



*Revista del Ministerio  
de Empleo y Seguridad Social*

Seguridad Social



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE EMPLEO  
Y SEGURIDAD SOCIAL

134

2018

# Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

## Seguridad Social

---

### CONSEJO ASESOR

- Serie Derecho del Trabajo: **Joaquín García Murcia**, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. **Javier Thibault Aranda**, Director General de Empleo.
- Serie Seguridad Social: **José M<sup>a</sup> Marín Correa**, Magistrado del Tribunal Supremo. **Amparo de Rus García**, Directora del Gabinete de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.
- Serie Derecho social Internacional y Comunitario: **Luis Enrique de la Villa Gil**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. **Ignacio Niño Pérez**, Director del Gabinete de la Secretaría de Estado de Empleo.
- Serie Economía y Sociología: **Gerardo Meil Landwerlin**, Catedrático de Sociología. Universidad Autónoma de Madrid. **Raquel Peña Trigo**, Vicesecretaria General Técnica.
- Serie Migraciones Internacionales: **Emiliano García Coso**, Decano Asociado Internacional del Centro de Estudios Superiores Sergio Arboleda, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor Agregado de Derecho de la UE. **M<sup>a</sup> Belén Roel de Lara**, Jefa del Gabinete Técnico de la Secretaría General de Inmigración y Emigración.

### COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO

**Maximino Carpio García**, Catedrático de Hacienda Pública. Universidad Autónoma de Madrid.

**María Antonia Castro Arguelles**, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

**Ángel Antonio Blasco Pellicer**, Magistrado del Tribunal Supremo. Sala Cuarta.

**Cristina Gortazar Rotaecbe**, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE.

**Nuria Paulina García Piñeiro**, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

### DIRECTOR

**Pablo Hernández-Lahoz Ortiz**  
Secretario General Técnico

### SUBDIRECTOR

**Francisco Javier Andrés González**  
Subdirector General de Información  
Administrativa y Publicaciones

### SECRETARÍA

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones  
del Ministerio de Empleo y Seguridad Social  
Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid

Tel: 91 363 23 05

Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: [proproeditorial@meyss.es](mailto:proproeditorial@meyss.es)

Internet: <http://www.meyss.es>

La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.

Se permite la reproducción de los textos siempre que se cite su procedencia.

**RET:** 18-2.364

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado  
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>



**Edita y distribuye:**

**Ministerio de Empleo y Seguridad Social**  
**Subdirección General de Información**  
**Administrativa y Publicaciones**

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

**NIPO Papel:** 270-16-002-5

**NIPO Internet:** 270-15-069-X

**ISSN Papel:** 2254-3295

**ISSN Electrónico:** 2254-3511

**Depósito legal:** M-12.168-1998

**Diseño cubierta:** CSP

**Diseño interior:** C & G

**Impreme:** Estilo Estugraf Impresores, S.L. • Telf. 91 808 62 00

# Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

## Seguridad Social

---

### SUMARIO

**EDITORIAL**, *José María Marín Correa*, 9

#### I. ESTUDIOS

Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social.

*Iciar Alzaga Ruiz*, 15

La problemática de la prestación de incapacidad temporal.

*Juan Molins García-Atance*, 41

Riesgo durante la lactancia natural. *M<sup>a</sup> Valvanuz Peña García*, 71

Últimas interpretaciones en torno a la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. *Raquel Poquet Catalá*, 85

Prestación por riesgo durante el embarazo. *José María Rios Mestre*, 107

La prestación por paternidad. *Iñigo Sagardoy de Simón y Pilar Núñez-Cortés Contreras*, 135

Los subsidios de la Seguridad Social en el Derecho de la Unión Europea.

*Andrés Ramón Trillo García*, 157

## II. JURISPRUDENCIA

Recordatorio de Jurisprudencia en materia de Seguridad Social, en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Junio 2016 a febrero 2017.

*M<sup>a</sup> Luz García Paredes*, **191**

## III. DOCUMENTOS

Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, **219**

## IV. BIBLIOGRAFÍA

Sobre «Prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave», **249**

Sobre «Prestaciones en maternidad subrogada», **251**

Sobre «Prestaciones de maternidad y paternidad», **253**

# Journal of the Ministry of Employment and Social Security

Social Security

---

## CONTENTS

**EDITORIAL**, *José María Marín Correa*, **9**

### I. STUDIES

Surrogate pregnancy and Social Security benefits.

*Iciar Alzaga Ruiz*, **15**

The problem of temporary disability benefits.

*Juan Molins García-Atance*, **41**

Risk during breastfeeding. *M<sup>a</sup> Valvanuz Peña García*, **71**

Latest interpretations on economic benefits for the care of minors suffering from cancer or other serious illnesses. *Raquel Poquet Catalá*, **85**

Benefits for risks during pregnancy. *José María Rios Mestre*, **107**

Paternity benefits. *Iñigo Sagardoy de Simón y Pilar Núñez-Cortés Contreras*, **135**

Social Security allowances in the European Union Law.

*Andrés Ramón Trillo García*, **157**

## II. CASE LAW

Summary of Jurisprudence on Social Security, High Court (Fourth Chamber). June 2016 to February 2017.

*M<sup>a</sup> Luz García Paredes*, **191**

## III. DOCUMENTS

Law 6/2017 of 24 October on Urgent Reforms to Autonomous Work, **219**

## IV. REFERENCES

On «Economic benefits for the care of minors suffering from cancer or other serious illnesses», **249**

On «Surrogate Pregnancy benefits», **251**

On «Maternity and Paternity benefits», **253**

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

**Editorial**





**E**ste número de la serie de Seguridad Social de la revista, está dedicado a reflexionar sobre la protección de diversas situaciones que podríamos identificar con el calificativo de «menores», para significar su temporalidad y que la protección dineraria que se les reconoce lo es en forma de subsidio y no de renta. Como desde puntos de vista normativo y socio-económico no era fácil su ordenamiento clasificatorio, los estudios aparecen en atención al orden alfabético de los autores, por su primer apellido. Por otra parte, la profundidad de esos estudios puede equipararse, de manera que ha parecido conveniente utilizar una fórmula objetiva.

La Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, D<sup>a</sup> Iciar Alzaga, se ocupa de la situación protegida identificada como «Maternidad subrogada», y nos ofrece la definición que ella entiende como «negocio jurídico en virtud del cual una mujer se compromete a llevar a cabo la gestación de un embrión mediante técnicas de reproducción asistida, a cambio o no de un precio y asumiendo la obligación de entregar el nacido a otra u otras personas, llamadas comitentes», si bien en nota a pie de página recoge otras, más amplias, en cuanto que introducen las posibles figuras jurídicas de los «comitentes».

Precisamente las cuestiones a dilucidar giran en torno a la protección social de la madre «comitente», aunque, antes se razona que tuvo más transcendencia la contemplación del hijo así nacido, que la de los padres comitentes, para fundar las decisiones positivas e iniciales en orden al reconocimiento de esta filiación, emanadas del TJUE, más tarde contradichas por la Gran Sala al declarar que no ha existido vulneración del art. 8 CEDH, cuando ha sido negada la inscripción en registro civil del menor así nacido, como hijo de los padres comitentes.

Si la ley civil no reconoce esta modalidad de gestación o de paternidad y maternidad, el legislador social no puede proteger la situación. De ahí que la autora abogue por el inicial reconocimiento de tal paternidad/filiación –siempre que no haya contraprestación económica– para que pueda establecerse su protección social.

El Magistrado D. Juan Molins nos proporciona un estudio prácticamente exhaustivo de una de las situaciones más frecuentes en el campo de la protección social, y que tanto relieve tiene en

---

\* Magistrado (j) de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

el ámbito del contrato de trabajo que, como es sabido, ha tenido que ver calificada su involuntaria reiteración como causa objetiva de extinción del contrato de trabajo. La incapacidad temporal, con sus diferentes facetas y causas originarias, su protección y la obligada lucha contra el fraude amparado en ella, son expuestas con claridad y precisión en el estudio.

Particular interés práctico tiene el conjunto de sentencias analizadas en el apartado dedicado precisamente al tema del fraude. Si el autor nos dice que son tan variadas las situaciones y resoluciones que no puede hacerse una exposición sistemática es claro que el fraude ha sido múltiple y diverso.

Inmediatamente antes de este tema se trata el de la compatibilidad de otro trabajo, con la incapacidad temporal relativa a distinta actividad. Hubo un tiempo de rigurosa reacción contra tal dedicación, de la que se dijo que era una deslealtad para con la empresa y para con el sistema protector dificultar la recuperación de la sanidad, pero, hoy, se niega que pueda ser causa de despido dedicarse a una actividad no dificultada por la incapacidad temporal.

La Profesora Asociada Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, en la Universidad Complutense y Juez (suplente) de los Juzgados de lo Social de Madrid, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Valvanuz Peña García se ocupa de la situación que podríamos definir como la necesidad de suspender el trabajo porque su realización genera riesgo para la lactancia natural. Pero sin que cubra todo el tiempo de duración de la lactancia, porque tiene como límite los nueve meses de edad del menor.

Es de atender nuestra evolución legislativa, ocasionalmente obligada para cumplir una Directiva de la Comunidad, pero la realidad es que la protección se proporciona en todos nuestros Regímenes de Seguridad Social, sin que quepa ignorar que la legislación de Prevención de riesgos laborales fue pionera en su contemplación.

Cumplidos los requisitos para su reconocimiento, especialmente el agotamiento de las posibilidades de prestar los servicios en distinto puesto de trabajo, se produce la causa de suspensión del contrato, y la compensación de la merma de los ingresos con el subsidio legal.

La Profesora Asociada de la Universidad Internacional de La Rioja, D<sup>a</sup> Raquel Poquet Catalá se ha ocupado de una protección social que es clara muestra de sensibilidad social para con la persona que aqueja una grave enfermedad y para quienes atienden a quien, por ello, está especialmente necesitado de serlo.

El título del estudio refleja bien la extensión temporal de la protección, porque hay que considerar «menor» a quien, según la legislación civil no ha alcanzado la mayoría de edad, y por ello, se fija en los 18 años la edad del asistido, que origina el derecho a la protección.

Como en otros trabajos, se nos recuerda el origen europeo de la protección, cuyo establecimiento responde al mandato de la Directivas, que la autora menciona. Y, como es habitual, se atiende a la legislación laboral, cuyo beneficio acarrea una disminución de ingresos del trabajador, para fundar la congrua compensación dineraria de la minoración. Doctrinas científica y judicial han ido ajustando los términos de la situación protegida y del subsidio generado, y puede que la declaración judicial más significativa haya sido la que prolonga la protección, aunque no concurra el requisito de hospitalización, si la estancia en el hogar puede ser equiparada en sus exigencias a la hospitalaria. En orden a su inicio, su contenido laboral, etc. es homologable a protecciones similares, como, por ejemplo, en la obligación del trabajador beneficiario de comunicar al empresario su voluntad de recuperar la jornada ordinaria, al menos con quince días de antelación.

D. José María Rios Mestre, Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Politécnica de Cartagena y Abogado en ejercicio, se ocupa de una situación que, por ley natural, es anterior a las hasta hora contempladas, cual es el embarazo. Estado que, si bien responde a una facultad biológica natural de la mujer, sin embargo puede verse afectada por la situación y actividad laborales de la embarazada. El Profesor Rios inicia su exposición con una breve noticia de la Directiva europea cumplida mediante el establecimiento de esta protección, iniciada en España en el año 1999, y actualmente regida por las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo.

La novedad más importante consiste en calificar la situación como riesgo laboral, no común, de modo que su protección sea encomendada a la entidad (INSS o Mutua) que asegure el riesgo profesional. Riesgo originado por la incidencia de la actividad laboral de la gestante, cualesquiera que sean las circunstancias en que se desarrolle (horario nocturno, puesto, funciones, etc.), en el progreso de la gestación. Se puede señalar una triple fuente normativa, el riesgo vendrá calificado por la legislación de prevención de los laborales, la suspensión del contrato, por la legislación sustantiva laboral (el ET), y la compensación económica de la disminución de ingresos causada por la suspensión, será regulada por la normativa propia de la Seguridad Social. Pero con una amplia posibilidad de calificar la situación que puede alcanzar a quien ya ha padecido abortos espontáneos ajenos a sus circunstancias laborales. Es condición agotar las posibilidades de que la mujer gestante pueda mantener su actividad laboral, con las modificaciones precisas.

La prestación dineraria consiste en un subsidio, cuyo itinerario, desde la solicitud a la extinción, viene muy claramente expuesto, con la necesaria atención a los supuestos de actividad laboral múltiple de la gestante.

De la situación «paternidad» y de su protección en nuestro ordenamiento, se han ocupado el Abogado y Profesor Titular de la Universidad Francisco de Vitoria D. Iñigo Sagardoy Simón y la Profesora en la Universidad Loyola Andalucía, D<sup>a</sup> Pilar Contreras y Nuñez-Cortés, a quienes, juntamente con la Profesora Poquet Catalá, recibimos muy cordialmente como nuevos colaboradores en esta serie de la Revista. De los tres es de esperar que se asomen otras veces a nuestras páginas, para que haya una honra en sincera reciprocidad.

Como en tantas ocasiones, fue la Europa Comunitaria, la pionera en reflexionar sobre esta situación «paternidad» y recomendar su protección. Se nos recuerda como desde el Consejo, en 29 de junio del 2000, se alienta a los Estados miembros a reconocer a los hombres trabajadores un permiso de paternidad, diferente, como es lógico, del permiso por maternidad y también del permiso parental. Dos Directivas, (2002/73 y 2006/54) aunque no dan el paso de declarar obligatorio el establecimiento de tales situación y protección, sí, entre otras decisiones, recuerdan que el disfrute de un permiso por paternidad no puede minorar los derechos laborales de quien lo obtiene, criterio que los autores ven seguido de modo eficaz por el ordenamiento español.

La evolución legislativa en España y su decisiva diferenciación con la protección de la madre, son expuestas con meridiana claridad, para ofrecernos después todo el itinerario laboral y protector derivado del nacimiento de un hijo para el progenitor varón. Al tratar de la titularidad del derecho abogan decididamente, con razones muy valiosas, porque la madre pueda subrogarse en los supuestos de muerte del padre o de ser única progenitora capaz de disfrutar del permiso. También se detienen en la determinación de la cuantía del subsidio, cuando las circunstancias laborales del titular no son las normales (disminución de jornada; tiempo parcial, etc.).

Particular relieve hay que reconocer al estudio de la incidencia de la incapacidad temporal sobre el subsidio, y la utilidad de la enunciación de los 8 (o 9) documentos a presentar con la solicitud. Corona el estudio la comparación, de evidente valor sociológico, de las consecuencias protectoras reconocidas a esta situación, con las merecidas por la maternidad.

Al inicio de este editorial se informaba de que uno de los criterios para la identificación de las situaciones protegidas, objeto del presente número de la revista, consistía en que la protección dineraria asumía la forma de subsidio y no de renta. De ahí la oportunidad del estudio del Letrado de la Administración de la Seguridad Social, D. Andrés Ramón Trillo García, que, por razones del orden alfabético de su apellido, viene a completar los estudios del aludido y presente número de la revista. Como es lógico amplía en forma continuada, lo que en otros trabajos se nos ha dicho en torno al origen europeo de alguna de las situaciones protegidas en nuestro Sistema, y así se mencionan Reglamentos y Directivas que ya han sido aludidos anteriormente.

Merece especial atención el apartado dedicado por el Sr. Trillo a los subsidios por defunción, ya que no son objeto de estudio específico en los restantes trabajos. Y es significativo que la Comunidad excluya de este concepto a cantidades que no respondan al hecho concreto del fallecimiento, de manera que no son posibles liquidaciones de mejoras retroactivas o revalorizaciones de la pensión de invalidez, en su caso, si esta protección era disfrutada por el fallecido. Cita el autor expresamente nuestra indemnización a tanto alzado, aunque podría también incluirse los tradicionales «gastos de sepelio».

Su tratamiento de otras situaciones protegidas, la maternidad, tanto biológica como por acogimiento o adopción y la estancia previa a éstas, la paternidad, etc, amplían la base europea que se nos ofrece en los estudios dedicados a estas situaciones. Y, aunque en el trabajo sea anterior, me refiero aquí a la incapacidad temporal, tanto propia, como de otro sujeto que precise especial cuidado y atención, que es la primera situación estudiada, y en que se tiene como incluida la merecida por quien asiste a un menor aquejado de cáncer o de otra grave enfermedad.

Un número más de esta serie en que se incluye el siempre útil repertorio de Jurisprudencia, que agradecemos sinceramente a la Magistrada Sra. García Paredes; número que asimismo cuenta con la Documentación y Bibliografía que se ha entendido relacionada con los estudios, y las novedades normativas más relevantes.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

## I. Estudios



# Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social

# Surrogate pregnancy and Social Security benefits

ICÍAR ALZAGA RUIZ\*

## 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La maternidad subrogada, denominada también gestación por sustitución, maternidad por sustitución o, en expresiones peyorativas «vientre de alquiler» o «útero de alquiler», puede definirse como un negocio jurídico en virtud del cual una mujer se compromete a llevar a cabo la gestación de un embrión mediante técnicas de reproducción asistida, a cambio o no de un precio y asumiendo la obligación de entregar el nacido a otra u otras personas, llamadas comitentes<sup>1</sup>. La mujer, que acepta quedarse embara-

zada, es conocida como madre gestante, sustituta o madre de alquiler, siendo estas últimas acepciones poco respetuosas con la dignidad de la persona. La madre gestante se compromete mediante contrato a renunciar a cualquier derecho derivado de la maternidad; y, el nacido se adscribe como propio de la persona o personas con las que ha contratado. Por su parte, los padres subrogantes o intencionales son aquellos que desean tener un hijo y recurren a una mujer para que lleve a cabo la gestación. Los motivos por los que una persona o una pareja –heterosexual u homosexual–, casada o no recurren a esta técnica reproductiva

\* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

<sup>1</sup> Es definido también como «aquella situación en la que una mujer lleva a cabo una gestación mediante técnicas asistidas (pudiendo o no aportar sus óvulos), asumiendo la obligación de entregar de forma onerosa o lucrativa, al nacido a otro u otros contratantes, que pueden ser personas individuales, parejas de hecho o matrimonios homosexuales o heterosexuales, quienes a su vez pueden haber proporcionado o no sus gametos», 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*, nº 2, 2017, pág.

