

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA

Criterio de gestión: 13/2019

Fecha: 11 de junio de 2019

Materia: Prestación por nacimiento y cuidado de menor.

ASUNTO:

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, introduce modificaciones sustanciales que afectan a las suspensiones del contrato de trabajo y de los permisos por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, previstos, respectivamente, en los artículos 45 y 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (TRLET), y en el artículo 49 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TRLEBEP). Tales suspensiones y permisos pasan a configurarse como derechos individuales de las personas trabajadoras que podrán ejercerse indistintamente por uno u otro de los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores, con la misma duración y sin posibilidad de transferencia.

La señalada reforma conlleva la necesaria modificación de la regulación de las prestaciones económicas previstas para proteger dichas situaciones, recogidas en el capítulo VI del Título II del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Desde el 8 de marzo de 2019 es de aplicación la nueva prestación por nacimiento y cuidado de menor, con la transitoriedad recogida en el citado real decreto-ley.

CRITERIO DE GESTIÓN:

Con el objeto de homogeneizar la gestión de los centros gestores en la aplicación de la nueva prestación por nacimiento y cuidado de menor introducida 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, se aclaran las siguientes cuestiones:

1. Se cuestiona si los periodos de disfrute de la prestación, una vez solicitados y reconocidos por resolución firme son inalterables o, por el contrario, pueden modificarse.

Del contenido del Real Decreto-ley 6/2019 se deduce la necesidad de fijar de antemano los periodos de disfrute. Así, el apartado 4 del artículo 48 del TRLET, prevé, en su párrafo séptimo, la comunicación de cada periodo semanal o de la acumulación de dichos periodos a la empresa con una antelación mínima de quince días, y el párrafo noveno establece que la persona trabajadora deberá comunicar a la empresa con la misma antelación su derecho al disfrute de la suspensión del contrato en régimen de jornada completa o parcial.

Por otra parte, cabría traer a colación lo expuesto en el criterio 76/2003-04 que, si bien se refiere al derecho de opción en favor del otro progenitor (cesión que desaparece con el nuevo real decreto-ley), aborda el tema relativo a la modificación de la forma de disfrute del periodo de descanso elegida en un primer momento por los interesados.

El artículo 8.6 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (RDM), requería que la madre realizase su opción de cesión de parte de su descanso al otro progenitor con carácter previo al inicio del descanso por maternidad y, en el apartado 1 del artículo 9 permitía la revocación de dicha opción por sobrevenir hechos que hiciesen *“inviabile su aplicación, tales como ausencia, enfermedad o accidente del otro progenitor, abandono de familia, separación, violencia de género u otras causas análogas”*. Asimismo, para anular dicha opción en favor del otro progenitor el apartado 3 del mismo artículo hablaba de la circunstancia concreta de que se apreciase la existencia de riesgo durante la lactancia natural que diese lugar a la suspensión de la actividad laboral.

El criterio 76/2003-04 y el RJ 21/2007 flexibilizaron la posibilidad de ejercitar la opción en favor del otro progenitor, dando validez en algunos casos a la “opción tardía”, si bien, señalando la necesidad de acreditar la concurrencia de unas circunstancias excepcionales [*“resulta imprescindible, además del acuerdo de las empresas afectadas, que quede acreditada la concurrencia -siempre con posterioridad a la solicitud inicial de la prestación-, de las circunstancias excepcionales que permiten la aceptación de la opción”*].

Atendiendo a la necesidad de acreditar unas circunstancias excepcionales para modificar la forma de disfrutar del descanso elegida en un primer momento, así como a la intención del Real Decreto-ley 6/2019 de fijar de antemano los periodos de disfrute, **se considera que los periodos de disfrute de la prestación, una vez solicitados y reconocidos por resolución firme deben considerarse inalterables, salvo que pueda acreditarse la concurrencia de circunstancias excepcionales.**

2. Se consulta si el alta voluntaria por reincorporación al puesto de trabajo antes de finalizar el periodo voluntario solicitado, y con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración total del periodo de descanso, conlleva la pérdida de la totalidad de las semanas de prestación que resten por disfrutar o únicamente de una parte. Al respecto, cabe indicar lo siguiente:

El artículo 8.12 del RDM dispone que el derecho al subsidio se extinguirá, entre otras causas, por la reincorporación voluntaria al trabajo de los progenitores.

