



CRITERIO 12/2023 SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 177 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 8/2015, DE 30 DE OCTUBRE SOBRE LA DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR EN EL SUPUESTO DE DISCAPACIDAD DEL HIJO O HIJA.

Mediante oficio del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 1 de junio de 2023, expte:19-2023 se solicita a este centro directivo, de conformidad con las funciones de ordenación jurídica del sistema de la Seguridad Social, interpretando las normas y disposiciones que afecten a dicho sistema, unificando y dictando los criterios normativos necesarios para su efectividad, de conformidad con lo previsto en el artículo 3.1.a) del Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, el informe que se expone a continuación.

El artículo 177 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), establece:

“A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49 a), b) y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.”

Por su parte, el artículo 48, en sus apartados 4, 5 y 6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET), establece lo siguiente:

“4. El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas



inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.

(...)

5. En los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas para cada adoptante, guardador o acogedor. Seis semanas deberán disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento.

(...)

*6. En el supuesto de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento, adopción, en situación de guarda con fines de adopción o de acogimiento, la suspensión del contrato a que se refieren los apartados 4 y 5 **tendrá una duración adicional de dos semanas, una para cada uno de los progenitores.** Igual ampliación procederá en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple por cada hijo o hija distinta del primero.*

(...)"

Tal y como se desprende de los preceptos transcritos, las personas trabajadoras que estén incluidas en el ámbito de aplicación del ET, tendrán derecho a una suspensión del contrato de trabajo de 16 semanas en los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y de acogimiento para cada uno de los progenitores, que se ampliará en dos semanas más en los supuestos de discapacidad del hijo o de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple. Esta ampliación de la suspensión del contrato del contrato de trabajo, consistente en dos semanas adicionales, se disfrutará a razón de una semana más para cada uno de los progenitores y dará lugar, siempre que se cumplan los requisitos exigidos para ello, al reconocimiento de la correspondiente prestación del sistema de Seguridad Social.

Por otro lado, para aquellos trabajadores a los que resulte de aplicación el Estatuto Básico del Empleado Público, el artículo 49, apartados a), b) y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado



por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TREBEP), establece lo que se indican a continuación:

“a) Permiso por nacimiento para la madre biológica: tendrá una duración de dieciséis semanas, de las cuales las seis semanas inmediatas posteriores al parto serán en todo caso de descanso obligatorio e ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del hijo o hija y, por cada hijo o hija a partir del segundo en los supuestos de parto múltiple, una para cada uno de los progenitores.

(...)

b) Permiso por adopción, por guarda con fines de adopción, o acogimiento, tanto temporal como permanente: tendrá una duración de dieciséis semanas. Seis semanas deberán disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. (...) Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo o hija, a partir del segundo, en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple, una para cada uno de los progenitores.

(...)

“c) Permiso del progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija: tendrá una duración de dieciséis semanas de las cuales las seis semanas inmediatas posteriores al hecho causante serán en todo caso de descanso obligatorio. Este permiso se ampliará en dos semanas más, una para cada uno de los progenitores, en el supuesto de discapacidad del hijo o hija, y por cada hijo o hija a partir del segundo en los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, a disfrutar a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. (...)”

Así pues, con idéntica finalidad a la perseguida en el ET, los apartados a) y b) del EBEP contemplan que el permiso por nacimiento guarda con fines de adopción o acogimiento, tanto temporal como permanente para la madre biológica, se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del



hijo o hija y por cada hijo o hija a partir del segundo en los supuestos de parto múltiple: una para cada uno de los progenitores. En el mismo sentido se recoge en el artículo 49 c) del EBEP al señalar que el permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del hijo o hija del menor adoptado, en guarda o acogido, y por cada menor a partir del segundo en los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple; una para cada uno de los progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores.