154; o, también como «un fenómeno que consiste en acudir a una tercera mujer para que geste un hijo, normalmente a través de un contrato denominado contrato de gestación», GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «El derecho a las prestaciones por maternidad en los supuestos de maternidad subrogada o gestación por sustitución», en AA.VV.: *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Prof. José Ignacio García Ninet*, Atelier, Barcelona, 2017, pág. 657; o, así mismo, como «madres que en virtud de un convenio de gestión por sustitución alumbran a un hijo o hijos para ser entregados a otra persona o familia que asuma la condición materna/paterna», en LÓPEZ INSÚA, B. M.: «Maternidad subrogada y protección del menor desde una perspectiva integradora: El derecho laboral de nuevo a examen», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2017, pág. 168.



son diversas. Confluyen razones tales como la orientación sexual, la esterilidad, la duración de los procesos de adopción o las dificultades para llevarlos a cabo. Es una realidad social, fruto de las nuevas técnicas de reproducción asistida ante las que cada Estado da una respuesta diferente en base a variables jurídicas y también éticas y morales<sup>2</sup>.

La mujer gestante puede aportar sus propios óvulos, fecundados con los espermatozoides de un donante o del comitente o puede ceder su útero para gestar un óvulo ya fecundado con material genético o no de los padres intencionales. En consecuencia, es indiferente cuando hablamos de gestación subrogada que exista o no un vínculo genético entre los padres subrogantes y el embrión de la mujer gestante.

Nuestro ordenamiento jurídico prohíbe expresamente la gestación subrogada. El art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida, considera «nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero». Dispone así mismo que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto», quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. Por su parte, el art. 220 CP tipifica como delito sancionable con penas de prisión de seis meses a dos años, las siguientes conductas dolosas: a) La suposición de un parto; y, b) La entrega de un hijo a un tercero para alterar o modificar su filiación y el art. 221 CP establece para estos supuestos una sanción de pena de prisión de uno a cinco años y la inhabilitación para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por un período de cuatro a diez años<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> OLARTE ENCABO, S.: «La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial? A propósito de la STSJ País Vasco (social) de 13 de mayo de 2014», *RDSS*, nº 2, 2015, pág. 129.

<sup>3</sup> La sanción se agrava cuando en la entrega del hijo medie una compensación económica y se eludan los procedimien-

La prohibición contenida en los artículos 10 de la Ley 14/2006, 220 CP y 221 CP ha traído consigo que determinadas personas acudan a la maternidad subrogada y se desplacen para ello a países en los que está permitida y en los que la filiación se atribuye a los padres comitentes. Recurren a esta vía con la esperanza de que posteriormente esa filiación sea reconocida por nuestro país. Pero el interés de los padres intencionales no se centra exclusivamente en lograr el reconocimiento de la filiación del hijo nacido por esta vía, sino que se extiende también a otros ámbitos<sup>4</sup>. El nacimiento de un hijo por esta técnica reproductiva despliega efectos en el ámbito alimenticio, sucesorio y también de la Seguridad Social, al pretender el reconocimiento de las prestaciones de maternidad<sup>5</sup>.

En el presente estudio, abordaremos los pronunciamientos de nuestros tribunales —en especial, del Tribunal Supremo, así como las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos—, con el objeto de concretar si cabe o no el reconocimiento de dichas prestaciones, así como, en su caso, los requisitos exigidos para el reconocimiento de la filiación y las prestaciones de Seguridad Social.

tos legales de la guarda, el acogimiento o la adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de la filiación. El art. 221 CP es aplicable no solo a quien entrega el recién nacido, sino también a quienes lo reciben o median en la transacción. En extenso, ARAGÓN GÓMEZ, C.: «La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad», *Revista Información Laboral*, nº 4, 2017, pág. 25, quien escribe con acierto lo siguiente: «aunque es posible que la intención del legislador no fuera criminalizar la maternidad subrogada, la literalidad del art. 221 CP le alcanza de lleno: el legislador tipifica como delito la entrega de un menor mediante una compensación económica, eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción y con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación».

<sup>4</sup> 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», *cit.*, pág. 154.

<sup>5</sup> MORENO PUEYO, M. J.: «Maternidad subrogada y prestación de maternidad», *RMESS*, nº 116, 2015, págs. 114 y ss.

## 2. LA DOCTRINA REGISTRAL CIVIL EN MATERIA DE GESTACIÓN SUBROGADA Y SU INFLUENCIA EN EL ORDEN SOCIAL

### 2.1. La Dirección General de Registros y Notariado

Fue en el ámbito civil donde se dieron los primeros pasos para el reconocimiento de efectos jurídicos a la maternidad subrogada. La Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), de 18 de febrero, de 2009, permitió la inscripción registral en nuestro país de dos niños nacidos en San Diego (California) mediante esta técnica reproductiva<sup>6</sup>. El encargado del Registro Consular de los Ángeles había denegado la inscripción del nacimiento de esos niños, cuando los padres comitentes, dos varones unidos en matrimonio, la solicitaron. La denegación se basó en lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 14/2006, que prohíbe expresamente la gestación por sustitución. Los padres comitentes interpusieron recurso ante la DGRN<sup>7</sup>, que por medio de esta resolución estima el mismo y ordena practicar la inscripción de la filiación a favor de los solicitantes, al considerar que no es contraria al orden público y que debe entenderse que permitir la filiación a favor de dos varones en los supuestos de adopción y filiación natural a favor de dos mujeres, pero no hacerlo a favor de dos varones, constituiría un supuesto de discriminación por razón de sexo<sup>8</sup>. En fin, se invoca el interés del menor, para justificar su inscripción en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 3 de

la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989<sup>9</sup>.

Esta resolución de la DGRN fue impugnada por el Ministerio Fiscal, que recaló que en la mayoría de los países de la Unión Europea está prohibida la maternidad subrogada y que esta práctica vulnera lo dispuesto en los arts. 10.1, 14 y 15 CE<sup>10</sup>. Recuerda también que el art. 1271 CC establece que podrán ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres y el art. 1275 CC establece la nulidad de los contratos con causa ilícita, no pudiendo la vida humana ser objeto de contrato alguno<sup>11</sup>.

La demanda fue estimada por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, dejando sin efecto la inscripción practicada<sup>12</sup>. La DGRN se vio obligada a dictar una nueva instrucción y así lo hizo con fecha de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>13</sup>. Exigió, a partir de

<sup>9</sup> Sobre el interés del menor, cfr. el excelente estudio de HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Madrid, 2004.

<sup>10</sup> RUBIO TORRANO, E.: «Inscripción como hijos de un matrimonio de varones nacidos mediante gestación por sustitución», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil Mercantil*, nº 9, 2011, págs. 11 y ss.

<sup>11</sup> La doctrina científica civilista e internacionalista han sido tradicionalmente contrarias a la legalización de la maternidad subrogada. Entre otros, cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Hijos made in California», *Aranzadi Civil/Mercantil*, nº 3, 2009; RUIZ SUTIL, C.: «Las filiaciones de complacencia en los derechos de extranjería y nacionalidad», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 24, 2010; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Filiación, adopción, alimentos y sucesiones*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012 y LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», *Cuadernos de Bioética*, vol. 23, nº 78, 2012.

<sup>12</sup> Proc. 188/2010.

<sup>13</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho Transaccional*, vol. 3, nº 1, 2011, págs. 247 y ss.

<sup>6</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», *Cuadernos de Derecho Transaccional*, nº 2, 2009, págs. 294 y ss.

<sup>7</sup> No presentando alegación alguna el Ministerio Fiscal.

<sup>8</sup> PÉREZ MONGE, M.: «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad», *Revista de Derecho Privado*, nº 94, 2010, págs. 41 y ss.

ese momento, una resolución judicial como elemento necesario para el acceso al Registro de la inscripción registral extranjera. Es en la resolución judicial en la que se ordena la expedición de un certificado de nacimiento en el que se declara la filiación del menor respecto de los padres comitentes y sin que conste información alguna de la madre gestante. Se pretende excluir con ello aquellos supuestos procedentes de países en los que no es preceptivo el control judicial del contrato de gestación subrogada para que la filiación acceda al registro extranjero<sup>14</sup>. Se persigue la protección jurídica del interés del menor y de las mujeres que se prestan voluntariamente a gestar el embrión y evitar el tráfico internacional de menores. En definitiva, se pretende constatar la autenticidad de la resolución extranjera presentada, que se respeten los derechos procesales de las partes, que no se vulneren ni el interés superior del menor, ni los derechos de la madre gestante y, en fin, la firmeza de la resolución judicial<sup>15</sup>.

Los padres comitentes interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial de Valencia confirmó la sentencia de instancia, recordó la prohibición legal en nuestro país de la gestación subrogada y que el interés superior del menor no puede lograrse vulnerando la ley y más aún en un supuesto en el que la legislación nacional ofrece vías alternativas para la inscripción de la filiación de los menores a favor de padres internacionales, como son la adopción o la determinación de la filiación a favor del padre biológico<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> GUZMÁN ZAPATER, M.: «El acceso al registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución», *Notario*, 2010, págs. 51 y ss. y de la misma autora, «Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la institución DGRN de 5 de octubre de 2010)», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 10, 2010, págs. 731 y ss.

<sup>15</sup> Instrucción de la Dirección General de Registro y Notariado de 5 de octubre de 2010.

<sup>16</sup> Art. 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida.

## 2.2. La postura del Tribunal Supremo

Interpuesto recurso ante el Tribunal Supremo, el alto Tribunal, en sentencia de 6 de febrero de 2014<sup>17</sup>, confirma la sentencia de la Audiencia Provincial y recuerda que el hecho inscrito debe ajustarse a la legalidad española y que el interés del menor no puede justificar la vulneración o inaplicación de normas legales<sup>18</sup>. En concreto, los argumentos del Tribunal Supremo son los siguientes: a) El control en que consiste el reconocimiento del título extranjero se extiende a que dicha certificación sea regular y auténtica, de manera que el asiento que certifica tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española; b) La posibilidad de elegir respuestas jurídicas en diferentes Estados tiene límites: el respeto al orden público, entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantiza-

<sup>17</sup> Ar. 833. Cfr. igualmente el auto de 2 de febrero de 2015. La sentencia y el auto, acompañados de un voto particular suscrito por cuatro magistrados, rechazan la inscripción como hijos biológicos de los padres intencionales a los nacidos en otro Estado donde se ha llevado a cabo la gestación por subrogación, práctica prohibida en nuestro país.

<sup>18</sup> Comenta esta sentencia, entre otros, SELMA PENALVA, A.: «Nuevas posiciones en torno a la maternidad subrogada», *REDT*, nº 172, 2012, págs. 295 y ss., quien se pregunta lo siguiente: «Pero se producirá además otro inconveniente práctico todavía pendiente de respuesta: ¿qué ocurre si, para lograr el acceso al registro civil español, utilizando las técnicas expuestas, transcurre un período largo de tiempo? Y es que la normativa laboral considera que el período de suspensión del contrato por maternidad debe disfrutarse dentro de un período de tiempo muy concreto a contar bien desde el nacimiento o la fecha prevista de parto, bien desde que recaiga la resolución administrativa de adopción, pero ¿qué ocurrirá cuando transcurran más de 16 semanas entre la fecha del nacimiento del hijo o hijos y la fecha en la que se logre la inscripción en el Registro Civil español? ¿Perderán estos sujetos, pese a haber trabajado o cotizado en España el derecho a disfrutar de una prestación por maternidad? O lo que es más importante, ¿perderán los hijos así nacidos oportunidades de estar al cuidado de sus progenitores, por no poder éstos beneficiarse de la misma protección que el ordenamiento laboral reconoce ante cualquier otra situación de nacimiento de hijo, solo por las particulares condiciones que rodearon la gestación?». Cfr. también el interesante estudio de MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y DE CASTRO MEJUTO, S. J.: «¿Mater semper certa est? La maternidad subrogada como situación generadora de los derechos laborales. Pautas de urgencia para la solución de un intrincado litigio», *RGDTySS*, nº 40, 2015.

dos en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, así como los valores y principios que encarnan; c) Las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>19</sup>, el derecho a contraer matrimonio<sup>20</sup>, el derecho a la intimidad familiar<sup>21</sup> y la protección de la familia –de los hijos y de las madres, cualquiera que sea su estado civil<sup>22</sup>– integran el orden público, que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras y, en consecuencia, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes según uno u otro ordenamiento jurídico; d) Además del hecho biológico existen otros vínculos, como la adopción o el consentimiento a la fecundación con contribución de donante, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación. La filiación puede quedar también legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo. Pero junto a ello, en la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores al nuestro, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño y mercantilicen la gestación y la filiación, «cosificando» a la mujer gestante y al niño, al permitir a intermediarios realizar negocio con ellos; e) Las normas aplicables a la gestación por sustitución y, en concreto, la prohibición contenida en el art. 10 de la Ley 14/2006, integran el orden público internacional español; f) La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en ella. Pueden concu-

rrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación, tales como el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante o evitar la mercantilización de la gestación y de la filiación; g) En fin, denegar la inscripción de la filiación a favor de dos varones no resulta discriminatorio, en la medida en que el art. 7.3 de la Ley 14/2006, la permite respecto de dos mujeres. El motivo de la denegación se basa, en el presente supuesto, en que la filiación deriva de un contrato considerado nulo por nuestra legislación. La solución hubiese sido la misma si se hubiese tratado de una pareja heterosexual, de una pareja formada por dos mujeres o de una persona sola.

En definitiva, el Tribunal Supremo entiende que el encargado del Registro Civil debe comprobar que la certificación registral extranjera respeta el orden público internacional español<sup>23</sup>. Y, en la medida en que nuestro ordenamiento prohíbe que los avances de las técnicas de reproducción asistida vulneren la dignidad e integridad de mujeres y niños y mercantilicen la gestación o exploten a las mujeres jóvenes en situación de necesidad, la decisión de la autoridad registral extranjera, al vulnerar lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 14/2006, resulta contraria al orden público. Nuestro ordenamiento jurídico prevé otras fórmulas para proteger a los menores.

### 2.3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La problemática de la filiación de los menores nacidos a través de la gestación subrogada ha dado lugar a varios pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En los Asuntos *Menesson c. Francia*<sup>24</sup> y *Labasse c. Francia*<sup>25</sup>, de 26 de junio de 2014, se plantea idéntica cuestión: un matrimonio fran-

<sup>19</sup> Art. 10.1 CE.

<sup>20</sup> Art. 32 CE.

<sup>21</sup> Art. 18.1 CE.

<sup>22</sup> Art. 39 CE.

<sup>23</sup> GARCÍA ABURUZA, M. P.: «A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada», *RAD*, nº 8, 2015, págs. 97 y ss.

<sup>24</sup> Asunto núm. 65192/11.

<sup>25</sup> Asunto núm. 65941/11.

cés recurre a la maternidad por sustitución en Estados Unidos, con un embrión proveniente de un ovocito de madre anónima y unos gametos de padre francés. Las autoridades francesas deniegan la inscripción de los menores nacidos al entenderla contraria al ordenamiento público francés. Los padres intencionales invocan vulneración del art. 8 CEDH<sup>26</sup>. El Tribunal entiende que los Estados disponen de un amplio margen para prohibir o no la gestación por sustitución por cuestiones morales o éticas, pero que debe justificarse especialmente cuando estamos ante cuestiones de filiación<sup>27</sup>. Distíngue así el caso de los padres intencionales, del de los menores afectados, donde sí se produce violación del derecho al respeto de la vida familiar, en la medida en que el respeto a la vida privada implica el que cada individuo pueda establecer una identidad como ser humano. La negativa de las autoridades francesas situaría al menor en una situación de incertidumbre jurídica respecto de la filiación y de la posibilidad de obtener la nacionalidad francesa<sup>28</sup>. En consecuencia, debe valorarse el interés superior del menor al examinar el alcance de los efectos del no reconocimiento de la filiación en los casos de maternidad subrogada, al estar en juego no solo intereses de los padres comitentes, sino también del menor<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> El art. 8 CEDH dispone que: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

<sup>27</sup> HIERRO HIERRO, F.J.: «Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social», *REDT*, nº 190, 2016, págs. 202 y ss.

<sup>28</sup> Sentencias comentadas por, entre otros, FLORES RODRÍGUEZ, J.: «Vientres de alquiler: Más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso núm. 65192/11», *La Ley*, nº 8363, 2014 y VELA SÁNCHEZ, A. J.: «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución pueden ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014», *La Ley*, nº 8415, 2014.

<sup>29</sup> En extenso, cfr. el excelente estudio de CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Gestación por sustitución y

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos vuelve a pronunciarse sobre esta cuestión en el Asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, de 27 de enero de 2015<sup>30</sup>. El supuesto de hecho es el siguiente: una pareja italiana suscribió un contrato de gestación subrogada en Rusia. El nacido fue registrado como hijo de los padres comitentes de acuerdo con lo dispuesto en la legislación rusa. Posteriormente, las autoridades italianas denegaron la inscripción en el registro del certificado de nacimiento expedido en Rusia y los padres comitentes fueron imputados, acusados de los delitos de alteración del estado civil, falsedad y violación de la legislación sobre adopción de menores. El menor fue asignado a otra familia y no se informó del lugar en el que residían a los padres comitentes para evitar cualquier contacto con el niño. Hasta dos años después, el menor no recibió una identidad<sup>31</sup>. El Tribunal estima el recurso y considera vulnerado el art. 8 CEDH al entender que las autoridades italianas no ponderaron adecuadamente los intereses en juego. En concreto, considera que «el orden público no puede entenderse como una carta en blanco para cualquier medida, porque la obligación de tener en cuenta el interés superior del menor corresponde al Estado independientemente de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo». La retirada del menor constituye una medida extrema, a la que solo se ha de acudir como último recurso y critica que el menor permaneciera más de dos años sin identidad y enfatiza que el hecho de haber

Derecho Internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2, 2015, págs. 45 y ss.