La nueva forma de disfrutar el descanso viene regulada en el sexto párrafo del artículo 48.4 y establece un mínimo de descanso semanal y la comunicación a la empresa con una antelación mínima de quince días. Se avanza, pues, en la búsqueda de la igualdad efectiva entre ambos progenitores al facilitar la no interrupción de la carrera profesional por periodos más o menos largos. Pero esta flexibilidad no puede acarrear inseguridad jurídica de ningún tipo, ni para el empresario (que ha de conocer con antelación con qué personal cuenta para el normal funcionamiento de la empresa), ni para el trabajador (que podría verse presionado por el empresario en un determinado momento para que se reincorpore antes de lo acordado).

Por ello el Real Decreto-ley 6/2019 prevé expresamente la comunicación del disfrute del periodo semanal o de su acumulación a la empresa con una antelación mínima de 15 días.

Por tanto, la incorporación voluntaria y prematura al trabajo supone la extinción del derecho a la prestación, no sólo de la que se esté disfrutando en ese momento, sino de la totalidad de la misma.

3. Dado que, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto -que han de disfrutarse a jornada completa-, la suspensión del contrato de trabajo puede disfrutarse en régimen de jornada a tiempo parcial, se consulta si existe un porcentaje mínimo de parcialidad aplicable a dicha suspensión o no.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, el artículo 48 del TRLET -regulador de la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de trabajo-, distinguía entre suspensión por parto, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento (puntos 4 y 5 del citado artículo 48) y suspensión por paternidad (punto 7 del mismo) y aunque en ambos casos se contemplaba la posibilidad de disfrutar a tiempo parcial determinados periodos, sólo para la paternidad se indicaba un mínimo del 50 por ciento cuando se optara por el disfrute a tiempo parcial.

Para la maternidad se señalaba que dicho disfrute se haría en los términos que reglamentariamente se determinaran. Así, en la disposición adicional primera del RDM para la maternidad se indicaba que *“...los periodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad....podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, en los términos regulados en ese real decreto y de conformidad, en su caso, con lo que establezcan los convenios colectivos”* y para la paternidad que *“...en el caso de la paternidad, la jornada realizada a tiempo parcial no podrá ser inferior al 50 por 100 de la correspondiente...”*

Con la nueva regulación dada al artículo 48.4 por el Real Decreto-ley 6/2019, las mencionadas prestaciones de maternidad y paternidad se refunden en la denominada nacimiento y cuidado del menor, que comprende el parto y el cuidado del menor, y por

lo que se refiere al disfrute a tiempo parcial de determinados periodos, se mantiene la redacción que anteriormente existía para la maternidad, desapareciendo la relativa a la paternidad.

Por tanto, dado que a nivel reglamentario sigue vigente (al menos en parte) el mencionado RDM, a partir de la entrada en vigor de la nueva regulación, **la suspensión de contrato por nacimiento y cuidado del menor a tiempo parcial no requerirá de la aplicación de un porcentaje mínimo de parcialidad.**

4. Se consulta si es posible iniciar el disfrute voluntario por semanas interrumpidas desde la situación asimilada a la de alta o, en su caso, desde situación de no alta.

Al igual que se estableció en su momento para la “quinta semana de paternidad” en el criterio 2/2019, se podrá reanudar el descanso voluntario y la correspondiente prestación por nacimiento en caso de que, finalizado el periodo obligatorio, el beneficiario se encuentre en dichas situaciones.

5. En aquellos supuestos en los que se concedan días de ampliación por hospitalización del menor en periodos inferiores a 7 días o superiores que no sean múltiplos de 7 o, en aquellos casos en los que, como consecuencia del disfrute a tiempo parcial, reste por disfrutar un número de días inferior a 7, se plantea si los días que falten por disfrutar deben tener la parcialidad necesaria para cumplir la regla del disfrute semanal o pueden disfrutarse en periodos inferiores a 7 días. Asimismo, se cuestiona si la parcialidad escogida para la última semana condiciona que los días inferiores a 7 que resten deban disfrutarse igualmente a tiempo parcial y en el mismo u otro porcentaje de parcialidad.

