan la opción por una maternidad no biológica suelen ser personas que han superado con creces los veintiséis años, debiendo acreditar, en consecuencia, el período más largo de cotización de los tres previstos en la norma<sup>31</sup>.

Otro aspecto importante en esta materia, que fue modificado con motivo de la reforma de la LOI<sup>32</sup>, y que a nuestro parecer merece ser nuevamente revisado a la luz de la nueva prestación por nacimiento y cuidado de hijos es el referido a las reglas específicas para la acreditación de los requisitos de edad y cotización<sup>33</sup>. Estas reglas tienen importantes efectos en la práctica ya que permite diferir en algunos casos a una fecha posterior al inicio del descanso el momento de acreditar los períodos de carencia, de forma que se favorece el cumplimiento del mencionado requisito por parte de las personas interesadas, que podrán acumular más tiempo cotizado (4 semanas en la adopción internacional) para generar el correspondiente derecho<sup>34</sup>.

Debe hacerse notar, sin embargo, como bien ha puesto de relieve la doctrina<sup>35</sup>, que ninguna regla particular se ha previsto ni en los supuestos en que el período de suspensión del contrato

---

<sup>29</sup> Vid. BARCELÓN COBEDO, S.: “Igualdad y protección...”, cit. págs. 467 y 468.

<sup>30</sup> Ibid. págs. 468 y 469.

<sup>31</sup> Vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La familia en el ámbito...*, cit. pág. 179.

<sup>32</sup> Cuestiones apuntada en el art. 178 TRLGSS y concretadas en el art. 5 del RD 295/2009.

<sup>33</sup> Vid. PANIZO ROBLES, J.A.: “La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con 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)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 22, 2009, pág. 17.

<sup>34</sup> Vid. GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “La protección económica...”, cit. pág. 81.

<sup>35</sup> Vid. MARTÍNEZ MORENO, C. y CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “La protección social de la situaciones de maternidad y paternidad” en MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y

se retrase a la fecha del alta hospitalaria, como consecuencia de parto prematuro, ni en aquellos en que por cualquier otra causa el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto.

Pues bien, sobre estas cuestiones los cambios introducidos por el RD-ley 6/2019 han sido únicamente de denominación, manteniéndose el mismo criterio aplicativo, por lo que consideramos que el legislador debería haber tenido en cuenta estas deficiencias a la hora de fijar las reglas específicas para la acreditación de los requisitos de edad y cotización, así como también la nueva forma de disfrute de las situaciones de maternidad biológica, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, para garantizar el acceso a la prestación al mayor número de personas posibles ya que no debemos olvidar que la nueva regulación contenida en el art. 48.4 y 5 ET no exige que la totalidad del tiempo de suspensión del contrato se produzca de forma inmediata e ininterrumpida después del nacimiento o de la resolución judicial o decisión administrativa, sino que a partir de ahora, excepto 6 semanas, el resto del tiempo de suspensión se podrá distribuir en períodos semanales a voluntad de la persona titular del derecho hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses en el caso de nacimiento o a contar dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial o decisión administrativa según el caso.

### **3. Cuantía y dinámica de la prestación**

Los aspectos referidos a la cuantía a percibir en concepto de subsidio por nacimiento y cuidado de hijos no varían respecto a lo previsto con anterioridad a la aprobación del RD-ley 6/2019, de manera que se mantiene el pago de una cuantía igual al 100% de la Base Reguladora correspondiente, que será la equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes (art. 179.1 TRLGSS).

Se mantiene igualmente la mejora introducida tras la LOI en el sistema de pago de la prestación. Hay que recordar que al calcularse el subsidio tomando como referencia la base de cotización del mes anterior a la baja y en tanto que las cotizaciones se realizan por meses vencidos ello puede producir una demora en la determinación de la cuantía del subsidio y del abono de la prestación, incidiendo ello de forma negativa en la situación de rentas de la persona beneficiaria. Para evitar este efecto, La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2009 (Ley 2/2008) dio una nueva redacción al art. 179.2 TRLGSS, facultando a la entidad gestora para que con carácter provisional se pueda calcular la prestación de maternidad tomando como

---

MORENO VIDA, M.N. (Coords.): *La Seguridad Social a la luz de las reformas pasadas, presentes y futuras*, Comares, Granada, 2008, pág. 955.

referencia la última base de cotización que esté incorporada en los registros de la Seguridad Social<sup>36</sup>.

En relación a la duración del subsidio, nuevamente debemos remitirnos a la regulación prevista en el art. 48.4 y 5 ET y, a este respecto y tal y como se ha anunciado en el apartado anterior de este trabajo, nos encontramos una vez más con un cambio importante con respecto al régimen jurídico anterior.