<sup>30</sup> Núm. 25358/12.

<sup>31</sup> Comenta esta sentencia 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», *CEF Trabajo y Seguridad Social*, nº 399, 2016, págs. 195 y ss. Y también se refiere en detalle a esta sentencia en «El TEDH da «cheques en blanco» a los padres intencionales: Es legítimo que el Estado evite la maternidad subrogada de facto», *CEF Trabajo y Seguridad Social*, nº 408, 2017, págs. 121 y ss., donde considera que «la gran enseñanza de la sentencia *Paradiso* es que el interés del menor no es un cheque en blanco –tampoco a cargo de la Seguridad Social–, en consecuencia, no tiene una única dirección».

nacido mediante gestación subrogada no debe suponer una desventaja para el menor en materia de ciudadanía o identidad.

Por su parte, los Asuntos *Foulon y Bouvet* c. Francia, de 21 de julio de 2016<sup>32</sup>, resuelven sobre la negativa de las autoridades francesas de inscribir el certificado de nacimiento expedido en India, tras la suscripción de contratos de gestación subrogada. Alegan los padres comitentes vulneración de lo dispuesto en el art. 8 CEDH. El Tribunal, en línea de lo mantenido hasta la fecha, estima el recurso y considera que se ha producido la vulneración alegada.

En fin, el Asunto *Laborie* c. Francia, de 19 de enero de 2017<sup>33</sup>, aborda la negativa de las autoridades francesas a inscribir el nacimiento de un menor nacido en Ucrania. El Tribunal recuerda la doctrina sentada en los Asuntos citados y concluye que: «no ha existido vulneración del derecho al respeto de la vida privada de los demandantes pero sí del derecho al respeto de la vida privada de los menores».

Recientemente y en virtud de lo dispuesto en el art. 43 CEDH, el Gobierno italiano solicitó la remisión del Asunto *Paradiso y Campanelli* c. Italia a la Gran Sala. Por once votos a seis, la Gran Sala del TEDH considera que no ha existido vulneración del art. 8 CEDH, puesto que las medidas adoptadas por las autoridades italianas eran necesarias ante la ilegalidad de la conducta de los padres comitentes y la conveniencia de adoptar medidas urgentes respecto del menor en situación de abandono de acuerdo con lo establecido en la legislación italiana sobre adopción y acogimiento. En consecuencia al valorar los intereses en juego, han de entenderse suficientes y proporcionadas las medidas adoptadas por las autoridades italianas. Debe darse un peso mayor al interés general que al de los demandantes, sin olvidar que una solución en sentido

contrario implicaría legalizar una situación creada, que vulnera el ordenamiento jurídico italiano<sup>34</sup>.

### 3. LAS CONSECUENCIAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL: LA CONCESIÓN DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD

#### 3.1. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entrado a conocer de esta cuestión en dos sentencias de fecha 18 de marzo de 2014<sup>35</sup>.

En la primera –Asunto C-167/12–, el Tribunal examina la cuestión prejudicial planteada por Reino Unido en relación a los siguientes hechos: La demandante, trabajadora de un hospital, celebró conforme a la Ley de 2008 sobre fecundación y embriología humana, un convenio de gestación por sustitución. El hombre, que forma pareja con ella, facilitó el esperma. El óvulo no era de ella. La demandante solicitó permiso retribuido a su empleador, siéndole denegado. Tras el nacimiento del menor, la demandante comenzó a prestarle cuidados maternos y lo amamantó durante tres meses. La demandante y su pareja solicitaron al tribunal competente la atribución de la patria potestad y les fue atribuida por resolución de 19 de diciembre de 2011<sup>36</sup>. Dos

<sup>34</sup> CORDERO GORDILLO, V.: «Gestación por sustitución y prestación por maternidad», *REDT*, nº 196, 2017, pág. 240.

<sup>35</sup> Asuntos C-167/12 y C-363/12. Comenta esta sentencia HIERRO HIERRO, J., en su excelente trabajo: «Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: La jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada», *RMESS*, nº 127, 2017, págs. 135 y ss.

<sup>36</sup> La legislación británica otorga la patria potestad a los padres intencionales siempre que se cumplan determinadas condiciones, a saber, que los solicitantes sean marido y mujer o mantengan una relación análoga y que se hayan utilizado los gametos de al menos uno de los padres comitentes. En este supuesto, se cumplieron estos requisitos, por lo que el Tribunal competente les otorgó la patria potestad plena y permanente sobre el menor nacido por gestación subrogada.

<sup>32</sup> Núms. 9063/14 y 10410/14.

<sup>33</sup> Núm. 44024/13.

son las cuestiones que se planteaban: a) Si de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, la madre subrogante tiene derecho a la prestación por maternidad. Se pregunta también si existe tal derecho en el supuesto de que la madre subrogante pueda amantar al recién nacido y lo hace efectivamente; y, b) Si la negativa a la concesión de la prestación por maternidad es contraria a lo dispuesto en el art. 14 de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, precepto que prohíbe toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo.

El TJUE entiende que el permiso de maternidad recogido en la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre, tiene por objeto, por una parte la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste y, por otra, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo, evitando que la acumulación de cargas, que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional, perturbe dichas relaciones. A continuación, recuerda que la demandante no estuvo en ningún momento embarazada.

Señala que la Directiva no excluye la facultad de los Estados para aplicar o instaurar disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables para la protección de la seguridad y salud de las madres subrogantes que hayan tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución. Pero considera también que, en virtud de lo dispuesto en la Directiva 92/85/CEE del Consejo<sup>37</sup>, los Estados miembros no están obliga-

dos a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora en su calidad de madre subrogante, que haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando pueda amamantar a ese niño o lo amamante efectivamente. En fin, aclara que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, no constituye una discriminación por razón de sexo, contraria al artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación<sup>38</sup>.

Por su parte, la STJUE C-363/12<sup>39</sup> resuelve una cuestión prejudicial planteada por Irlanda en relación al siguiente supuesto: La demandante trabaja como profesora de educación secundaria en una escuela municipal. Su marido y ella decidieron celebrar un contrato de gestación subrogada, ya que ella no tiene útero. Se llevó a cabo la fecundación *in vitro* en Irlanda y la transferencia de óvulos a la madre gestante en California. Nació una niña en California, hija genética de la demandante y su marido. En California se les considera padres de la niña y no consta la identidad de la madre gestante. El órgano jurisdiccional presenta varias cuestiones prejudiciales en relación a la posible violación de los arts. 4 y 14 de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo

<sup>38</sup> En extenso, TAPIA HERMIDA, A.: «En torno a la discriminación en la concesión de permisos por maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución. Comentario a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014 –asuntos C-167/12 y C-363/12», *CEF Trabajo y Seguridad Social*, nº 374, 2014, págs. 134 y ss. y MORENO PUEYO, M. J.: «Maternidad subrogada y prestación de maternidad», *RMESS*, nº 116, 2015, págs. 35 y ss.

<sup>39</sup> De 18 de marzo de 2014.

<sup>37</sup> Y más en concreto, el art. 8 de la citada Directiva.

y ocupación y la interpretación que cabe hacer del art. 3 de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en el sentido de si puede considerarse o no que existe trato discriminatorio cuando una trabajadora, que sufre una discapacidad que le impide tener descendencia, ve denegado el derecho a la prestación por maternidad por acudir a la gestación subrogada<sup>40</sup>. Las cuestiones planteadas recibieron una respuesta negativa por parte del TJUE. Veamos en qué términos.

El TJUE entiende que no existe discriminación directa por razón de sexo ya que un hombre que fuera padre de un niño mediante un convenio de gestación por sustitución sería tratado de la misma forma que una madre subrogante. Tampoco existe –añade– discriminación indirecta, ya que no hay dato alguno que permita afirmar que la denegación de la concesión del permiso perjudica especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores. En fin, no se produce un trato menos favorable, ligado al embarazo, respecto a las trabajadoras embarazadas ya que la madre subrogante no ha estado embarazada. La Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en particular sus arts. 4 y 14, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante, que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución<sup>41</sup>. La Directiva 2000/78/CE, del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión

de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante, que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución.

La doctrina del Tribunal de Justicia puede resumirse en los siguientes términos: la gestación por subrogación no está incluida en la normativa europea de protección de la maternidad; o dicho en otros términos, el derecho a la prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución, no encuentra fundamento en el Derecho de la Unión Europea. En consecuencia, los Estados no están obligados a regular una prestación por maternidad en estos supuestos. Cuestión distinta es que mejoren los mínimos contenidos en la normativa europea y opten voluntariamente por conceder dicha prestación.

### 3.2. La doctrina del Tribunal Supremo

La prohibición de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico español ha provocado que las personas que desean ser padres con esta técnica reproductiva acudan a países en donde sí está permitida. Ello ha planteado diversos problemas jurídicos en relación a la concesión de la prestación por maternidad, ante la expresa prohibición de nuestro ordenamiento jurídico y el silencio del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley General de la Seguridad Social<sup>42</sup>. Recordemos que el art. 48 ET está pensado para los supuestos de maternidad biológica: señala que la suspensión del contrato de trabajo se disfrutará «en el supuesto de parto» durante dieciséis semanas

<sup>40</sup> 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», *REDT*, nº 180, 2015, págs. 241 y ss.

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: «La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho de igualdad en el empleo (I y II)», *Trabajo y Derecho*, nº 3 y 4, 2015, págs. 96 y 94 y ss. respectivamente.

<sup>42</sup> Ante la ausencia de regulación de la prestación por maternidad en esos supuestos, caben varias interpretaciones: *a)* El listado de situaciones protegidas tiene carácter cerrado y rechaza la maternidad por sustitución; *b)* La maternidad subrogada es una variante de la genérica, por lo que ha de subsumirse en ella; *c)* Por analogía, cabe asimilar el supuesto de maternidad subrogada al de acogimiento; o, *d)* En fin, estamos ante una Ley contraria a la Constitución puesto que discrimina por razón de género a determinadas personas que desean acceder a la paternidad.



ininterrumpidas, ampliables en caso de parto múltiple en dos semanas por cada hijo a partir del segundo, distribuyéndose «a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto». Contempla también la posibilidad de que el padre pueda disfrutar de la suspensión «en caso de fallecimiento de la madre [...]»<sup>43</sup>. Por su parte y con la finalidad de compensar la pérdida temporal de salario, los arts. 177 y ss. LGSS reconocen un subsidio económico del 100 por 100 de la base reguladora tomada en consideración para calcular el subsidio de incapacidad temporal por contingencias comunes, siempre y cuando se acrediten los períodos de carencia exigidos. En concreto, se establece como situaciones protegidas<sup>44</sup> la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar<sup>45</sup>. La maternidad por sustitución no es un supuesto de parto, ni de adopción, ni de guarda con fines de adopción, ni de acogimiento. Por esta razón las empresas han denegado permisos y excedencias en estos casos.

En esta línea, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) ha optado también por denegar las solicitudes presentadas en base a la ilegalidad de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico. No la considera comprendida en ninguno de los supuestos protegidos previstos en la Ley General de la Seguridad Social, al tiempo que entiende que no estamos ante una situación de vacío legal, al tratarse de una técnica re-

productiva expresamente prohibida por nuestro ordenamiento jurídico.

Interpuestos recursos ante nuestros Tribunales, estos han mantenido una posición oscilante. Los argumentos a favor de la concesión de la prestación por maternidad –postura mayoritaria– son, en esencia, los siguientes: a) Cabe entender que la finalidad de la prestación por maternidad no es solo la recuperación y descanso de la madre, sino también la atención y el cuidado del menor. Este es un elemento esencial y así se deduce del hecho de que se reconozca la prestación también en los supuestos en que no haya parto, así como que pueda ser beneficiario el padre, para que los Tribunales consideren que estamos ante una situación equiparable o análoga a la adopción y al acogimiento<sup>46</sup>. En los supuestos de maternidad biológica dos son los bienes jurídicos protegidos: la recuperación de la madre que ha dado a luz y la protección del recién nacido. En los supuestos de adopción y acogimiento solo está presente el segundo de los bienes jurídicos apuntados<sup>47</sup>. Los tribunales reconducen la argumentación a las situaciones en las que solo la protección

<sup>46</sup> Entre otras, SSTSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012 (Ar. 2503), 23 de diciembre de 2014 (Ar. 406/2015), 17 de julio de 2015 (Ar. 202928) y 31 de marzo de 2016 (Ar. 117188) y STSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012 (Ar. 2485) y STSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2015 (Ar. 2019), pronunciamiento en el que se explica que: «la analogía con la situación del padre adoptivo es posible, al menos en términos similares a la analogía que ha empleado la sentencia de instancia pues en ambos casos desaparece la coparticipación en la titularidad del derecho, bien porque el adoptante es único bien porque la madre ha fallecido».

<sup>47</sup> Si no se reconociera el derecho a la prestación por maternidad en estos supuestos, equiparando la gestación por subrogación a la adopción y al acogimiento, se situaría a los menores en una situación de extrema gravedad en la medida en que la madre biológica ha renunciado voluntariamente a cuidar del menor y la persona o personas que han asumido su cuidado no pueden ejercerlo, al carecer de los derechos sociales necesarios para ello. Deberían recurrir a terceras personas para que les ayuden mientras desarrollan su actividad profesional o bien optar por cesar temporal o de forma permanente en esta última. Al respecto, 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», *REDT*, nº 188, 2016, págs. 179 y ss.

<sup>43</sup> El padre puede disfrutar de la suspensión cuando haya optado por ello la madre, «sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre». Existen también reglas concretas en los supuestos de partos prematuros u hospitalización del recién nacido, excluyéndose del cómputo «las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre».

<sup>44</sup> Situaciones a las que hay que añadir, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.1 RD 295/2009, de 6 de marzo, «la tutela cuando el tutor sea un familiar que no pueda adoptar al menor».

<sup>45</sup> Siempre que en este caso, no tenga una duración inferior a un año.

del recién nacido está en juego y aplican así el criterio de la interpretación analógica de la adopción y acogimiento a la maternidad subrogada<sup>48</sup>. Algunos tribunales entienden que

<sup>48</sup> STSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012 (Ar. 2485) para quien: «Que una vez separadas por el legislador las situaciones de incapacidad temporal y de maternidad –antes englobadas–, dando a esta última un privativo tratamiento en cuanto al concepto mismo y a la cuantía de las prestaciones que de ella se derivan, se trata fundamentalmente de dar cobertura específica y protección adecuada al hijo nacido fruto de la maternidad. La atención o cuidado del menor y el estrechamiento de los lazos del padre y la madre con el mismo es lo prioritario y fundamental y así se deduce de datos tales como que el legislador atribuya la condición de beneficiario no sólo a la madre sino también al padre, que sea superior el período de tiempo reconocida para el cuidado del menor que para la recuperación de la madre biológica o que se haga extensiva la protección en los supuestos de adopción y acogimiento. A este respecto, merece la pena traer a colación que el Tribunal Supremo reconoció la prestación de maternidad incluso en aquellos casos en los que la menor adoptada ya se encontraba incorporada e integrada a la unidad familiar con anterioridad al inicio del período de descanso por maternidad, conviviendo con la adoptante, argumentando que la finalidad de la integración del adoptado en su nueva familia y en su nueva situación no se produce por el mero hecho de la convivencia con el adoptante con anterioridad a la adopción, sino que es a partir de la resolución judicial que la constituye cuando se establece la situación de hijo del adoptante y cuando pasa a integrarse en la nueva familia (Sentencia de 15 septiembre 2010 (RJ 2010, 7428)). En parecidos términos, STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2013 (Ar. 291496), que entiende que: «La maternidad, pues, a la que se refiere, como situación protegida, el precepto en cuestión, no es más, como ya se ha apuntado, que la que se corresponde con el nacimiento del hijo por parto de la persona que reclama el derecho, en coherencia con los derechos que reconoce el ET, y de los que traen causas estas prestaciones, vinculadas al derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, ya por naturaleza, adopción o acogimiento. Siendo ello así, es indudable que, en el caso resuelto por la sentencia de instancia el demandante no ostenta la condición de sujeto beneficiario de la prestación de maternidad por parto, aunque figure como progenitor inscrito en el Registro Civil. Para llegar a esta conclusión bastaría con examinar el contenido de la propia prestación de maternidad por parto y sus diferencias con la maternidad por adopción y la posición que en una y otra ocupa el «progenitor», como análisis que podría despejar cualquier invocación de trato discriminatorio, toda vez que en la prestación de maternidad por parto es la «madre biológica» la que tiene reconocido el derecho y sólo en contadas situaciones y circunstancias el legislador permite que pueda transferirse ese derecho al «otro progenitor», que lo obtendrá como tal derecho de maternidad y por existir madre biológica, de tal suerte que el otro progenitor jamás es beneficiario directo del derecho prestacional e incluso jamás podrá disponer de determinado

no haber regulado la gestación por sustitución supone una verdadera laguna legal<sup>49</sup>; otros re-

periodo que la norma reserva exclusivamente para la madre. Su condición de progenitor no le otorga la de madre biológica de la que trata el ámbito de protección de la Seguridad Social cuando se refiere a la maternidad como situación protegida en los términos expuestos anteriormente y relacionados con los derechos de suspensión del contrato de trabajo. [...] Ahora bien, parece igualmente evidente que la posición del demandante, a los efectos litigiosos, es similar a la que, también como «progenitores», ocupan aquéllos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento familiar y cubriendo de igual manera la finalidad que persigue la norma, y ello en virtud de lo que establece el art 4.1 del CC, porque aunque la maternidad derivada de la condición de progenitor inscrito como tal en el Registro Civil y en virtud de una gestación como la que se contempla en el caso presente no está contemplada en la LGSS, ni, en consecuencia, desarrollada en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, los supuestos guardan semejanza, en tanto en cuanto la posición que ocupan los progenitores en uno y otro caso respecto del nacido, adoptado o acogido es la misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en las que están inmersos». En relación a los problemas creados entre la aceptación o no de la inscripción en el Registro Civil del recién nacido y la concesión o denegación de las prestaciones por maternidad, véase MOLINA NAVARRETE, C.: «Prohibida la «nacional», ¿protegemos la gestación/maternidad subrogada internacional con prestaciones sociales?», *CEF Trabajo y Seguridad Social*, nº 406, 2017, págs. 199 y ss.