En el supuesto planteado, **los días inferiores a una semana que falten por disfrutar pueden disfrutarse como si formasen un nuevo periodo semanal. Es decir, sin que deban formar un bloque con la última semana.** Por tanto, podrán disfrutarse a tiempo completo o con el porcentaje de parcialidad que se escoja, al igual que ocurre en los demás periodos semanales.

6. Se consulta si, en el supuesto de que la madre biológica inicie el descanso anticipado de la prestación por nacimiento y cuidado de menor antes de la fecha prevista de parto pero no desee solicitarlo por el tiempo máximo de las 4 semanas que establece el párrafo sexto del artículo 48.4 del TRLET, el periodo de anticipación debe ser semanal o puede solicitarse por días.

Puesto que la norma articula el descanso con referencia a periodos semanales, estableciendo en caso de anticipación del descanso un periodo máximo de hasta 4 semanas, dicho anticipo debe solicitarse por periodos semanales.

7. En caso de que el hijo nazca muerto, con gestación de más de 6 meses, se plantea si la madre tiene derecho a la prestación, como sucedía hasta la aprobación del nuevo real decreto-ley. Asimismo, se consulta si el otro progenitor, que hasta ahora no tenía

derecho a la paternidad en este supuesto, tendría derecho al descanso de las 8 semanas.

Al respecto cabe indicar que en los supuestos en que el hijo nazca muerto con gestación de más de 6 meses **será de aplicación, para ambos progenitores, lo establecido en el párrafo 5º del vigente artículo 48.4 del TRLET**, por lo que el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que una vez finalizado el descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al trabajo.

Cabe tener en cuenta que la Exposición de motivos del Real Decreto-ley 6/2019 recoge la necesidad de *“hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (...). El derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres debe suponer la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. El derecho a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres supone, asimismo, su equiparación en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones de tal forma que existan las condiciones necesarias para que su igualdad sea efectiva en el empleo y la ocupación.”*

Según el artículo 26.7 del RDM, no podrá reconocerse el subsidio por paternidad si el hijo o menor fallece antes del inicio de la suspensión, lo que se opone a la actual redacción del 48.4 del TRLET, que no diferencia entre el permiso por maternidad y por paternidad a estos efectos, puesto que regula un único permiso. En aplicación del principio de jerarquía normativa, en caso de contradicción debe prevalecer la redacción del TRLET y el nuevo real decreto-ley sobre el RDM.

8. Se plantea qué periodo de disfrute podría corresponder al otro progenitor en caso de fallecimiento de la madre o de que ésta no tuviese derecho a prestación en razón al colectivo al que pertenece.

Como se sabe, a diferencia de lo que ocurría con la anterior redacción del artículo 48.4 del TRLET, la nueva redacción no recoge el derecho del otro progenitor al uso de la parte que reste del periodo de suspensión en caso de fallecimiento de la madre, ni el derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que le hubiera correspondido a ésta en el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad.

No obstante, la disposición transitoria decimotercera del TRLET, referida a la aplicación paulatina del citado artículo 48, recoge ambos derechos del otro progenitor como una de las particularidades que serán de aplicación en tanto no se produzca la total equiparación en los periodos de suspensión de ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, durante la aplicación paulatina de la nueva regulación.

Así, en el apartado 2. a) señala que *“en caso de fallecimiento de la madre biológica con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de las 16 semanas de suspensión previstas para la madre*

biológica de conformidad con el artículo 48.4”. Y, la letra c) del mismo precepto dispone que “en el caso de que un progenitor no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por la totalidad de 16 semanas, sin que le sea aplicable ninguna limitación del régimen transitorio.”

El hecho de que no se recoja en el referido artículo 48.4 del TRLET el derecho del otro progenitor a la suspensión en caso de fallecimiento de la madre o de que ésta no tuviese derecho a prestación en razón al colectivo al que pertenece y sí se prevea como una “particularidad” de aplicación transitoria, conlleva a pensar que tal supresión en el artículo, con respecto a la redacción anterior, atiende a la voluntad del legislador. Esta intención podría venir justificada por el hecho de que, una vez terminado el periodo transitorio (en el que se aplica la redacción anterior), el nuevo progenitor tendría, por sí mismo, derecho a la suspensión y, en su caso, a la prestación, sin necesidad de que la madre le trasladase su derecho.