Sin embargo, el “Acuerdo por el que se aprueban los criterios de interpretación relativos a la aplicación de los permisos regulados en el artículo 48.f) y en las letras a), b), y c) del artículo 49 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre”, adoptado por la Comisión Superior de Personal del Ministerio de Hacienda y Función Pública de fecha 30 de diciembre de 2021 aborda, entre otras cuestiones, la ampliación de la duración de los permisos por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, o acogimiento, tanto temporal como permanente, en los supuestos de discapacidad del hijo o hija, y por cada hijo o hija a partir del segundo en los supuestos de parto múltiple, y emite el siguiente criterio

“(…) Una interpretación aislada de uno sólo de los preceptos llevaría a la conclusión de que la ampliación es de una sola semana para los casos enunciados. El TRLEBEP configura este derecho, sin embargo, como un derecho individual de cada empleado o empleada. La voluntad expresa de configurar estos permisos como un derecho individual de cada uno de los progenitores, y no en el marco de la unidad familiar, que se desprende de la redacción simétrica de las letras a), b) y c) del artículo 49, y la inclusión de idéntica frase relativa a la ampliación en cada una de ellas, implica que cada uno de los derechos puede generar efectos en la esfera del otro progenitor. Por tanto, su aplicación habrá de ser simultánea e interrelacionada, por lo que la ampliación total debe ser siempre y en cada uno de los casos de 2 semanas.

En el caso de familias monoparentales, el reparto de semanas, una a cada progenitor, no puede operar cuando sólo existe un progenitor. En consecuencia, cuando en la situación protegida causada exista un único progenitor, a priori el permiso habría de tener la duración adicional de una única semana. No obstante, se considera que el precepto habrá de interpretarse de modo que, en el caso de familias monoparentales, la ampliación sea en todo caso de dos semanas, sin que sea de aplicación el inciso que introduce el reparto entre los dos progenitores, al no existir progenitor alguno al que repartir esas semanas.”



Así, en el apartado segundo del acuerdo, concluye la Comisión Superior de personal del Ministerio de Hacienda y Función pública que:

*“En el ámbito de aplicación del TRLEBEP, la ampliación de la duración de los permisos por nacimiento o por adopción, guarda con fines de adopción, o acogimiento, tanto temporal como permanente en los supuestos de discapacidad o parto múltiple será, en todo caso, **de dos semanas para cada progenitor y por cada supuesto que se acredite.**”*

No obstante, esta Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica considera que se debe tener en cuenta lo que se indica a continuación:

En lo que se refiere al ámbito de aplicación del EBEP, antes de la modificación operada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, el artículo 49 apartado a) del TRLEBEP establecía lo siguiente:

“Artículo 49. Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos.

En todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas:

*a) Permiso por parto: tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. **Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del hijo y, por cada hijo a partir del segundo, en los supuestos de parto múltiple.**”*

Posteriormente, tras dicha reforma, el referido precepto quedó redactado del siguiente modo:

“Artículo 49. Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género o de violencia sexual y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos.

En todo caso, se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas:

a) Permiso por nacimiento para la madre biológica: tendrá una duración de dieciséis semanas, de las cuales las seis semanas inmediatas posteriores al



*parto serán en todo caso de descanso obligatorio e ininterrumpidas. **Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del hijo o hija y, por cada hijo o hija a partir del segundo en los supuestos de parto múltiple, una para cada uno de los progenitores.***

Como se puede observar, con la modificación operada en 2019 se mantiene la redacción anterior relativa al incremento en dos semanas adicionales en los supuestos de discapacidad del hijo o hija y en los supuestos de parto múltiple, pero se añade que será una semana para cada uno de los progenitores. En efecto, la única modificación normativa consiste en añadir la mención “*una para cada uno de los progenitores*”; mención que en el acuerdo de referencia se quiere obviar como si dicha modificación normativa no hubiese sido llevada a cabo.

Por otro lado, interesa destacar que el referido real decreto-ley también modificó, en idéntico sentido, el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, equiparando la duración de los permisos por nacimiento y cuidado de menor en ambos progenitores y añadiendo que la duración adicional de dos semanas en los supuestos de discapacidad y parto múltiple se distribuirá a razón de “*una para cada uno de los progenitores*”, siendo la intención del legislador la misma en ambas normas, es decir, la de ampliar el descanso en una única semana más para cada uno de los progenitores.