<sup>49</sup> Entre otras, cfr. STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2015 (Ar. 1826), que considera que: «Esta reconocida similitud permitiría integrar una laguna legal por la identidad de razón que se ofrece «desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber sido inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación. Si en la adopción son sujetos directos del derecho a la prestación de maternidad los progenitores, cualquiera que sea su sexo, sin mayor vinculación que la relación jurídica que ha generado esa filiación por adopción o acogimiento, con igual o mayor razón sería extensible ese derecho a quienes, [...] ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título al que el ordenamiento español, por medio de lo que la Dirección General de los Registros y Notariado ha interpretado y resuelto a raíz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, le ha otorgado reconociéndole la eficacia suficiente para generar el vínculo necesario para ser sujeto de las prestaciones que ahora se reclaman [...]. Pugna con la lógica más primaria –añade dicha sentencia a modo de conclusión– «que se deniegue la prestación al actor en sus descritas circunstancias cuando se le reconocería ex lege si él y su pareja se hubieran limitado a adoptar o a acoger a un menor, solución que sería contraria al espíritu de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres». Cfr. también STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2013 (Ar. 291496) para la que: «Por otra parte, tampoco sería

conocen que se trata pese a todo de una interpretación generosa<sup>50</sup>; *b)* Otras sentencias acuden al anterior art. 133bis de la LGSS (versión de 1994)<sup>51</sup> y a la interpretación que del mismo habían hecho nuestros Tribunales al considerar maternidad toda relación jurídica entre una madre y un hijo, definición que incluiría los supuestos de gestación por sustitución<sup>52</sup>; *c)* La consideración del interés del menor como orden público, que debe ser tomado en cuenta

posible entender que la norma realmente no quiere reconocer el derecho, dado que no hay exclusión alguna al respecto, de forma que es posible inferir que se está ante una laguna legal, y la identidad de razón concurre desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación. Si en la adopción son sujetos directos del derecho a la prestación de maternidad los progenitores, cualquiera que sea su sexo, sin mayor vinculación que la relación jurídica que ha generado esa filiación por adopción o acogimiento, con igual o mayor razón sería extensible ese derecho a quienes, como el demandante, ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título al que el ordenamiento español, por medio de lo que la Dirección General de los Registros y Notariado ha interpretado y resuelto a raíz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, le ha otorgado, reconociéndole la eficacia suficiente para generar el vínculo necesario para ser sujeto de las prestaciones que ahora se reclaman. En todo caso y si no, la interpretación extensiva de la norma se impondría en una situación como la presente en virtud de lo que dicho concepto supone de inclusión en una norma de casos no expresos en ella pero virtualmente insertos en su espíritu, de tal modo que tiene lugar cuando el sentido hallado es más amplio que la letra de la norma, lo que ocurre si la fórmula verbal empleada por ésta dijo menos de lo que realmente quería decir, esto es, que el texto legal es extendido mediante esa clase de interpretación a supuestos comprendidos en su verdadero sentido, aunque no en su estricta dicción». Para un extenso comentario sobre esta sentencia, GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: «Reconocimiento de la prestación de maternidad a padre biológico de menores nacidos por gestación de sustitución en Estados Unidos», *REDT*, nº 185, 2016, págs. 313 y ss. En este sentido también, STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de mayo de 2015 (Ar. 1332), comentada por REQUENA MONTES, O.: «El derecho a la prestación de maternidad en los supuestos de maternidad subrogada», *REDT*, nº 181, 2015, págs. 339 y ss.

<sup>50</sup> STSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012 (Ar. 2485).

<sup>51</sup> Actual art. 177 LGSS, versión de 2015.

<sup>52</sup> STSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2012 (Ar. 845/2013)

a la hora de adoptar una decisión al respecto<sup>53</sup>. La mayoría de los pronunciamientos que otorgan la prestación por maternidad, se basan en este argumento, recordando además que, según lo dispuesto en el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño<sup>54</sup>, el interés del menor ha de concebirse como un interés superior, «de forma, modo y manera que dicho interés se impone sobre cualquier otra consideración en juego, tal y como podría ser la represión de movimientos presuntamente fraudulentos [...]. Y el interés del menor exige también la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores, que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones»<sup>55</sup>; *d)* La suspensión del contrato de trabajo y el disfrute de la prestación por maternidad se establecen para hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres<sup>56</sup>; *e)* La prohibición de discriminación por razón de orientación sexual podría verse vulnerada si se rechazase la prestación por maternidad en los supuestos de gestación subrogada en la medida en que la mayoría de las personas que acuden a esta técnica de reproducción asistida son personas o parejas homosexuales<sup>57</sup>; *f)* La prohibición de discriminación por nacimiento permitiría aceptar diversas formas de filiación,

<sup>53</sup> STSJ de Madrid de 23 de diciembre de 2014 (Ar. 406/2015).

<sup>54</sup> De 20 de noviembre de 1989.

<sup>55</sup> STSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012 (Ar. 2485). En parecidos términos, STSJ de Canarias/Las Palmas de 27 de marzo de 2015 (Ar. 1993). Comenta esta sentencia, TREJO CHACÓN, M. F.: «Prestación de maternidad en los supuestos de gestación por sustitución», *REDT*, nº 185, 2016, págs. 319 y ss.

<sup>56</sup> STSJ de Murcia de 3 de noviembre de 2014 (Ar. 41278), que, en concreto, entiende que: «tanto la suspensión del contrato de trabajo, como el disfrute de la prestación por maternidad se establecen para hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres y en razón a la especial atención que requiere el recién nacido (o los adoptados o sujetos a acogimiento), por lo que, en el presente caso, existe una razón adicional para conceder al actor el derecho a la suspensión y prestación por maternidad, dado que es este el que tiene la custodia de los hijos y no convive con la madre biológica».

<sup>57</sup> En su mayoría varones. SSTSJ de Madrid de 9 de marzo de 2015 (Ar. 954) y 15 de septiembre de 2015 (Ar. 2019).

como la gestación por sustitución<sup>58</sup>; g) No puede invocarse la prohibición contenida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, al no ser una norma reguladora de la prestación, ni tener por objeto condicionar la atención a los menores, cuestión ajena a la petición de prestación económica de la Seguridad Social<sup>59</sup>. Es decir, el art. 10 de la Ley 14/2006 no resulta aplicable a los casos planteados, al no discutirse sobre la filiación del menor o si la filiación determinada por sentencia judicial extranjera puede no tener acceso al Registro consular del país en el que se contrató la gestación por sustitución. La demanda no gira en torno a esas cuestiones, sino que se dirige al reconocimiento de una prestación concreta de Seguridad Social<sup>60</sup>; h) Los solicitantes figuran como tales en el Registro Civil, hecho que permite equiparar a los solicitantes de la prestación por maternidad al resto de los sujetos que ostentan dicha condición<sup>61</sup>; y, i) Los problemas sobre constancia registral del progenitor biológico no deben privar al menor de la atención, bienestar y cuidado que su persona merece y que constituye un elemento prioritario de la prestación por maternidad en nuestra legislación<sup>62</sup>.

Otros Tribunales mantienen que debe denegarse la prestación por maternidad en los casos de gestación subrogada en la medida en que: a) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias de 18 de marzo de 2014<sup>63</sup> ha denegado la concesión del permiso retribuido por maternidad a la madre intencional, al entender que la protección «de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste y la protección de la relación especial entre una mujer y su hijo durante el período, que sigue al

embarazo y al parto», solo resultan aplicables a las trabajadoras que han estado embarazadas y han dado a luz. Se excluye, en consecuencia, a la madre intencional<sup>64</sup>; y, b) La denegación de la prestación por maternidad no constituye una discriminación por razón de sexo a la luz de lo dispuesto en la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en la medida en que un hombre, que hubiera tenido descendencia mediante esta técnica de reproducción, tampoco hubiera tenido acceso a la prestación. No se trataría, en fin, de un supuesto de discriminación indirecta al no quedar acreditado que la negativa a otorgar la prestación perjudique en mayor medida a las mujeres que a los hombres<sup>65</sup>.

En nuestra opinión, los argumentos que sustentan la denegación de la prestación por maternidad por parte de los Tribunales Superiores de Justicia no pueden ser compartidos en este aspecto concreto. Y ello porque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se limita a establecer que la maternidad subrogada no está incluida en la regulación europea y que, en consecuencia, los Estados miembro no están obligados a adoptar medidas tendentes a su protección. Pero dicho esto, lo cierto es que también apunta que los Estados son libres de mejorar los mínimos establecidos en la normativa europea en casos de maternidad por sustitución.

En esta polémica terminó terciando el Tribunal Supremo, que reconoció la prestación

<sup>58</sup> STSJ de Cataluña de 11 de febrero (Ar. 97024).

<sup>59</sup> STSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012 (Ar. 2485).

<sup>60</sup> STSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2012 (Ar. 845/2013).

<sup>61</sup> STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012 (Ar. 250/2013). En extenso, sobre esta sentencia cfr. VARELA AUTRÁN, B.: «La protección social de la maternidad no biológica», *AS*, nº 1, 2013, págs. 153 y ss.

<sup>62</sup> STS de 25 de octubre de 2016 (Ar. 6167).

<sup>63</sup> Asuntos C-167/12 y C-363/12.

<sup>64</sup> SSTSJ de Madrid de 7 de julio de 2014 (Ar. 244222) y 5 de octubre de 2015 (Ar. 253456) y STSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014 (Ar. 1228). Comentan esta sentencia, OLARTE ENCABO, S.: «La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial? A propósito de la STSJ País Vasco (social) de 13 de mayo de 2014», *cit.*, págs. 129 y ss. y MORENO PUEYO, M. J.: «La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada. Estado de la cuestión tras los pronunciamientos del TJUE de 18/03/14», *REDT*, nº 172, 2015, págs. 287 y ss.

<sup>65</sup> SSTSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014 (Ar. 1228) y 3 de mayo de 2016 (Ar. 117724).

por maternidad en los supuestos de gestación subrogada en dos sentencias de 25 de octubre<sup>66</sup> y 16 de noviembre de 2016<sup>67</sup>, acompañadas de varios votos particulares, lo que da idea de la dificultad de dar una respuesta de consenso<sup>68</sup>. En la primera<sup>69</sup>, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de septiembre de 2015<sup>70</sup>, que reconoció la prestación por maternidad a un hombre que había suscrito un contrato de gestación por sustitución en la India. Los hechos eran los siguientes: Las dos hijas nacieron en Nueva Delhi mediante la técnica de reproducción humana asistida, en la que el demandante fue el padre genético y los óvulos fueron de una donante, que gestó por subrogación a

<sup>66</sup> Ar. 6167. Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro.

<sup>67</sup> Ar. 6152. Ponente Excmo. Sra. D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Luisa Segoviana Astaburuaga.

<sup>68</sup> A estas sentencias, han seguido otras como la STS de 30 de noviembre de 2016 (Ar. 6516, Ponente Excmo.: Sr. D. Ángel Blasco Pellicer), en la que se establece que «por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de las normas, a la doctrina sentada en las mismas hay que estar para resolver el recurso presente», en relación a un supuesto de concesión de la prestación de maternidad a un trabajador que aparece como progenitor registral de dos niños nacidos de una madre biológica, que renunció a la filiación materna en un supuesto en el que su marido figura como el otro progenitor registral y, que obtuvo la prestación de paternidad y en el que ambos cónyuges recurrieron a las técnicas de reproducción asistida de gestación por sustitución.

<sup>69</sup> El Tribunal Supremo abordó esta cuestión en su sentencia de 19 de octubre de 2016 (Ar. 5400), en un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se aportaba como sentencia de contraste la STJUE de 8 de marzo de 2014 (Asunto C-167/12). El Tribunal entiende que no se cumple el requisito de contradicción, en la medida en que la sentencia de contraste se limita a declarar que la denegación de un permiso de maternidad en los casos de maternidad por sustitución, no es contraria a lo dispuesto en la Directiva 92/85/CEE. Esta Directiva protege a las mujeres que hayan dado a luz o se encuentren en período de lactancia, mientras que la sentencia recurrida comprende no solo la maternidad en sentido estricto, sino también la adopción y el acogimiento. Ante la ausencia de contradicción, el Tribunal Supremo no entra a conocer del litigio pero sí deja abierta la posibilidad a que, como sucedería más tarde, se reconozca la prestación por maternidad por analogía con la adopción y el acogimiento.

<sup>70</sup> Ar. 2019.

favor del demandante. Los padres biológicos pactan que el varón asuma, en exclusiva, «todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad», pudiendo instalarse con las menores donde considere oportuno. El demandante reclama al INSS prestación por nacimiento de sus dos hijas y descanso por maternidad con fecha de inicio idéntica a la del nacimiento. El INSS rechaza la petición del interesado, argumentando que no concurre ninguna de las situaciones protegidas por el art. 133bis LGSS<sup>71</sup>.

Comienza el Tribunal aclarando que la pretensión de acceder a las prestaciones de maternidad cuando ha mediado filiación por contrato no puede ampararse en el Derecho de la Unión Europea, sea de modo directo, sea buscando su interpretación a la luz de alguna Convención de Naciones Unidas. Pero, si bien es cierto que el Derecho de la Unión Europea no brinda una respuesta positiva al problema en cuestión, también lo es que tampoco la excluye. O dicho en palabras del propio Tribunal, «una cosa es que el ordenamiento emanado de la UE carezca de previsiones a partir de las cuales deba accederse a la petición del [demandante] y otra que obligue a desestimarla».

A continuación, el Tribunal Supremo expone los argumentos en virtud de los cuales confirma la sentencia recurrida. Parte de la premisa de que no le corresponde pronunciarse sobre la cuestión de la filiación de los menores y de que no consta elemento alguno que induzca a pensar en la existencia de conductas fraudulentas o delictivas por parte del padre intencional, más allá de la ilicitud que comporta la maternidad por encargo en nuestro ordenamiento jurídico. Los argumentos, que conducen a considerar acertada la doctrina albergada en la sentencia recurrida, son en esencia los siguientes: *a)* El interés superior del menor no puede erigirse en principio a partir del cual los órganos jurisdiccionales alteren el contenido de las normas y eludan la sujeción al ordenamiento jurídico.

<sup>71</sup> Hoy art. 177 LGSS.

Pero sí constituye un canon interpretativo de relevancia a la hora de aplicar las normas<sup>72</sup>; b) El listado de situaciones protegidas a efectos de la prestación por maternidad ha variado y, en la actualidad, es más amplio. Ello permite cierta flexibilidad interpretativa, pudiendo defenderse que la posición de los progenitores en los casos de maternidad subrogada es similar a la que ocupan aquellos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento; e, incluso, la interpretación analógica se convierte en un mero recurso adicional en aquellos casos en los que quien demande la prestación es además padre biológico del recién nacido; c) Cuando el padre<sup>73</sup> es el único de los progenitores que materialmente está al cuidado de las menores, la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a las prestaciones; d) El ordenamiento laboral no es ajeno al reconocimiento de efectos en casos de negocios jurídicos afectados de nulidad. Por ejemplo, cuando se reconoce el derecho al salario por el tiempo ya trabajado al amparo de un contrato de trabajo nulo<sup>74</sup> o la pensión de viudedad en determinados casos de nulidad matrimonial<sup>75</sup>; se acotan los efectos de la ausencia de permiso de trabajo<sup>76</sup>; o, se reconocen determinados efectos a los matrimonios poligámicos. Nos encontramos con un contrato de maternidad por subrogación que es nulo, pero que ha desplegado sus efectos y producido la inserción de las menores nacidas en el núcleo familiar de quien solicita la prestación por maternidad; e) En fin, incluso si la

conclusión del Tribunal Supremo hubiese sido la misma no existiendo vínculo biológico entre el padre intencional y el menor, cuando quien reclama las prestaciones es el padre biológico de las neonatas aumentan las razones para acceder a ello<sup>77</sup>.