Por tanto, **concluido el periodo transitorio, el otro progenitor no verá incrementado su descanso** (obligatorio ni voluntario) en los supuestos consultados.

9. Se cuestiona si con la nueva redacción del Real Decreto-ley 6/2019 cabe considerar que ambos progenitores son beneficiarios del subsidio especial por parto múltiple.

No cabe interpretar que el mencionado subsidio pueda otorgarse a ambos progenitores, debiendo **optar porque uno de ellos pueda beneficiarse del mismo**.

10. Si la ampliación de la prestación por hospitalización del neonato inmediatamente después del parto de hasta 13 semanas de duración como máximo pueden disfrutarla ambos progenitores o no.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, la ampliación de la prestación se recogía en el quinto párrafo del artículo 48.4 del TRLET, es decir, para el supuesto de suspensión por parto. Nada se decía de la mencionada ampliación en el apartado 7, relativo a la suspensión por paternidad.

De hecho, al desarrollar reglamentariamente esta ampliación, el artículo 8.9 del RDM especificó que este periodo adicional del subsidio correspondería a la madre o, a opción de la misma, al otro progenitor.

Puesto que esas causas de suspensión se han refundido en una, siendo el fin último de esta modificación conseguir la igualdad y la corresponsabilidad de ambos progenitores en el cuidado del menor, no cabe hacer distinción alguna en lo relativo a la ampliación del descanso por hospitalización del neonato, por lo que **ambos progenitores tendrán derecho a la misma**.

A la conclusión expuesta se llega si se tiene en cuenta que en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 6/2019 se habla de “*hacer efectivo el principio de igualdad de trato*”

y de oportunidades entre mujeres y hombres (...). El derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres debe suponer la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. El derecho a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres supone, asimismo, su equiparación en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones de tal forma que existan las condiciones necesarias para que su igualdad sea efectiva en el empleo y la ocupación.”

El artículo 8.9 del RDM, al disponer que el disfrute de este periodo adicional corresponderá a la madre o, a opción de la misma, al otro progenitor, se opone a la actual redacción del 48.4 del TRLET, que no diferencia entre el permiso por maternidad y por paternidad a estos efectos, porque regula un único permiso. Por el principio de jerarquía normativa, en virtud del cual en caso de contradicción, debe prevalecer lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores sobre el RDM.

11. Se consulta si en las familias monoparentales con hijo discapacitado el progenitor único tiene derecho a la ampliación de una o de dos semanas. A este respecto, cabe indicar que el artículo 48.6 del TRLET preceptúa que *“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.”*

Dada la claridad de la norma y la finalidad de reconocer derechos individuales de los progenitores, adoptantes o guardadores con fines de adopción o acogimiento, el hecho de que la anterior redacción del precepto reconociese una duración adicional de dos semanas distribuida a opción de los interesados, no conlleva que con la nueva regulación quepa la posibilidad de incrementar en dos semanas en caso de familias monoparentales.

12. Dado que el TRLET y el TRLEBEP indican un periodo distinto para el descanso en el periodo transitorio de las adopciones, se consulta la normativa que ha de aplicarse en caso de que cada uno de los progenitores, adoptantes o guardadores con fines de adopción o acogimiento, esté sujeto a una de dichas normas. En el supuesto planteado **procederá aplicar a cada trabajador su normativa.**
13. Se plantea si han de denegarse las solicitudes de prestación por nacimiento y cuidado de menor en aquellos casos en los que el progenitor distinto de la madre biológica no solicita la prestación hasta que ha transcurrido un periodo de tiempo desde el nacimiento o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien desde la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento **y durante dicho periodo ha continuado trabajando**, o si puede reconocerse la prestación con descuento de los días trabajados.

Dado que la prestación va asociada a la suspensión del contrato y el descanso obligatorio se ha de disfrutar de forma ininterrumpida, en el supuesto planteado **deberá denegarse la solicitud de prestación de dicho progenitor**. En caso contrario, aun cuando se descontase del descanso obligatorio el periodo trabajado, se le atribuiría la condición de descanso voluntario y perdería su finalidad.

Esta información ha sido elaborada teniendo en cuenta la legislación vigente en la fecha que figura en el encabezamiento y se presta en virtud del derecho previsto en el artículo 53, letra f), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, advirtiendo que dicha información no produce más efectos que los puramente ilustrativos y de orientación.