Por lo que hace referencia a la suspensión prevista en el art. 48.4 ET debemos distinguir, por un lado, la suspensión por nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses y que se reconoce a la madre biológica. Esta suspensión comprende un total de 16 semanas, de las cuales 6 semanas ininterrumpidas e inmediatamente posteriores al parto son obligatorias y se deben disfrutar a jornada completa. Las 10 semanas restantes se pueden distribuir a voluntad de la madre, en períodos de semanas, a disfrutar de forma acumulada o interrumpida, a tiempo completo o a tiempo parcial y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto.

Por otro lado, el art. 48.4 ET también prevé la suspensión del contrato por nacimiento al otro progenitor distinto de la madre biológica por un período de 16 semanas, de las cuales 6 serán de disfrute obligatorio de forma ininterrumpida inmediatamente posteriores al parto y a jornada completa. Las 10 restantes siguen el mismo régimen que para la madre biológica, con la salvedad de las 4 semanas que se pueden disfrutar con anterioridad al parto. No obstante este derecho de suspensión del otro progenitor que como se puede comprobar supone una equiparación de derechos respecto a la madre biológica no se hará efectivo en su totalidad hasta el 1 de enero de 2021. Hasta esta fecha la suspensión irá ampliando progresivamente su duración, según se indica por el Apartado Dieciocho del art. 2 del RD-ley 6/2019, de la siguiente manera:

- A partir de la entrada en vigor del RD-ley 6/2019 el otro progenitor contará con un período de suspensión de 8 semanas, de las cuales las 2 primeras serán de disfrute obligatorio de forma ininterrumpida e inmediatamente posteriores al parto. Además, la madre biológica podrá ceder al otro progenitor hasta 4 semanas de su período de suspensión de disfrute no obligatorio que se regirá por el régimen previsto en el art. 48.4 ET.

---

<sup>36</sup> Vid. PANIZO ROBLES, J.A.: “La nueva regulación reglamentaria...”, cit. págs. 28 y 29.

- A partir de 1 de enero de 2020, el período de suspensión se ampliará a 12 semanas, de las que 4 serán de carácter obligatorio en las mismas condiciones mencionadas en el apartado anterior y la madre biológica podrá ceder hasta 2 semanas de su período de suspensión de disfrute no obligatoria que se regirá por el régimen previsto en el art. 48.4 ET.

En cuanto a la suspensión por adopción, guarda legal con fines de adopción y acogimiento regulada en el art. 48.5 ET, a las 16 semanas previstas a la normativa anterior, el RD-ley 6/2019 reconoce otro período igual para el otro miembro de la pareja adoptante, guardador o acogedor que cuenta con una dinámica igual a la que se prevé para el caso de maternidad biológica. Al igual que en el caso de la maternidad biológica la ampliación del derecho de suspensión del otro miembro de la pareja adoptante se prevé de forma progresiva y sigue pautas muy parecidas a las que hemos indicado para el supuesto del art. 48.4 ET, las cuales también se contienen en el Apartado Dieciocho del art. 2 del RD-ley 6/2019 en los siguientes términos:

- A partir de la entrada en vigor del RD-ley 6/2019, cada progenitor dispondrá de un período de suspensión de 6 semanas a disfrutar a tiempo completo de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial o decisión administrativa correspondiente. A dichas semanas se añadirán 12 más de carácter voluntario que deberán disfrutar de forma ininterrumpida dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial o decisión administrativa. En todo caso, uno de los progenitores sólo podrá disfrutar como máximo de 10 de las semanas voluntarias, quedando las 2 restantes a disposición del otro progenitor.
- A partir del 1 de enero de 2020, cada progenitor dispondrá de un período de suspensión de 6 semanas obligatorias en las mismas condiciones indicadas en el párrafo anterior y de 16 semanas adicionales de disposición voluntaria que podrán disfrutar de forma ininterrumpida dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial o decisión administrativa. Cada progenitor podrá disfrutar individualmente de un máximo de 10 semanas, quedando el resto a disposición del otro progenitor.
- A partir del 1 de enero de 2021 cada progenitor disfrutará de igual período de suspensión del contrato.

En relación a la determinación de la fecha de inicio de la percepción del subsidio, las causas que motivan su extinción o pérdida, se mantienen las previsiones de la normativa anterior y, de igual forma tampoco se incorporan novedades en el desarrollo o dinámica de la prestación.

### 3. LA PRESTACIÓN “ESPECIAL” POR NACIMIENTO

Sin duda una de las principales novedades que se introdujeron en el TRLGSS con motivo de la aprobación de la LOI es el subsidio por maternidad a percibir durante 42 días para aquellas trabajadoras que no cumplan con los períodos mínimos de carencia previstos para el subsidio ordinario de maternidad.