<sup>77</sup> Esta sentencia cuenta con tres votos particulares formulados por los Excmos. Sres. D<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahuín (quien aprecia falta de contradicción con la sentencia de contraste), Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández, al que se adhiere D. José Luis Gilolmo López (quienes defienden que «lo que está en juego en las presentes actuaciones no es tanto el «interés del menor», cuanto el «status» de «padres» a los subrogantes en la gestación subrogada tradicional [otra cosa habría de afirmarse sobre la subrogación «gestacional»]. El actor –en el caso de autos– podría obtener el reconocimiento de su derecho y la protección del «interés del menor», invocando el reconocimiento de su paternidad biológica, que la tiene; pero no lo hace, porque lo que pretende con el planteamiento del debate –a lo que se ve– no es prioritariamente defender el interés de las menores que se puede satisfacer por vía alternativa, sino que más bien se reclama –y este es el debate– que a los comitentes de la subrogación se les reconozca, pese a estar prohibida la figura en el derecho español, la cualidad y los derechos de padres biológicos [...]. Ante la tentación de hacer una interpretación extensiva, hay que recordar que con carácter general la misma se ha excluido en materia de Seguridad Social, pues el principio de legalidad no permite otra interpretación que la literal, sin perjuicio de situaciones excepcionales». No cabe acudir a la interpretación analógica en la medida en que «no existe laguna que llenar, porque se trata de un supuesto ilegal». Cuando «el padre biológico ni tan siquiera puede reconocer a su hijo biológico o adoptarlo, bien se comprende que el TEDH proscriba el desamparo del menor. Pero éste no es el caso de España, pues el comitente –padre biológico– puede reconocer como hijo al fruto del contrato de subrogación; y la comitente –no aportante genética– puede adoptarlo; de manera que el desamparo del menor únicamente se produce porque los comitentes no quieren acudir al expediente que el legislador les pone a su alcance para proteger al niño, sino que lo que pretenden es que se les reconozca su estatus de padres por el exclusivo hecho de una «gestación por subrogación» que está prohibida en nuestro país» [...]. En fin, añade que le «resulta por completo ajeno a la armonía del Derecho que una situación que el legislador –y la sociedad– consideran benéfica y digna de protección [maternidad; adopción; acogimiento], sea interpretada de manera forzada para dar cabida en ella a otra situación que para el legislador –e incluso para gran parte de la sociedad– merece reproche jurídico y/o moral. Con ello, entiendo – con el mayor respeto a la opinión contraria– que no se interpreta armónicamente el Derecho, sino que en la práctica viene a defraudarse. Realmente– lo que aquí se pretende por el reclamante, repito, no es proteger aquel interés, sino dar oficial carta de naturaleza y efectos jurídicos plenos a la gestación por subrogación. [...] Tratándose del padre biológico se pone clara-

<sup>72</sup> La protección que la Seguridad Social dispensa a la maternidad va más allá del descanso asociado al parto. Así lo declaró el Tribunal Supremo en ocasiones precedentes, como, entre otras, cfr. STS 9 diciembre 2002 (Ar. 1946) para determinar el día inicial de la suspensión del contrato por adopción internacional de menor; STS 5 mayo 2003 (Ar. 4418) para determinar la duración de las prestaciones en caso de acogimiento múltiple; o, STS 15 septiembre 2010 (Ar. 7428) para decidir si se tiene derecho a las prestaciones como consecuencia de adopción de menor cuya madre biológica ya había disfrutado de la maternidad, el Tribunal examina la situación de necesidad familiar.

<sup>73</sup> Biológico, tras un proceso de maternidad subrogada.

<sup>74</sup> Art. 9.2 ET.

<sup>75</sup> Art. 220.3 LGSS.

<sup>76</sup> Art. 36.5 LOEx.

Por su parte, la STS de 16 de noviembre de 2016<sup>78</sup> resuelve un supuesto de concesión de prestación por maternidad en un nuevo caso de maternidad subrogada. El recién nacido es inscrito en el Registro Civil de San Diego y posteriormente en el Consulado General de España en Los Ángeles. La actora solicita prestación por maternidad, que es denegada por el INSS por no ser considerada la gestación de un menor por útero subrogado como situación protegida a los efectos de la prestación de maternidad. Interpuesta reclamación previa, la Dirección Provincial del INSS dicta resolución desestimatoria. En vía judicial, tanto en instancia, como en suplicación, la sentencia fue desestimatoria.

Entiende el Tribunal Supremo que la nulidad del contrato de gestación por sustitución<sup>79</sup> no supone que al menor, que nace en esas circunstancias, se le prive de sus derechos. O dicho en palabras del propio Tribunal, «hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados, a saber, el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación del menor, al que

---

mente de manifiesto que los términos de su reclamación se formulan con el claro ánimo de defraudar la ley, pues teniendo en su mano el título habilitante para las prestaciones [su cualidad de padre biológico y reconocimiento de la filiación], opta por intentar basarse en un título prohibido por el legislador, la «gestación subrogada», para así burlar de facto la proscripción legal». El tercer voto particular es formulado por el Excmo. Sr. D. osé Manuel López García de la Serrana y a él se adhieren D<sup>ª</sup>. María Milagros Calvo Ibarlucea y Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto. Consideran que «El recurso debió ser desestimado por no ser válidos los actos en contra de lo dispuesto en la ley, ni los concluidos en perjuicio de tercero en país que si autoriza esos actos contrarios al orden público nacional para así burlar la normativa española, lo que constituye un acto fraudulento que no puede producir los efectos aquí pretendidos (art. 6.4 del Código Civil), por cuanto la omisión de la maternidad subrogada en el artículo 133-bis de la LGSS no es un olvido del legislador que modificó ese precepto por la Ley Orgánica 3/2007, sino que obedece al respeto de lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 14/2006, a la coherencia del ordenamiento jurídico que prohíbe igualmente la renuncia de la madre a la filiación con arreglo a este artículo y al 6, números 2 y 3 del Código Civil».

<sup>78</sup> Ar. 6152.

<sup>79</sup> Por contravenir lo dispuesto en establecida en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo.

no puede perjudicar la nulidad del contrato». Recuerda que, como el propio Tribunal ha establecido, si bien, «la cláusula general del interés superior del menor, contenida en la legislación, no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma, sino que su aplicación ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma»<sup>80</sup>, dicho principio ha de servir para la interpretación de las normas sobre protección de la maternidad. A continuación, el Tribunal Supremo reproduce la doctrina del TEDH y del TJUE, en la que en esencia se defiende que si el núcleo familiar existe y si los menores tienen relaciones familiares *de facto* con los padres comitentes, la solución que se busque ha de permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, siendo uno de los medios idóneos para ello la concesión de la prestación por maternidad<sup>81</sup>. De no otorgarse ésta, se produciría –en opinión del Tribunal– una discriminación en el trato dispensado a éste, por razón de su filiación. En base a lo anterior, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina y declara el derecho de la demandante a percibir la prestación por maternidad<sup>82</sup>.

La Subdirección General de Ordenación Académica y Asistencia Jurídica del INSS, acatando la doctrina sentada por el Tribunal

<sup>80</sup> STS, Sala 1<sup>ª</sup>, de 6 de febrero de 2014 (Ar. 833).

<sup>81</sup> MERCADER UGUINA, J. R.: «La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y 16 de noviembre de 2016, *Cuadernos de Derecho Transaccional*, vol. 9, nº 1, 2017, págs. 465 y ss.

<sup>82</sup> Formula voto particular a esta sentencia el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández, al que se adhieren Excmo. Sra. D<sup>ª</sup>. María Milagros Calvo Ibarlucea y el Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto. Entienden que es precisamente la existencia de tal posibilidad en la legislación española de acudir al reconocimiento de filiación biológica, a la adopción o al acogimiento, lo que impide que se utilice como argumento el interés del menor. Y añaden: «lo que está en juego en las presentes actuaciones no es tanto el interés del menor, cuanto el status de padres a los comitentes en la gestación subrogada tradicional». Se reproducen los demás argumentos apuntados en el voto particular formulado a la STS de 25 de octubre de 2016 (Ar. 6167)

Supremo en estas sentencias, ha dictado los criterios, que permiten interpretar y aplicar las vigentes previsiones normativas a los supuestos de gestación por sustitución. En este sentido, en su consulta número 29/2016, de 29 de diciembre de 2016, el INSS estableció lo siguiente: El beneficiario del subsidio el progenitor (independientemente de su sexo), que haya disfrutado del descanso o permiso, siempre que reúna los requisitos que para el reconocimiento del derecho a este subsidio establece el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. Si hay dos progenitores comitentes y el período de descanso se hubiera distribuido a opción de ambos, tendrán ambos la condición de beneficiarios, siempre que reúnan de forma independiente los requisitos exigidos. La prestación se entenderá causada en la fecha del nacimiento del hijo. Se acoge de esta manera el hecho causante fijado para los supuestos de maternidad biológica. Se establece así mismo que «la edad prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 5 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, a efectos de determinar el período mínimo de cotización exigido, será la que tenga cumplida el beneficiario en la fecha de nacimiento del hijo. No será de aplicación lo previsto en los apartados 3 (supuesto de parto) y 4 (supuesto de adopción internacional) del mencionado artículo». En relación a la posibilidad de adelantar hasta cuatro semanas el inicio del descanso en los supuestos de adopción internacional, cuando los adoptantes hayan de trasladarse al país de origen del menor, el criterio administrativo declara que es inaplicable esta previsión para los casos de gestación subrogada; por lo que no cabe adelantar el descanso hasta cuatro semanas antes del nacimiento del hijo. En relación a la prestación económica, se dispone que «en caso de hijos nacidos por gestación por sustitución en supuesto de parto múltiple, se concederá un subsidio especial por cada hijo a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero durante el período de seis semanas inmediatamente posteriores al parto. Dicha circunstancia habrá de acreditarse a través del correspondiente documento del centro hospitalario en que se haya producido

el nacimiento, del que el interesado debe presentar traducción oficial». Es de aplicación la ampliación del período de descanso cuando se produzca internamiento hospitalario del recién nacido<sup>83</sup>. «A la solicitud del subsidio debe acompañarse preceptivamente documento expedido por el centro hospitalario acreditativo de dicha hospitalización, en el que se especifiquen circunstancias que, afectando al recién nacido, determinan dicho nacimiento, así como las fechas de su inicio y de su finalización. El interesado debe presentar traducción oficial del citado documento». El criterio interpretativo rechaza aplicar a los supuestos de gestación subrogada las previsiones relativas a la protección de la madre por el hecho mismo de haber dado a luz. En fin, se determina que se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el período de descanso correspondiente, de acuerdo con las normas aplicables a cada caso concreto. El subsidio por maternidad tendrá efectos económicos a partir del día de inicio del período de descanso o permiso correspondiente, que coincidirá con la fecha del nacimiento del hijo nacido por gestación por sustitución<sup>84</sup>.

Los Tribunales Superiores de Justicia han empezado a aplicar la doctrina expuesta y, con cita expresa en muchos supuestos de las SSTS de 25 de octubre<sup>85</sup> y 16 de noviembre de 2016<sup>86</sup>, han fallado a favor de la concesión de la prestación por maternidad para: un matrimonio homosexual, padres por gestación por sustitución de dos menores nacidos en California<sup>87</sup>; el padre

<sup>83</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: «La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad», *cit.*, págs. 41 y ss.

<sup>84</sup> En extenso, PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: «Gestación por sustitución y prestaciones por maternidad (análisis de los nuevos criterios administrativos de las SSTS de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016)», *Revista Información Laboral*, nº 2, 2017, págs. 15 y ss.

<sup>85</sup> Ar. 6167.

<sup>86</sup> Ar. 6152.

<sup>87</sup> STSJ de Madrid de 18 de enero de 2017 (Ar. 128). En relación al supuesto de un matrimonio homosexual padres de una niña nacida en California, cfr. STSJ de Cataluña de 23 de diciembre de 2016 (Ar. 2000).



de una niña que nació en Tailandia mediante gestación por subrogación<sup>88</sup>; el padre de un recién nacido, de madre subrogante y nacido en Illinois<sup>89</sup>; el padre de dos hijos por gestación subrogada llevada a cabo en Maryville (Estados Unidos)<sup>90</sup>; la madre de un menor, nacido por maternidad subrogada en el Estado de Texas<sup>91</sup>; el padre de un menor, nacido por gestación subrogada en Tailandia<sup>92</sup>; un matrimonio heterosexual que acude al procedimiento de gestación por sustitución en Chicago, del que nacen dos niños<sup>93</sup>; el padre por gestación subrogada, de una hija nacida en la ciudad de Tabasco y que consta inscrito en el Registro Civil Consular de Méjico<sup>94</sup>; el padre de dos menores nacidos por gestación por sustitución en Idaho<sup>95</sup>; el padre de dos recién nacidos en California<sup>96</sup>; y, en fin, un supuesto de gestación subrogada llevada a cabo en Canadá<sup>97</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

La solución a la cuestión planteada dista de ser sencilla. La actual prohibición contenida en la Ley 14/2006, unida a la ausencia de regulación del Estatuto de los Trabajadores y la Ley General de la Seguridad Social no ha impedido que se reconozca el derecho a la prestación por maternidad en los supuestos de gestación subrogada. En esta línea, deberían ser reconocidas también otras prestaciones causadas por la madre comitente a favor

del menor, como la pensión de orfandad<sup>98</sup>. Cabría, en consecuencia, el reconocimiento de efectos jurídicos derivados de la gestación por sustitución en el contexto prestacional de la Seguridad Social. Lo cierto es que el reconocimiento de efectos en materia de prestaciones de Seguridad Social, derivados de contratos de maternidad por subrogación –contratos nulos en nuestro ordenamiento jurídico– no tendría alcance general a la acción protectora del sistema de Seguridad Social. Habría que analizar en cada caso concreto si concurren o no los requisitos de acceso a la protección. Pero, como bien sabemos, no corresponde a los jueces ejercer funciones propias del legislador.

Así las cosas, en nuestra opinión, el legislador habría de afrontar esta realidad y legalizar la gestación por subrogación sin que medie precio, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno<sup>99</sup>. Es necesario otorgar una eficaz cobertura legal a la maternidad por sustitución, que contemple las singularidades que le son propias, desde una perspectiva constructiva que garantice el libre desarrollo de la personalidad. Considero, pues, que debe regularse la gestación por maternidad subrogada, para determinados supuestos y sin que medie contraprestación económica<sup>100</sup>. Ello permitiría dejar sin contenido argumentos contrarios al reconocimiento jurisprudencial de la prestación por maternidad, que en la actualidad compartimos. Entre otros cabe destacar los si-

<sup>88</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de enero de 2017 (Ar. 113334).

<sup>89</sup> STSJ de las Islas Baleares de 30 de enero de 2017 (Ar. 69415).

<sup>90</sup> STSJ de Cataluña de 15 de febrero de 2017 (Ar. 440).

<sup>91</sup> STSJ de Cataluña de 17 de marzo de 2017 (Ar. 460).

<sup>92</sup> STSJ de Castilla y León/Valladolid de 22 de marzo de 2017 (Ar. 104420).

<sup>93</sup> STSJ de las Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 24 de marzo de 2017 (Ar. 223664).

<sup>94</sup> STSJ del País Vasco de 10 de enero de 2017 (Ar. 66816). Contempla el mismo supuesto, en el caso del nacimiento de un niño la STSJ del País Vasco de 16 de mayo de 2017 (Ar. 1262).

<sup>95</sup> STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2017 (Ar. 119140).

<sup>96</sup> STSJ de Madrid de 20 de julio de 2017 (Ar. 235844).

<sup>97</sup> STSJ de Castilla y León/Valladolid (Ar. 221977).

<sup>98</sup> Incluso en supuestos de ausencia de inscripción registral.

<sup>99</sup> Como, entre otros, Portugal. En concreto, la Ley 25/2016, de 22 de agosto, regula esta técnica reproductiva. En su art. 8 «se prohíbe cualquier tipo de pago o la donación de cualquier bien o cuantía de los beneficiarios a la gestante excepto el valor correspondiente a los gastos derivados del acompañamiento de salud, incluidos los transportes, siempre que esté debidamente justificado». Tiene, en consecuencia, carácter excepcional y gratuito y cada caso deberá autorizarse por el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida, encargado de la supervisión de todo el proceso.

<sup>100</sup> No compartimos el pago de contraprestación económica para llevar a cabo esta práctica reproductiva y compartimos las denuncias de mercantilización o explotación del cuerpo de determinadas mujeres en situación de pobreza o riesgo de exclusión social en terceros países.

guientes: a) La satisfacción del interés del menor no puede lograrse mediante la violación de la regulación legal. El interés superior del menor no tiene que suponer necesariamente la violación de nuestro ordenamiento jurídico<sup>101</sup>, en la medida en que éste dispone de mecanismos suficientes para satisfacer la pretensión de los padres intencionales de ser reconocidos como padres del recién nacido: si uno de los miembros de la pareja aporta material genético, podrá optar por solicitar el reconocimiento de la paternidad y el otro miembro de la pareja proceder a la adopción del menor. Es decir, la regulación española permite a los padres subrogantes la posibilidad de llegar al mismo resultado por medios legales. Acudir a un país extranjero para poder celebrar un contrato de gestación subrogada puede ser considerado, a nuestro entender, una actuación fraudulenta, tendente a evitar la aplicación de la prohibición legal del país de origen y este fraude no puede soslayarse acudiente a interés superior del menor. Nuestro ordenamiento garantiza la posibilidad de llegar al mismo resultado vía reconocimiento de la filiación paterna y posterior adopción por el otro cónyuge, por lo que no es necesario incumplir lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico en la medida en que el interés superior del menor queda garantizado<sup>102</sup>; y, b) No cabe aplicar a los supuestos de maternidad subrogada una interpretación analógica de lo previsto para la adopción y el acogimiento, porque la analogía sería aplicable a un supuesto diferente, no regulado por la normativa interna. La analogía no está prevista para resolver cuestiones como la aquí planteada<sup>103</sup>. Debe recordarse que no todo

aquello que no esté contemplado en la norma implica la existencia de una laguna. No hay una verdadera laguna por colmar, si pudiendo el legislador regular una determinada cuestión, no ha querido voluntariamente hacerlo, porque desea clara o tácitamente, que tal cuestión quede excluida<sup>104</sup>. En el supuesto de la maternidad subrogada el legislador de forma expresa ha querido prohibirla. No existe una laguna en materia social; simplemente el legislador social no contempla la maternidad por sustitución porque no puede, en la medida en que carece de sentido que una ley social contravenga lo dispuesto en una ley civil, que prohíbe expresamente que se lleve a cabo. En nuestra opinión, ha de mantenerse la diferencia entre interpretación del Derecho y su propia creación, es decir, entre interpretación del Derecho y voluntarismo que avanza más allá de la letra de la norma, pues solo con la aplicación de las reglas interpretativas contenidas en el Código Civil<sup>105</sup> se da pleno cumplimiento a lo dispuesto en el art. 9.3 CE, que garantiza los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Varios han sido los grupos parlamentarios que se han pronunciado en este sentido. El Grupo Parlamentario de UPyD presentó en 2015 una Proposición no de Ley en el Congreso de los Diputados con la finalidad de que se legalizara la gestación por sustitución, proposición que fue rechazada. Por su parte, el Grupo Parlamentario de Ciudadanos en la Asamblea de Madrid presentó en marzo de 2016 una Proposición no de Ley para que el

<sup>101</sup> Art. 10 de la Ley 14/2006.