Cabe asimismo indicar, que el régimen que se aplica a los funcionarios públicos en esta materia se aplica igualmente al personal laboral, de conformidad con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 7 del TREBEP.

No obstante, dado que este criterio no coincide con el expresado por la Comisión Superior de Personal del Ministerio de Hacienda y Función Pública, de fecha 30 de diciembre de 2021, se solicita criterio de ese Centro Directivo a efectos de determinar si es correcta la interpretación que viene hasta el momento aplicando esta entidad gestora, en cuyo caso sólo estaría a cargo del sistema de la Seguridad Social una semana adicional de subsidio para cada uno de los progenitores.



INFORME.

1. Consulta.

El objeto de la consulta consiste en fijar si para el caso de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento, adopción, en situación de guarda con fines de adopción o de acogimiento, la suspensión del contrato y correlativa prestación de Seguridad Social del artículo 177 del TRLGSS tiene una duración de dos semanas, una para cada uno de los progenitores o, por el contrario, debe entenderse que la duración adicional de dos semanas corresponde a cada progenitor por separado.

Esta duda interpretativa tiene origen, como expone esa Entidad en su petición de consulta, en el “Acuerdo por el que se aprueban los criterios de interpretación relativos a la aplicación de los permisos regulados en el artículo 48.f) y en las letras a), b), y c) del artículo 49 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre”, adoptado por la Comisión Superior de Personal del Ministerio de Hacienda y Función Pública de fecha 30 de diciembre de 2021 que concluye:

*“En el ámbito de aplicación del TRLEBEP, la ampliación de la duración de los permisos por nacimiento o por adopción, guarda con fines de adopción, o acogimiento, tanto temporal como permanente en los supuestos de discapacidad o parto múltiple será, en todo caso, **de dos semanas para cada progenitor y por cada supuesto que se acredite.**”*

2. Ámbito de la consulta

Este centro directivo, de conformidad con las funciones de ordenación jurídica del sistema de la Seguridad Social, interpreta las normas y disposiciones que afecten a dicho sistema, unificando y dictando los criterios normativos necesarios para su efectividad, de conformidad con lo previsto en el artículo 3.1.a) del Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. En el presente caso, se trata de emitir un criterio normativo sobre la duración de la prestación de Seguridad Social del artículo 177 del TRLGSS para el supuesto de hijo o hija discapacitada.

Contrario sensu, no le corresponde a esta entidad la interpretación de la normativa relativa al EBEP, artículo 49, sobre permisos por motivos de



conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género o de violencia sexual y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos, ni tampoco los acuerdos adoptados por la Comisión Superior de Personal del Ministerio de Hacienda y Función pública. En todo caso, en el apartado siguiente se hará referencia a este acuerdo.

3. Interpretación del artículo 48, apartado 6 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 177 del TRLGSS en cuanto a la duración adicional de la suspensión con reserva del puesto de trabajo y prestación de Seguridad Social en el caso de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento, adopción, en situación de guarda con fines de adopción o de acogimiento.

3.1 Interpretación literal.

La literalidad del artículo 48.6 del ET para los casos mencionados de discapacidad del hijo o hija no alberga dudas interpretativas de modo que a la duración prevista de dieciséis semanas de los apartados 4 y 5 se añaden dos semanas adicionales; el precepto es claro en cuanto a la distribución de esas dos semanas cuando señala “... *una para cada uno de los progenitores*” como bien deduce ese centro directivo en su petición de informe.

3.2 Interpretación teleológica/sistemática.

La exposición de motivos del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación no ofrece razonamientos que permitan indagar en la voluntad del legislador sobre la duración del permiso en caso de hijos o hijas discapacitadas más allá de la nueva redacción de los artículos cuatro y seis sobre modificación del ET y TRLGSS para la equiparación progresiva de la duración de los permisos:

“Los artículos 2 y 3 del presente real decreto-ley equiparan, en sus respectivos ámbitos de aplicación, la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores. Esta equiparación responde a la existencia de una clara voluntad y demanda social. Los poderes públicos no pueden desatender esta demanda que, por otro lado, es una exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución; de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea; y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos



Fundamentales de la Unión Europea. 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 el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos. Esta equiparación se lleva a cabo de forma progresiva, en los términos previstos en las disposiciones transitorias del Estatuto de los Trabajadores y del Estatuto Básico del Empleado Público introducidas por este real decreto-ley.