Sobre esta prestación el RD-ley 6/2019 se ha limitado a realizar un cambio nominativo en el precepto que lo regula para adecuar, una vez más, la normativa de seguridad social a los cambios operados en materia de suspensión del contrato de trabajo de tal manera que donde antes se hacía mención al subsidio por maternidad, el nuevo art. 181 TRLGSS pasa a referirse al “subsidio por nacimiento”.

Atendiendo a esta modificación formal, cabe recordar que el art. 181 TRLGSS es terminante al reconocer este derecho de subsidio sólo a los supuestos de maternidad biológica, de manera que no se podrá acceder a dicha prestación en los supuestos de adopción o guarda legal con fines de adopción o de acogimiento. Este dato expresa claramente cuál es el fin último de esta prestación: no dejar desprotegida a la madre trabajadora durante la etapa inmediatamente posterior a la experiencia física de dar a luz; y ello por encima de otros objetivos o bienes jurídicos que pueden merecer igualmente protección y que así se contempla en la prestación por nacimiento y cuidado de menores como es la atención al menor.

A este respecto, se constata, por tanto, que el legislador no se ha mostrado sensible a la propuesta planteada a nivel doctrinal sobre la introducción de una prestación similar para el otro progenitor<sup>37</sup>

Compartimos con la doctrina la opinión de que esta ayuda económica no es propiamente una prestación no contributiva, aunque a efectos de financiación siga recibiendo tal calificación en el art. 182.1 TRLGSS, ya que se exige en todo caso estar en alta o situación de alta asimilada y su percepción no se condiciona a ningún nivel de rentas, exigencia que se requiere en las prestaciones asistenciales<sup>38</sup>. Por tanto, aunque no cabe restar importancia a la incorporación de

---

<sup>37</sup> Vid. DE GEA GUILLÉN, A.: “El nuevo régimen jurídico de protección por paternidad tras las últimas reformas legislativas”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 6, 2008, pág. 577.

<sup>38</sup> Vid., en este sentido BARCELÓ COBEDO, S.: “Igualdad y protección...”, cit. pág. 473; MARTÍNEZ MORENO, C. y CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “La protección social...”, cit. pág. 957 y RODRÍGUEZ INIESTA, G. y LASAOSA IRIGOYEN, E.: “Modificaciones de la LGSS. Disposición Adicional 18<sup>o</sup>” en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dirs.): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 927.

esta prestación “especial” no podemos dejar de constatar que no nos encontramos ante el establecimiento de una prestación universal que venga a proteger la maternidad, de modo que cualquier mujer que haya dado a luz, con independencia de su pertenencia a un régimen de Seguridad Social, tuviese derecho a la misma<sup>39</sup>. Al contrario, esta prestación sigue ligada al criterio de la profesionalidad de la madre, al requerirse todos los requisitos exigidos para la prestación ordinaria de maternidad excepto el período de carencia<sup>40</sup>.

El subsidio consiste en una prestación de 42 días naturales en una cuantía igual al 100% de la fijada para el IPREM. No obstante, si la base reguladora de la prestación por maternidad hubiese sido de cuantía inferior al IPREM diaria en el caso de que la mujer hubiera podido acceder a la prestación ordinaria de maternidad, será esta última cifra la que se tome, es decir, que la cuantía a percibir diariamente no podrá ser nunca superior a la que hubiera percibido en concepto de prestación ordinaria por nacimiento y cuidado de menores.

Por supuesto las 4 o 2 semanas voluntarias restantes de descanso por nacimiento (según el período transitorio en el que nos encontremos), que en estos casos en que la madre no reúne los requisitos no generan un derecho a protección económica, podrán ser cedidas al otro progenitor, quien sí podrá acceder a la prestación económica si a su vez cumple los requisitos para ser beneficiario de la prestación ordinaria por nacimiento y cuidado de menores.

Finalmente indicar que si bien, con carácter general, la prestación tiene una duración de 42 días naturales a contar desde la fecha de parto, el apartado Cuarto de la Disposición Final Tercera de la Ley 2/2008, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, incrementó la duración de la prestación, en 14 días adicionales en los siguientes supuestos: 1) En los casos de nacimiento de hijo o hija en familia numerosa, o en la que con motivo del nacimiento adquiera dicha condición; 2) En los casos de nacimiento en el seno de una familia monoparental; 3) En los casos de parto múltiple; 4) En los casos en los que la madre o el hijo o la hija estén afectados por un grado de discapacidad igual o superior al 65%.

El incremento previsto es único, sin que la concurrencia de varias circunstancias permita acumular sucesivos períodos de 14 días.

---

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: La familia en el ámbito..., cit. pág. 177.

<sup>40</sup> 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*, núm. 290, 2007, pág. 66.