<sup>102</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «El derecho a las prestaciones por maternidad en los supuestos de maternidad subrogada o gestación por sustitución», *cit.*, pág. 669.

<sup>103</sup> La Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Texto Articulado del Título Preliminar del Código Civil, en relación a la analogía señala que: «no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible, por consideraciones de identidad o de similitud al

supuesto no previsto». Se condiciona la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado. La actual redacción del Título Preliminar del Código Civil reconoce expresamente la analogía como método de integración, al establecer en su art. 4.1 lo siguiente: «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

<sup>104</sup> CERDEIRO BRAVO DE MANSILLA, G.: «Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, fasc. III, pág. 1024.

<sup>105</sup> Art. 3 CC.

Gobierno autonómico instara al Gobierno central a regular esta figura. Esta proposición fue igualmente rechazada<sup>106</sup>. En fin, durante la tramitación del Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, se planteó la posible modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en relación al tratamiento registral de la filiación originada en un país extranjero, en supuestos de gestación subrogada. No se llevó a cabo finalmente modificación en este sentido.

La realidad social del momento actual presenta situaciones como la de la gestación subrogada a la que el ordenamiento jurídico está llamado a dar una respuesta, porque no debe pasarse por alto que, quiérase o no, se hallan involucrados en ellas terceros, menores de edad, que son acreedores de una protección, que debe dispensar el legislador<sup>107</sup>. La legalización de la maternidad subrogada supondría una mayor seguridad jurídica para los menores nacidos a través de la gestación por sustitución. Implicaría una modificación de la Ley 14/2006 y también del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley General de la Seguridad Social con el fin de incorporar de manera expresa esta situación entre las protegidas a efectos de la suspensión del contrato de trabajo y el consiguiente reconocimiento de las prestaciones a las que puedan tener derecho. La legalización de la maternidad subrogada supondría, en fin, la posibilidad de garantizar la adopción de determinados trámites, que beneficien a los menores, tanto al asegurarse la idoneidad de los padres comitentes, como al reconocer el derecho de los menores a conocer sus orígenes biológicos, derechos ambos reconocidos en los supuestos de adopción de menores<sup>108</sup>.

<sup>106</sup> En extenso, HIERRO HIERRO, J.: «Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social», *cit.*, págs. 184 y ss.

<sup>107</sup> VARELA AUTRÁN, B.: «La protección social de la maternidad no biológica», *AS*, nº 1, 2013, pág. 160.

<sup>108</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: «La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad», *cit.*, pág. 49.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARAGÓN GÓMEZ, C.: «La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad», *Revista Información Laboral*, nº 4, 2017.

ARAGÓN GÓMEZ, C. y TRILLO GARCÍA, A. R.: «Prescripciones por maternidad y paternidad en caso de gestación subrogada», *Revista Información Laboral*, nº 2, 2017.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.:

- Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2, 2009.
- Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho Transaccional*, vol. 3, nº 1, 2011.
- Gestación por sustitución y Derecho Internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2, 2015.

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», *REDT*, nº 188, 2016.
- Gestación subrogada y derecho a prestación por maternidad. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2017.

CORDERO GORDILLO, V.: «Gestación por sustitución y prestación por maternidad», *REDT*, nº 196, 2017.

FLORES RODRÍGUEZ, J.: «Vientres de alquiler: Más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso núm. 65192/11», *La Ley*, nº 8363, 2014.

GARCÍA ABURUZA, M. P.: «A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada», *RAD*, nº 8, 2015.

GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: «Reconocimiento de la prestación de maternidad a padre biológico de menores nacidos por gestación de sustitución en Estados Unidos», *REDT*, nº 185, 2016.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.:

- La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2017.

- El derecho a las prestaciones por maternidad en los supuestos de maternidad subrogada o gestación por sustitución», en AA.VV.: *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Prof. José Ignacio García Ninet*, Atelier, Barcelona, 2017.
- GUZMÁN ZAPATER, M.:
- El acceso al registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución», *Notario*, 2010.
  - Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la institución DGRN de 5 de octubre de 2010), *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 10, 2010.
- HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Madrid, 2004.
- HERRANZ HERGUEDAS, M.: «Derecho del padre a la prestación de maternidad», *REDT*, nº 178, 2015.
- HIERRO HIERRO, F.J.:
- Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social», *REDT*, nº 190, 2016.
  - Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: La jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada», *RMESS*, nº 127, 2017.
- LÓPEZ INSÚA, B. M.: «Maternidad subrogada y protección del menor desde una perspectiva integradora: El derecho laboral de nuevo a examen», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2017.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y DE CASTRO MEJUTO, S. J.: «¿*Mater semper certa est?* La maternidad subrogada como situación generadora de los derechos laborales. Pautas de urgencia para la solución de un intrincado litigio», *RGDTySS*, nº 40, 2015.
- MERCADER UGUINA, J. R.: «La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y 16 de noviembre de 2016», *Cuadernos de Derecho Transaccional*, vol. 9, nº 1, 2017.
- 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», *CEF Trabajo y Seguridad Social*, nº 399, 2016.
  - Prohibida la «nacional», ¿protegemos la gestación/maternidad subrogada internacional con prestaciones sociales?», *CEF Trabajo y Seguridad Social*, nº 406, 2017.
- El TEDH da «cheques en blanco» a los padres intencionales: Es legítimo que el Estado evite la maternidad subrogada de facto», *CEF Trabajo y Seguridad Social*, nº 408, 2017.
- MORENO PUEYO, M. J.:
- La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada. Estado de la cuestión tras los pronunciamientos del TJUE de 18/03/14», *REDT*, nº 172, 2015.
  - Maternidad subrogada y prestación de maternidad», *RMESS*, nº 116, 2015.
- OLARTE ENCABO, S.: «La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿La antesala de un cambio jurisprudencial? A propósito de la STSJ País Vasco (social) de 13 de mayo de 2014», *RDSS*, nº 2, 2015.
- 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», *REDT*, nº 180, 2015.
- PÉREZ MONGE, M.: «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación *versus* realidad», *Revista de Derecho Privado*, nº 94, 2010.
- PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: «Gestación por sustitución y prestaciones por maternidad (análisis de los nuevos criterios administrativos de las SSTs de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016)», *Revista Información Laboral*, nº 2, 2017.
- REQUENA MONTES, O.: «El derecho a la prestación de maternidad en los supuestos de maternidad subrogada», *REDT*, nº 181, 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*, nº 2, 2017.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.:
- La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho de igualdad en el empleo (I y II)», *Trabajo y Derecho*, nº 3 y 4, 2015.
  - La maternidad subrogada como generadora de derechos de conciliación laboral», *CEF Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 415, 2017.
- RUBIO TORRANO, E.: «Inscripción como hijos de un matrimonio de varones nacidos mediante gestación por sustitución», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil Mercantil*, nº 9, 2011.
- SELMA PENALVA, A.: «Nuevas posiciones en torno a la maternidad subrogada», *REDT*, nº 172, 2012.

- TAPIA HERMIDA, A.: «En torno a la discriminación en la concesión de permisos por maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución. Comentario a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014 –asuntos C-167/12 y C-363/12», *CEF Trabajo y Seguridad Social*, nº 374, 2014.
- TREJO CHACÓN, M. F.: «Prestación de maternidad en los supuestos de gestación por sustitución», *REDT*, nº 185, 2016.
- VARELA AUTRÁN, B.: «La protección social de la maternidad no biológica», *AS*, nº 1, 2013.
- VELA SÁNCHEZ, A. J.: «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución pueden ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014», *La Ley*, nº 8415, 2014.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

**RESUMEN**

El presente estudio versa sobre las consecuencias en materia de Seguridad Social de la gestación subrogada llevada a cabo en otros países ante su prohibición en el ordenamiento jurídico español. Analiza cuestiones tales como la prestación por maternidad y paternidad. Lleva a cabo un profundo estudio de la doctrina de Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo. Aboga porque el legislador afronte esta realidad y legalice la gestación por subrogación en casos concretos y siempre que no medie precio, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno, como Portugal. Es necesario otorga una eficaz cobertura legal a la maternidad por sustitución, que contemple las singularidades que le son propias, desde una perspectiva constructiva que garantice el libre desarrollo de la personalidad. Considero, pues, que debe regularse la gestación por maternidad subrogada, para determinados supuestos y sin que medie contraprestación económica. Ello permitiría dejar sin contenido argumentos contrarios al reconocimiento jurisprudencial de la prestación por maternidad, que en la actualidad compartimos, como el interés superior del menor no tiene que suponer necesariamente la violación de nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que éste dispone de mecanismos suficientes para satisfacer la pretensión de los padres intencionales de ser reconocidos como padres del recién nacido; y, al mismo tiempo, en el supuesto de la maternidad subrogada el legislador de forma expresa ha querido prohibirla. No existe una laguna en materia social; simplemente el legislador social no contempla la maternidad por sustitución porque no puede, en la medida en que carece de sentido que una ley social contravenga lo dispuesto en una ley civil, que prohíbe expresamente que se lleve a cabo. Debe recordarse que no todo aquello que no esté contemplado en la norma implica la existencia de una laguna. No hay una verdadera laguna por colmar, si pudiendo el legislador regular una determinada cuestión, no ha querido voluntariamente hacerlo, porque desea clara o tácitamente, que tal cuestión quede excluida. En el supuesto de la maternidad subrogada el legislador de forma expresa ha querido prohibirla. No existe una laguna en materia social; simplemente el legislador social no contempla la maternidad por sustitución porque no puede, en la medida en que carece de sentido que una ley social contravenga lo dispuesto en una ley civil, que prohíbe expresamente que se lleve a cabo. La Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Texto Articulado del Título Preliminar del Código Civil, en relación a la analogía señala que: «no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible, por consideraciones de identidad o de similitud al supuesto no previsto». Se condiciona la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado. La actual redacción del Título Preliminar del Código Civil reconoce expresamente la analogía como método de integración, al establecer en su art. 4.1 lo siguiente: «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». En nuestra opinión, ha de mantenerse la diferencia entre interpretación del Derecho y su propia creación, es decir, entre interpretación del Derecho y voluntarismo que avanza más allá de la letra de la norma, pues solo con la aplicación de las reglas interpretativas contenidas en el Código Civil da pleno cumplimiento a lo dispuesto en el art. 9.3 CE, que garantiza los principios de legalidad y seguridad jurídica. Varios han sido los grupos parlamentarios que se han pronunciado en este sentido. El Grupo Parlamentario de UPyD presentó en 2015 una Proposición no de Ley en el Congreso de los Diputados con la finalidad de que se legalizara la gestación por sustitución, proposición que fue rechazada. Por su parte, el Grupo Parlamentario de

Ciudadanos en la Asamblea de Madrid presentó en marzo de 2016 una Proposición no de Ley para que el Gobierno autonómico instara al Gobierno central a regular esta figura. Esta proposición fue igualmente rechazada. En fin, durante la tramitación del Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, se planteó la posible modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en relación al tratamiento registral de la filiación originada en un país extranjero, en supuestos de gestación subrogada. No se llevó a cabo finalmente modificación en este sentido. La realidad social del momento actual presenta situaciones como la de la gestación subrogada a la que el ordenamiento jurídico está llamado a dar una respuesta, porque no debe pasarse por alto que, quiérase o no, se hallan involucrados en ellas terceros, menores de edad, que son acreedores de una protección, que debe dispensar el legislador. La legalización de la maternidad subrogada supondría una mayor seguridad jurídica para los menores nacidos a través de la gestación por sustitución. Implicaría una modificación de la Ley 14/2006 y también del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley General de la Seguridad Social con el fin de incorporar de manera expresa esta situación entre las protegidas a efectos de la suspensión del contrato de trabajo y el consiguiente reconocimiento de las prestaciones a las que puedan tener derecho. La legalización de la maternidad subrogada supondría, en fin, la posibilidad de garantizar la adopción de determinados trámites, que beneficien a los menores, tanto al asegurarse la idoneidad de los padres comitentes, como al reconocer el derecho de los menores a conocer sus orígenes biológicos, derechos ambos reconocidos en los supuestos de adopción de menores.

**Palabras clave:** Gestación subrogada; filiación; prestación por maternidad.

**ABSTRACT**

This paper deals with problems of Social Security protection related to surrogacy in other countries due to the prohibition in Spanish legislation. Presents questions such as maternity leave and paternity leave. Looks at the judicial decisions of European Court of Human Rights, Court of Justice of the European Union and the Spanish Supreme Court. Defends the idea that the legislator has to rule surrogacy in Spain without paying any amount of money, following the way paved by other countries such as Portugal. In Spain, the historical legal assumption has been that the woman giving birth to a child is the legal mother, and the only way for another woman to be recognized as the mother is through adoption or legal guard. The Spanish jurisdiction specifically prohibits surrogacy, however, and finds out about the arrangement, there may be financial and legal consequences for the parties involved. I consider necessary to give full legal coverage to surrogacy, taking into consideration its own special singularities and always from a constructive perspective that guarantees the free development of personality. I defend that surrogacy has to be ruled without a price and just for some special cases. This would lead to leave without arguments the criticisms that nowadays speak against it and that I share. I refer to two of them specially: the superior interest of children, that has to be taken into account, should not lead to the violation of our legal system, which has sufficient means to guarantee this superior interest. At the same time, legislator wanted to prohibit surrogacy in Spain. There is no legal lapse and therefore analogy can not apply. Judges will try to identify a provision whose purpose applies to the case at hand. That process can reach a high degree of sophistication, as judges sometimes not only look at a specific provision to fill lapses, but at several provisions at the same time. But in our case, the answer can not be analogy. The social legislator does not rule surrogacy just because he can not do it as it has no sense that a social law contravenes a civil law, which prohibits surrogacy. The statement of purpose of the Decree 1836/1974, May 31st, that approves the Preliminary Act of the Spanish Civil Code considers in relation with analogy that: «it does not assume the absolute lack of a rule, but the absence of provision of a concrete case by the rule and this default can be saved and therefore it is expandable when there is an identity or similarity». Therefore the analogy is conditioned to the existence of a true legal lapse and the similarity between the case that has to be solved and the case ruled by the law. The current wording of the Preliminary Act of the Spanish Civil Code recognizes analogy as a method of legal interpretation and article 4 recognizes analogy as follows: «Interpretation by analogy will apply when rules do not consider a specific case, but rule another one in which identity of purpose can be value. We consider that the difference between Law interpretation and Law creation, or said in other words: between interpretation of the law and volunteerism which moves forwards the legal wording. All what we defend means in fact that just the application of the interpretation rules contained in the Civil Code, we achieve the full compliance to the art. 9.3 of the Spanish Constitution, which guaranties principles of legality and legal certainty. Several parliamentary groups have defended the same thing. In concrete, the political party UPyD presented a proposal in 2015 in the Spanish Parliament in order to try to legalize surrogacy. This proposal was turned down. On other hand, the political party called Ciudadanos presented in the Madrid Assembly in March 2016 a proposal. The purpose of that proposal was that the Government from Madrid took action and move the proposal to the Spanish Government in order to legalize surrogacy. This proposal was turned down as well. Finally, during the processing of the Law regarding the Civil Register and the reform of the civil justice, a modification of the Law 20/2011, July 21st, was defended in relation of the possible registration of the filiation of a child born in a foreign country by surrogacy. The legal change including those proposals did not take place at the end. Social reality nowadays presents situations such a surrogacy, which has to be taken into account by the legal order. The reason is quite simple: minors are involved and have to right to a proper protection given by the legal system. If we legalize surrogacy, that will bring more legal certainty to minors born by surrogacy. It



will suppose the change of several Laws in our country, such as Law 14/2006, and also the Statute of Workers, the Social Security Law and the Criminal Code. This change will bring the inclusion of surrogacy among the situations protected when labour contract is interrupted and the following recognition of the maternity leave, paternity leave or any other social benefit this parent could be creditor. The legacy of surrogacy would also mean the approval of several procedures tending to ensure the health and well being of minors born by surrogacy. These procedures would ensure controls in intended parents or guarantying the right of minors to better know their origins.

**Keywords:** Surrogacy; filiation; maternity leave.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

# La problemática de la prestación de incapacidad temporal

# The problem of temporary disability benefits

JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE\*

---

## 1. LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y EL RIESGO MORAL

La prestación de incapacidad temporal ha sido objeto de múltiples reformas debido al incremento del gasto del Sistema de la Seguridad Social en dicho subsidio. El legislador ha intentado tanto reducir su cuantía como controlar que los beneficiarios cumplan realmente con las exigencias para tener derecho a esta prestación y para mantenerla a lo largo de toda su duración<sup>1</sup>. La razón última radica en que la incapacidad temporal es una prestación dominada por el riesgo moral<sup>2</sup>. El riesgo moral es un concepto

económico que describe una situación en la que un individuo, aislado de las consecuencias de sus acciones, podría cambiar su comportamiento del que habría tenido si hubiera estado expuesto completamente a las consecuencias de sus acciones. Más específicamente hace referencia a cómo un seguro cambia la conducta del asegurado. Asegurar una conducta cambia esa conducta. Se basa en la existencia de asimetrías informativas entre los agentes que intervienen en un mercado. Por ejemplo, en los seguros contra incendios, el propietario del inmueble tiene información privada acerca de sus propias acciones (si ha tomado las precauciones necesarias para evitar un incendio). Por ello, es probable que las compañías de seguros tengan que enfrentarse a más reclamaciones que si hubieran podido determinar exactamente el esfuerzo realizado por cada propietario para evitar el incendio. El problema de los incentivos distorsionados surge cuando un individuo tiene información privada acerca de sus propias acciones y es un tercero quien soporta el coste de su esfuerzo insuficiente. Puede ser difícil controlar la incidencia que tiene el propio asegurado en los procesos incapacitantes vividos por él. Es el

---

\* Doctor en Derecho. Graduado Social. Magistrado especialista del orden social, destinado en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

<sup>1</sup> Vide GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «El problemático control de la incapacidad temporal en el Régimen General», *Temas Laborales*, nº 136, 2017, págs. 14 y 15.