El artículo 4 contempla la adaptación de la normativa de Seguridad Social a las medidas previstas en la regulación laboral, redefiniendo las prestaciones a la luz de los nuevos derechos. De igual manera, se crea una nueva prestación para ejercicio corresponsable del cuidado del lactante conforme a las novedades introducidas tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en el Estatuto Básico del Empleado Público. Por su parte, el artículo 7 contiene las adaptaciones necesarias para incluir estas prestaciones en la acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de la Seguridad Social.”

Es cierto que la reforma simultánea del ET, TRLGSS y EBEP revela la voluntad legislativa de una reforma sistemática de la normativa en cuestión de manera que la duración y disfrute del permiso sea igual en el ámbito del ET, como del EBEP, sin embargo, no es dable con la redacción actual tal homologación por las siguientes razones:

- Es claro que la previsión normativa a propósito de la duración del permiso en caso de discapacidad del hijo o hija es similar. El ET refiere una duración adicional de dos semanas y el EBEP señala la ampliación del permiso en dos semanas más, aunque la identidad es total cuando señalan la distribución de esas dos semanas “... una para cada uno de los progenitores”.
- Ahora bien, la técnica jurídica difiere y de ahí la diferente solución a la que se llega. Mientras el artículo 48 ET se basa en el nacimiento -apartado 4º-, adopción, guarda o acogimiento -apartado 5º - y duración adicional en caso de discapacidad en caso de multiplicidad -apartado 6º-, el EBEP en su artículo 49 se estructura en permiso de nacimiento para la madre biológica- apartado a)-, permiso adopción, guarda o acogimiento -apartado b)- y permiso del progenitor diferente a la madre biológica tanto en nacimiento, como adopción, guarda o



acogimiento -aparato c)-. Además, en este último caso, la ampliación en el supuesto de discapacidad del hijo se reproduce en cada una de las letras referidas.

- El criterio de la Comisión Superior de Personal del Ministerio de Hacienda y función Pública para fijar dos semanas para cada progenitor se basa en la inclusión de idéntica frase para la ampliación lo que implica que cada uno de los derechos pueda generar efectos en la esfera del otro progenitor.

*“(...) Una interpretación aislada de uno sólo de los preceptos llevaría a la conclusión de que la ampliación es de una sola semana para los casos enunciados. El TRLEBEP configura este derecho, sin embargo, como un derecho individual de cada empleado o empleada. La voluntad expresa de configurar estos permisos como un derecho individual de cada uno de los progenitores, y no en el marco de la unidad familiar, que se desprende de la redacción simétrica de las letras a), b) y c) del artículo 49, y la **inclusión de idéntica frase relativa a la ampliación en cada una de ellas, implica que cada uno de los derechos puede generar efectos en la esfera del otro progenitor**. Por tanto, su aplicación habrá de ser simultánea e interrelacionada, por lo que la ampliación total debe ser siempre y en cada uno de los casos de 2 semanas”.*

- En definitiva, la diferente arquitectura jurídica de los permisos en el ET y en el EBEP aboca a diferente interpretación y solución en la ampliación del permiso en caso de hijos o hijas discapacitadas.

4. Conclusión.

Es necesario coherente la interpretación literal, teleológica y sistemática en el ámbito del ET para llegar a la misma conclusión que para empleados públicos; sin embargo, la interpretación literal y sistemática impide claramente la deseada equiparación por más que la intención del legislador fuera la de establecer el mismo régimen jurídico.

Corolario de lo expuesto es que, en el ámbito del sistema de Seguridad Social, como acertadamente expone esa Entidad, sólo es posible el reconocimiento de una semana adicional en el subsidio por nacimiento y cuidado del menor para cada uno de los progenitores en el supuesto de hijos o hijas discapacitados.



Sin duda, se produce una diferencia de trato huérfana de justificación, pero que no es posible corregir con criterio normativo, sino con una reforma legislativa del ET.