<sup>2</sup> Respecto de la noción de riesgo moral aplicada a la incapacidad temporal, vide MERCADER UGUINA, J. R.: «La fábula del paciente simulador y el terapeuta crédulo o los mitos de la incapacidad temporal», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 8, 2009, pág. 16, cuyos argumentos reiteramos.

denominado riesgo moral. Para resolver este problema es necesario dar a los individuos algún incentivo para que se esfuercen.

El subsidio de incapacidad temporal no es un seguro en sentido jurídico: no se trata de un contrato de seguro. Pero sí que supone un aseguramiento en sentido económico: el trabajador (y el empresario si es un trabajador por cuenta ajena) cotiza a la Seguridad Social. Y cuando el trabajador no puede prestar servicio como consecuencia de un accidente o enfermedad, dejando de percibir la correspondiente retribución (o los ingresos derivados de su actividad lucrativa como autónomo), la Entidad Gestora le abona una prestación sustitutoria (en parte) de estos ingresos dejados de percibir por el trabajador.

Asegurar una actividad afecta inevitablemente a la conducta de las personas aseguradas. Desde una perspectiva global, cuanto mayor es la protección social de las suspensiones de los contratos de trabajo por bajas médicas, mayor es el absentismo laboral.

La problemática se agrava porque la mayoría de los subsidios por incapacidad temporal derivan de enfermedad común. El procedimiento de reconocimiento de esta prestación se inicia cuando el trabajador acude al médico de atención primaria del Servicio Público de Salud, quien debe efectuar un reconocimiento médico del trabajador y solicitar del paciente los datos que contribuyan a precisar la patología objeto de diagnóstico (art. 2.2 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio). Este diagnóstico médico cumple dos funciones muy distintas. Sirve para establecer el tratamiento médico necesario para que el paciente recupere su salud. Pero además se exige al facultativo de atención primaria que efectúe una valoración de carácter clínico-legal: si la alteración de la salud impide al trabajador desarrollar su actividad laboral<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V. y TORTUERO PLAZA, J. L.: «Dos apuntes sobre las mutuas patronales y su gestión de la incapaci-

Ello supone que se atribuye a los médicos de atención primaria una función de asistencia sanitaria pero también otra de colaboración en la gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social. Es un médico pero también es un importante colaborador en la gestión de prestaciones de la Seguridad Social<sup>4</sup>. El problema radica en que no solo son dos funciones distintas sino que, en buena medida, también son incompatibles:

1) Un médico tiene que velar por la salud de su paciente. Y para poder desarrollar esta tarea es preciso que exista una relación de confianza médico-paciente.

2) En cambio, como colaborador en el reconocimiento y denegación de determinadas prestaciones económicas de la Seguridad Social, puede verse obligado a enfrentarse a su paciente. Puede ocurrir que el paciente exija al médico de atención primaria que expida un parte médico de baja o de confirmación y el facultativo considere que sus dolencias no lo justifican, produciéndose un conflicto que puede perjudicar la relación médico-paciente. Y la información de interés médico que el paciente transmite al facultativo de atención primaria puede estar sesgada por el objetivo del beneficiario de que el médico emita un parte de baja o no expida un alta médica. La función de gestión perjudica la función médica.

dad temporal», *Foro de Seguridad Social*, nº 12/13, págs. 137 y 138.

<sup>4</sup> En un estudio de la causa de la evolución de las ausencias por enfermedad realizado por Osterkamp y Röhn en 20 países de la OCDE en el periodo 1996-2002 se llega a la conclusión de que las variables institucionales son clave: la generosidad de la cobertura de las bajas por enfermedad y la protección al desempleo. Si la cobertura de las bajas por enfermedad comienza antes, se extiende durante más tiempo o se puede justificar por el propio interesado o por un médico de la confianza del paciente, la generosidad es mayor. En los países en que esta generosidad es mayor, también lo es el número de bajas por enfermedad. VI Informe Adecco sobre absentismo, disponible en <http://adecco.es/wp-content/uploads/informes/VI-Informe-de-Absentismo.pdf>

Se ha atribuido un acto esencial del procedimiento de reconocimiento del subsidio de incapacidad temporal derivado de contingencias comunes a unas personas (los médicos del Sistema Público de Salud) que realizan una función (la asistencia sanitaria) distinta y en buena medida incompatible con la de colaborar en el reconocimiento de estas prestaciones. Parte de la doctrina científica se ha referido a la irresponsabilidad de los médicos de los Servicios Públicos de Salud al emitir los partes de baja, mencionando un estudio que efectuó la Subdirección de Inspección del INSALUD en dos provincias (Murcia y Toledo), que sostenía que un 21% de los facultativos de los centros de Atención Primaria del INSALUD eran hiper o hipoprescriptores de bajas laborales<sup>5</sup>. Hay partes médicos de baja con menciones como las siguientes: «conflicto en el trabajo» o «acoso en el trabajo», que no son ningún diagnóstico médico. La consecuencia práctica es la falta de control efectivo de algunos partes médicos de baja y de confirmación y el descontrol del gasto en el pago del subsidio de incapacidad temporal, que ha dado lugar a sucesivas reformas legales para intentar limitarlo.

Para resolver este problema es necesario dar a los individuos algún incentivo para que se esfuercen. En el caso del subsidio de incapacidad temporal, un primer incentivo consiste en que, salvo que se pacte una mejora voluntaria de la Seguridad Social, el trabajador en situación de incapacidad temporal percibe una compensación económica inferior a la que cobraría si estuviera trabajando. Se llegó a proponer una reforma legislativa *«que decreta la prohibición absoluta para los convenios colectivos de complementar la incapacidad temporal. No puede admitirse que el hecho de no acudir al puesto de trabajo no suponga una*

*pérdida real de retribución»*<sup>6</sup>. Esta prohibición legislativa de introducir esta mejora voluntaria de la Seguridad Social en los convenios colectivos, suscitaría el problema de su conformidad con la CE, que reconoce el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1) y la libertad de empresa (art. 38 CE), estableciendo que *«la asistencia y prestaciones complementarias (de la Seguridad Social) serán libres»* (art. 41).

Además, las sucesivas reformas normativas han reforzado progresivamente los sistemas de control de los procesos de incapacidad temporal y han ampliado las competencias en este ámbito de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

Tradicionalmente el mayor incentivo radicaba en la posibilidad de despido del trabajador, lo que explica que en los periodos de crisis económicas, en los que la dificultad de encontrar un trabajo es mayor, el porcentaje de absentismo disminuye. El miedo del trabajador a perder su empleo, que aumenta en las épocas de crisis, limita el acceso a la prestación de incapacidad temporal. En los años 2000-2007, en los que se produjo un incremento importante del PIB, la tasa de absentismo aumentó fuertemente: del 3'7% a 4'95% (+35'3%). En los años 2008-2011 se estabilizó en torno al 4'7%. En los años 2012-2013 registró un marcado descenso al 4'3% y 4'1% respectivamente. El mínimo alcanzado en 2013 representó una bajada del 17% con relación al máximo de 2007. Y en los años 2014-2016, en los que se ha producido cierta recuperación económica, ha repuntado hasta el 4'4%, 4'7% y 4'88% respectivamente. El año 2013, con una tasa del 4'1%, marcó el final de un periodo de 6 años (2008-2013) de reducción del absentismo<sup>7</sup>.

El ordenamiento jurídico regula una causa lícita de extinción del contrato de trabajo

<sup>5</sup> MÉJICA, J.: *Derecho sanitario de la incapacidad temporal*, Comares, Granada, 1998, págs. 37, 64 y 65. Este autor, *ibidem*, pág. 71, se refiere a la práctica de expedir partes médicos de baja sin reconocimiento y la existencia de situaciones casi coactivas de los beneficiarios sobre el médico de la Seguridad Social para extender las confirmaciones de la enfermedad.

<sup>6</sup> SAGARDOY ABOGADOS: «Convenios colectivos y complementos por incapacidad temporal. Hacia una necesaria reforma legislativa», *Expansión.com*, 7-10-2010.

<sup>7</sup> VI Informe Adecco sobre absentismo, disponible en <http://adecco.es/wp-content/uploads/informes/VI-Informe-de-Absentismo.pdf>

por faltas de asistencia al trabajo de breve duración (hasta 20 días) en el art. 52.d) ET. Ello supone que los trabajadores con bajas médicas, aunque estén justificadas, pueden ser despedidos percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades. Este incentivo persigue disminuir el absentismo. En relación con la constitucionalidad de este precepto, las sentencias del TSJ de Cataluña de 9 de abril de 2013, recurso 7474/2012, y 3 de abril de 2017, recurso 7675/2016, rechazaron elevar una cuestión de inconstitucionalidad, argumentando que el derecho a la integridad física protege a todas las personas, incluidos los trabajadores, frente a actuaciones materiales sobre el cuerpo humano que dañen su integridad o que supongan un peligro grave y cierto para la salud. Pero no cabe encontrar una conexión entre el derecho a la integridad física y la actuación de un empresario que despide a un trabajador con motivo del número de veces que en un periodo de tiempo ha estado en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común porque el despido es una conducta que no tiene repercusión física o material alguna sobre el trabajador. El Tribunal argumenta que la causa del despido no es el mero hecho de estar enfermo sino la reiteración del número de bajas justificadas o no que ha tenido en un determinado periodo de tiempo, supuesto frente a los cuál el legislador, conjugando el derecho a la salud y el derecho de la empresa, ha previsto mecanismos atemperadores (no se computan las ausencias debidas a huelga legal, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores...) e indemnizatorios a cargo de la empresa, con tal de conjugar los dos derechos y en la medida de lo posible evitar cualquier supuesto de arbitrariedad y abuso de uno u otro derecho. El TSJ hace hincapié en que se castiga la reiteración de ausencias cortas: las de más de veinte días no computan para el cálculo del absentismo. Por ello, la sentencia del TJUE de 1 de diciembre 2016, C-395/15, caso «Daouidi», no afecta a dicho precepto legal.

Si el trabajador presta servicios en virtud de un contrato temporal, la experiencia demuestra que las posibilidades de que la relación laboral continúe cuando finaliza dicho contrato, mediante la suscripción de un nuevo contrato temporal o de un contrato de duración indefinida, son mucho menores si el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal, en cuyo caso el empresario tendría que abonar la correspondiente cotización a la Seguridad Social sin percibir la prestación de servicios del trabajador, lo que hace que muchos empresarios rechacen la continuación de la relación laboral.

Incluso si el trabajador es fijo y no concurren los requisitos de absentismo exigidos por el art. 53.d) ET, lo que excluye que pueda producirse una extinción lícita de la relación laboral, la experiencia forense demuestra que, en particular en los supuestos de bajas médicas prolongadas, el empresario despide al trabajador sin invocar ninguna causa de despido real. Reiterada doctrina del TS sostenía que el despido del trabajador en situación de incapacidad temporal era improcedente y no nulo porque no se trataba de una causa de discriminación (sentencias del TS de 29-1-2001, recurso 1566/2000; 23-9-2002, recurso 449/2002; 12-7-2004, recurso 4646/2002 y 27-1-2009, recurso 602/2008, entre otras). Esta doctrina jurisprudencial sostenía que la enfermedad «*en sentido genérico*», «*desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo*», no podría ser considerada en principio como un motivo o «*factor discriminatorio*» en el ámbito del contrato de trabajo porque 1) se trata de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores y 2) su acacimiento, cuando se produce con frecuencia inusitada, puede conllevar que el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa. Solo en supuestos concretos, como el relativo a las enfermedades derivadas del embarazo que están ligadas a la condición de mujer, el despido por enfermedad o baja médica debía

ser calificado como despido discriminatorio, viciado de nulidad.

La sentencia del TJUE de 1 de diciembre 2016, C-395/15, caso «Daouidi», ha dejado sin efecto aquella doctrina jurisprudencial. Esta sentencia del TJUE sostiene que las limitaciones físicas o psíquicas duraderas de un trabajador en situación de incapacidad temporal derivadas de una incapacidad temporal pueden llegar a ser discriminatorias. El Sr. Daouidi se dislocó el codo en un accidente laboral. Se le colocó un yeso. Su estado físico era reversible. En la fecha del juicio de despido su codo continuaba enyesado. La cuestión prejudicial esencial (la quinta) estaba formulada en los términos siguientes: *«¿Entraría en el concepto de «discriminación directa por discapacidad» (...) la decisión empresarial de despedir a un trabajador (...) por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal –de duración incierta– por causa de un accidente?»*

El TJUE argumenta:

1) La UE aprobó la Convención de la ONU sobre la discapacidad mediante la Decisión 2010/48, por lo que forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión y puede ser invocada para interpretar la Directiva 2000/78.

2) El concepto de «discapacidad» se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

3) El estado físico del Sr. Daouidi, en principio, era reversible. El día del juicio oral seguía enyesado y no podía desarrollar su actividad profesional. Para determinar si era una «persona con discapacidad» con arreglo a la Directiva 2000/78 hay que analizar si esa limitación de su capacidad es «duradera».

4) El Derecho de la UE que no contiene una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros debe ser objeto en toda la UE de

una interpretación autónoma y uniforme. Por ello, la aplicación del régimen jurídico español de la incapacidad «temporal» no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como «duradera».

5) Este carácter «duradero» de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio. Se trata de una apreciación, ante todo, de carácter fáctico, atribuida al juzgado remitente, el cual debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona

6) El TJUE proporciona los indicios siguientes: que en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

7) Si la limitación de la capacidad del Sr. Daouidi es «duradera», su despido constituiría una discriminación.

Este plausible pronunciamiento del TJUE, tuitivo de los trabajadores en situación de incapacidad temporal «duradera», tiene el inconveniente de que utiliza un concepto jurídico indeterminado dotado de un importante grado de indeterminación para diferenciar los despidos improcedentes de los despidos nulos: que la limitación de la capacidad sea «duradera». La concisa descripción que el TJUE hace de los indicios que permiten considerar que una limitación es «duradera» resulta insuficiente. A falta de mayores precisiones, ello puede conllevar diferencias interpretativas muy grandes acerca de qué limitaciones deben considerarse duraderas y cuáles no. Hubiera sido deseable una mayor concreción del TJUE.

Los Tribunales han rechazado que se tratara de una situación de incapacidad temporal duradera en el caso de una trabajadora en si-

tuación de incapacidad temporal meses antes de la decisión extintiva que solamente había tenido dos bajas médicas, una con una duración de dos meses y medio por bronquitis y la otra de un mes por un golpe en la espalda<sup>8</sup>.

## 2. REQUISITOS DE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL: ASISTENCIA SANITARIA E IMPEDIMENTO PARA EL TRABAJO

El art. 169.1.a) LGSS condiciona la prestación de incapacidad temporal a la concurrencia de dos requisitos: que el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo.

Sin embargo, no toda asistencia sanitaria con impedimento laboral conlleva la prestación por incapacidad temporal. Existen supuestos en los que, pese a que concurren ambos requisitos: el trabajador recibe asistencia sanitaria y está impedido para el trabajo, no se devenga el subsidio de incapacidad temporal (aunque reúna el periodo mínimo de cotización exigido cuando deriva de enfermedad común). Reiterados pronunciamientos de los Tribunales explican que el subsidio de incapacidad temporal no debe percibirse cuando la situación del trabajador que haya ocasionado su baja en el trabajo no sea debida a enfermedad común, profesional o accidente, como es el supuesto de intervenciones de cirugía estética (v.gr. la implantación de prótesis mamarias) sin constancia de enfermedad previa que exija la intervención, cuya finalidad es meramente estética. Se trata de trabajadores que, en el postoperatorio de su intervención quirúrgica, están impedidos para trabajar y reciben asistencia sanitaria sin percibir este subsidio.

Por el contrario, sí que se produce el devengo de dicha prestación cuando la situación de incapacidad temporal deriva de intervenciones quirúrgicas realizadas para solventar compli-

caciones o riesgos para la salud derivados de la cirugía estética. La cirugía puramente estética, asumida de forma voluntaria y que no guarde relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, no solo se encuentra excluida del sistema de la sanidad pública, sin recibir por lo tanto atención sanitaria de la Seguridad Social, sino que en principio tampoco genera el reconocimiento del derecho a obtener un subsidio que cubra el defecto de ingresos producido por la baja temporal en el trabajo, por la sencilla razón de que no satisface el requisito constitutivo de derivarse de una contingencia de enfermedad, común o profesional, o de accidente. Pero deja a salvo situaciones especiales que en cada caso pudieran ser tomadas en consideración, tales como complicaciones o patologías que aparezcan como efectos secundarios de la propia intervención libremente asumida. Así ocurre en el caso de una intervención quirúrgica con la finalidad de retirar unas prótesis mamarias por deterioro y en evitación de riesgos para la salud, haciendo hincapié en que la retirada de las prótesis mamarias fue el tratamiento prescrito a la misma por la sanidad pública y no una opción por la cirugía estética decidida por la actora<sup>9</sup>.

Toda prestación de incapacidad temporal es de etiología común (enfermedad común o accidente no laboral) o profesional (accidente de trabajo o enfermedad profesional). Pero puede declararse la contingencia profesional de una enfermedad aun cuando no exista ningún proceso de incapacidad temporal. La sentencia del TSJ del País Vasco de 23 de diciembre de 2016, recurso 2267/2016, declaró la contingencia de enfermedad profesional de la tenosinovitis de Quervain que padecía una trabajadora en su mano derecha, al existir una relación de causalidad directa con los movimientos que realizaba en su trabajo como operaria de servicios, sin estar vinculada a proceso alguno de incapaci-

<sup>8</sup> Sentencia del TSJ de Cataluña de 3 de abril de 2017, recurso 7641/2016.

<sup>9</sup> Sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de marzo de 2011, recurso 2780/2010; 3 de marzo de 2015, recurso 1963/2014; y 4 de octubre de 2016, recurso 2907/2015 y del TSJ de Madrid de 22 de diciembre de 2014, recurso 379/2014.

dad temporal, ni a ninguna concreta prestación de la Seguridad Social. El Tribunal argumentó que la enfermedad profesional no agota sus efectos en el ámbito del subsidio de incapacidad temporal. En el sistema español la enfermedad profesional es atendida desde tres conjuntos normativos e institucionales, distintos pero complementarios: la normativa de prevención de riesgos laborales (prevención y cuidado), la normativa sanitaria (diagnóstico, asistencia y tratamiento) y la normativa de Seguridad Social (indemnización o protección económica). La diferenciación entre contingencias comunes y profesionales trasciende el plano puramente conceptual y se traduce en un régimen jurídico diferenciado para las segundas, en múltiples aspectos: indemnizaciones específicas en los casos de muerte y supervivencia, tratamiento preventivo específico para las enfermedades profesionales, posibilidad de colocar al trabajador en período de observación con el fin de confirmar el diagnóstico de la enfermedad, traslado de puesto de trabajo a otro exento de riesgo cuando se detecten síntomas de la enfermedad profesional... La calificación de la contingencia de una enfermedad no va ligada a la existencia de un proceso de incapacidad temporal. Dicha determinación tiene una eficacia mucho más amplia que la limitada a los solos efectos de la calificación de la baja.

### 3. GESTIÓN DE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

La gestión del subsidio de incapacidad temporal diferencia entre los procesos de corta y media duración (hasta 365 días, regulados en el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio) y los de larga duración (de 366 a 720 días). La problemática de unos y otros es muy distinta.

#### 3.1. Procesos de incapacidad temporal no prorrogados (hasta 365 días)

El art. 169.1.a) LGSS establece que la incapacidad temporal tiene una duración máxima de 365 días, prorrogables durante 180 días más.

#### 3.1.1. Competencia para emitir el parte médico de baja

En estos procesos de incapacidad temporal el parte médico de baja, que es el acto que inicia el procedimiento de reconocimiento del derecho a esta prestación, lo emite:

- 1) El médico del Servicio Público de Salud.
- 2) La mutua colaboradora con la Seguridad Social que gestiona los riesgos profesionales, cuando la empresa tenga asegurados estos riesgos con ella.
- 3) Los servicios médicos de la propia empresa cuando se trate de trabajadores asegurados por su propia empresa en virtud de la colaboración prevista en el art. 102.1.a) LGSS.
- 4) Los inspectores médicos del INSS en caso de recaída. Si un proceso de incapacidad temporal anterior finalizó por alta expedida por el INSS, sus inspectores médicos son los únicos competentes para emitir una nueva baja médica producida por la misma o similar patología en los 180 días siguientes a la citada alta médica (art. 170.1, párrafo 2º LGSS).

La denominada «incapacidad temporal indefinida discontinua»<sup>10</sup> se produce por las recaídas de las mismas dolencias que generan sucesivos procesos de incapacidad temporal por la misma patología, sin efectiva solución de continuidad. Con una finalidad de control se atribuye al INSS la competencia exclusiva para emitir estas bajas médicas. Ello no impide que pueda cursarse una nueva baja médica por las mismas dolencias. Si un trabajador inicia un proceso de incapacidad temporal y el INSS cursa el alta médica, en el caso de que, dentro del plazo de 180 días posterior a dicha alta médica, se produzca efectivamente una fase aguda de las mismas dolencias anteriores que ahora sí que le impide realizar su trabajo, el trabajador tendrá derecho a iniciar un proceso de in-

<sup>10</sup> Sentencias del TS de 8 de julio de 2009, recurso 3536/2008; 11 de mayo de 2010, recurso 3420/2008; y 27 de junio de 2011, recurso 3666/2010.



capacidad temporal nuevo. La finalidad de esta norma legal es la de reforzar el control de la prestación de incapacidad temporal por parte del INSS, arrebatándole la competencia para emitir el parte médico de baja a los facultativos del Servicio Público de Salud y atribuyéndosela a los inspectores médicos del INSS.

La doctrina jurisprudencial ha precisado el alcance de este mecanismo de control en los supuestos en que se ha tramitado un expediente de incapacidad permanente que finaliza con resolución denegatoria de la pensión de incapacidad permanente y se extingue el subsidio de incapacidad temporal. El TS sostiene que la identidad o similitud de patologías que determina la competencia del INSS para emitir las bajas debe entenderse únicamente respecto de las dolencias que determinaron el primer proceso de incapacidad temporal, sin tener en cuenta las patologías reseñadas en el cuadro médico que ocasionó el rechazo de la incapacidad permanente. El TS argumenta 1) que cuando se resuelve sobre la incapacidad permanente se está decidiendo la capacidad laboral por secuelas «previsiblemente definitivas» (art. 136.1 LGSS) mientras que cuando se trata de incapacidad temporal nos encontramos ante procesos que también «previsiblemente» inciden pero de forma transitoria sobre la aptitud de trabajo; 2) que el agotamiento de la duración máxima establecida para el proceso de incapacidad temporal únicamente puede imputarse al cuadro inicialmente determinante de la baja y no a enfermedades posteriores respecto de las cuales no se ha agotado el plazo máximo de incapacidad temporal, sin que conste su virtualidad discapacitante inicial porque se diagnostican durante una baja previa; y 3) que si el objetivo de la reforma fue enervar la llamada incapacidad temporal «indefinida discontinua», no parece razonable atender a los procesos intercurrentes, sino al diagnóstico inicial<sup>11</sup>.

La praxis forense revela que normalmente el médico de cabecera hace constar en el parte médico de baja del nuevo proceso de incapacidad temporal una dolencia distinta del trabajador. Puede suceder que el trabajador tenga una pluripatología incapacitante en el momento de iniciar la primera baja, por ejemplo una artrosis cervical y lumbar. Los partes médicos de baja no son exhaustivos. Normalmente se reseña en ellos una sola dolencia. Si el trabajador presenta un cuadro artrósico cervical y lumbar es habitual que en el parte médico de baja se haga constar una sola de ellas, por ejemplo la artrosis cervical. Posteriormente se tramita un expediente de incapacidad permanente en el que se constata la existencia de un cuadro secuelar más amplio. En él se recogen todas sus dolencias de una forma mucho más completa que en el parte médico de baja inicial, mencionando tanto la artrosis cervical como la lumbar. Se deniega la pensión de incapacidad permanente. Y a continuación el médico de cabecera cursa la nueva baja médica con el diagnóstico de artrosis lumbar (si constase como diagnóstico la artrosis cervical, sería incompetente para cursar la baja médica). En el caso de que se demuestre que desde el inicio de la primera baja el trabajador presentaba un cuadro artrósico cervical y lumbar que le impedía trabajar, forzoso es concluir que el nuevo proceso de incapacidad temporal se debe a la misma patología, lo que supone que la competencia le corresponderá al INSS, no al médico de cabecera.

Por el contrario, puede suceder que inicialmente el trabajador únicamente esté aquejado de artrosis cervical y que durante el prolongado proceso de incapacidad temporal y la tramitación del expediente de incapacidad permanente surja una enfermedad nueva: una artrosis lumbar. En tal caso la nueva baja médica no obedecería a la misma o similar patología. Si no se demuestra que la dolencia médica reseñada en el nuevo parte médico de baja existía y tenía virtualidad incapacitante en el momento de la primera baja médica, la competencia para la segunda baja médica será del facultativo del Servicio Público de Salud.

<sup>11</sup> Sentencias del TS de 8 de julio de 2009, recurso 3536/2008; 13 de julio de 2009, recurso 2576/2008; 11 de noviembre de 2009, recurso 3082/2008; 11 de mayo de 2010, recurso 3420/2008; y 27 de junio de 2011, recurso 3666/2010.

Este requisito legal consistente en que se trate de la misma o similar patología se ha interpretado por la sentencia del TSJ del País Vasco de 11 de marzo de 2014, recurso 327/2014, en el sentido de que no debe valorarse desde la estricta perspectiva del diagnóstico médico de la enfermedad o lesión (artrosis, fractura de tibia, rotura de fibras...), desligado de la concreta zona afectada y causa que lo genera. Lo verdaderamente relevante es que haya conexión entre ellas, de tal forma que se aprecie la existencia de continuidad patológica entre una y otra situación: *«No la hay, por ejemplo, si me fracturo una tibia y luego la otra (o la misma), fruto de un segundo golpe, pero sí se dará si la nueva rotura acaece en la misma extremidad y fruto de que no había consolidado bien la primera; se dará en una baja por paludismo, que se creía curado y rebrota, pero no si sanado el primer proceso, lo vuelvo a contraer en un viaje posterior; concurrirá con la metástasis del primer carcinoma, pero no con la presencia de un carcinoma original diferente al primero erradicado...»* Esta sentencia del TSJ del País Vasco reconoció el derecho al subsidio de incapacidad temporal, aun cuando la segunda baja médica se cursó por la misma dolencia, desde la fecha en que el trabajador se sometió a una cirugía, por tratarse de una circunstancia sobrevenida que rompió con la situación ya valorada y que le impidió la prestación de sus servicios laborales.

Cuando se demuestra que la dolencia causante del nuevo proceso de incapacidad temporal es la misma, el INSS dicta una resolución dejando sin efecto la baja médica cursada por el facultativo del Servicio Público de Salud por su falta de competencia para emitir dicha baja: la Entidad Gestora argumenta que al haberse producido la baja médica dentro de los 180 días siguientes al proceso anterior por la misma o similar patología, solo era competente para emitir nueva baja médica la Entidad Gestora. Es decir, el INSS fundamenta su denegación en el argumento de que se trata de un supuesto de ilicitud de la baja por una cuestión formal (la falta de competencia de quien la emite) sin entrar a valorar el fondo

(si el trabajador está o no impedido para su trabajo).

Si se acogiera dicha tesis, la consecuencia sería que habría trabajadores con enfermedades que les impedirían trabajar pero que al haberse emitido el parte médico de baja por un órgano incompetente, no tendrían derecho al subsidio de incapacidad temporal. Para evitar la desprotección del trabajador, con independencia de la falta de competencia del órgano que emitió la baja médica, si las dolencias del trabajador le impiden prestar servicios, debe reconocerse la prestación de incapacidad temporal. De acuerdo con el carácter tuitivo y antiformalista del orden jurisdiccional social, la doctrina jurisprudencial soslaya la cuestión relativa a que el acto que inicia el procedimiento de reconocimiento del subsidio de incapacidad temporal (el parte médico de baja) se ha dictado por alguien que no es competente, centrándose en el examen de si el trabajador está efectivamente impedido para el trabajo.

En efecto, la doctrina jurisprudencial ha reconocido el derecho al percibo del subsidio en estos supuestos, argumentando que la denegación de la baja médica por el INSS en estos supuestos no puede deberse a motivos meramente formales: no basta con el argumento consistente en que la nueva baja médica tenga su origen en la misma o similar patología que la anterior sin haber transcurrido seis meses desde la fecha del alta. El criterio de la Entidad Gestora no puede ser discrecional sino que debe basarse en un elemento objetivo: el estado actual del trabajador que ha obtenido esa baja médica. Por consiguiente, si se acredita que existe una patología incapacitante, debe cursarse la baja médica<sup>12</sup>.

A título meramente ejemplificativo, la sentencia del TS de 8 de noviembre de 2011, recurso 3140/2010, enjuició un supuesto en que

<sup>12</sup> Sentencias del TS de 8 de julio de 2009, recurso 3536/08; 15 de julio de 2009, recurso 3420/08; 23 de julio de 2010, recurso 3808/09; 8 de noviembre de 2011, recurso 3140/10; y 10 de diciembre de 2012, recurso 3429/2011.

el actor había iniciado un primer proceso de incapacidad temporal de etiología común el 1-8-2007 con el diagnóstico de trastorno ansioso depresivo reactivo a problema familiar, que se prolongó hasta que agotó el plazo máximo de incapacidad temporal el 31-1-2009. Se tramitó un expediente de incapacidad permanente que concluyó con resolución del INSS de 10-3-2009 denegando la pensión de incapacidad permanente. Dos meses después (el 12-5-2009) el Servicio de Salud del Principado de Asturias emitió nueva baja con el mismo diagnóstico de trastorno ansioso depresivo reactivo. El INSS denegó los efectos económicos de esta baja<sup>13</sup> porque se trataba de la misma o similar patología y no habían transcurrido seis meses.

El TS explica que el criterio por el que la Entidad Gestora decide si procede o no reconocer los efectos económicos a este nuevo período de incapacidad temporal no puede ser discrecional sino que debe basarse en un elemento objetivo consistente en el estado actual del trabajador. El Alto Tribunal estima el recurso de casación para la unificación de doctrina porque el INSS ha denegado el subsidio de incapacidad temporal sin argumentar ni valorar la inexistencia de una patología que limitase la capacidad funcional de la demandante. El TS sostiene que la Entidad Gestora debió valorar los factores referidos a la capacidad funcional del trabajador, distintos a la mera cuestión de si se trataba de igual o similar patología que la baja médica anterior.

<sup>13</sup> El art. 131 bis.1, párrafo 2º de la LGSS de 20 de junio de 1994, en la redacción aplicable entonces, establecía: «En el supuesto de que el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del plazo máximo establecido en el apartado a) del número 1 del artículo 128 y el trabajador hubiese sido dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente, sólo podrá generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología si media un período de actividad laboral superior a seis meses o si el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica incapacidad temporal».

En el mismo sentido se pronunció la sentencia del TS de 10 de diciembre de 2012, recurso 3429/2011. Esta sentencia examinó un supuesto en que el demandante inició un primer proceso de incapacidad temporal el 19-2-2007, agotando su duración máxima y prórroga el 18-8-2008. Se tramitó un expediente de incapacidad permanente, denegándose la pensión por resolución del INSS de fecha 10-12-2008. Doce días después (el 22-12-2008) el trabajador causó nuevamente baja por enfermedad común. El TS explica que «la sentencia recurrida, al igual que la resolución administrativa impugnada, se fundaron, exclusivamente, en que la nueva baja, cursada antes de transcurrir seis meses del fin del proceso de incapacidad temporal anterior, la ocasionaba la misma o similar patología, sin basarse en otros datos objetivos que acreditasen que no existía una patología incapacitante».

En estos supuestos el TS soslaya la cuestión relativa a la competencia para emitir la baja, que subyacía implícitamente en la resolución denegatoria del INSS: que al tratarse de la misma o similar patología y no haber transcurrido seis meses desde la finalización del anterior proceso de incapacidad temporal, la baja médica emitida por el médico del Servicio Público de Salud la ha dictado una entidad que no tenía competencia para emitirla, por lo que no puede desplegar sus efectos. El trabajador debió haber acudido al INSS para que este emitiera el parte médico de baja. Pero el TS no atribuye ninguna relevancia jurídica al hecho de que el trabajador haya acudido a un facultativo incompetente para emitir la nueva baja. Aun cuando el parte médico de baja lo emita su médico de cabecera, en aras a la tutela de los derechos de los beneficiarios de la Seguridad Social, es menester examinar si se trata de dolencias incapacitantes. En caso de serlo, deberá reconocerse el derecho al percibo del subsidio de incapacidad temporal.

Los límites a esta nueva baja por la misma patología se establecen en función de la duración del proceso de incapacidad temporal anterior. Si se inicia un expediente de incapacidad permanente antes de que trans-

curran 545 días naturales de duración del subsidio de incapacidad temporal y se deniega el derecho a la prestación de incapacidad permanente, con la extinción de la prestación de incapacidad temporal, el INSS o el ISM es el único competente para emitir nueva baja médica por la misma o similar patología, siendo la duración máxima del proceso de incapacidad temporal de 545 días. Si el subsidio de incapacidad temporal se extinguió por el transcurso del plazo de 545 días solo puede generarse derecho a la prestación económica de incapacidad temporal por la misma o similar patología, si media un período superior a 180 días naturales, a contar desde la resolución de la incapacidad permanente. La única excepción que permite el reconocimiento del subsidio de incapacidad temporal por la misma o similar patología cuando no hayan transcurrido 180 días naturales desde la denegación de la incapacidad permanente, es cuando el INSS o el ISM considere que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral. Y solo puede hacerse por una sola vez (art. 174.3 de la LGSS).

Esta norma legal causa desprotección al trabajador. El hecho de que se haya denegado la pensión de incapacidad permanente tras agotar el plazo máximo de incapacidad temporal en modo alguno excluye que dentro del plazo de 180 días se pueda producir una fase aguda de las mismas dolencias que le impida trabajar, sin que sea previsible la recuperación de su capacidad laboral. A título meramente argumentativo y ejemplificativo, un trabajador aquejado de lumboartrosis puede agotar el plazo máximo de incapacidad temporal sin que el INSS le reconozca el derecho a la pensión de incapacidad permanente total porque considera que sus dolencias definitivas no son lo suficientemente graves como para impedirle desempeñar las tareas fundamentales de su profesión habitual, que no conlleva grandes exigencias lumbares. Sin embargo, cinco meses después del alta puede sufrir una fase aguda de sus dolencias lumbares que le impide trabajar. Si previsiblemente el trabajador no va a recuperar

su capacidad laboral, el art. 174.3 impide el reconocimiento del subsidio de incapacidad temporal, por lo que nos encontraríamos con un trabajador que no puede trabajar (no percibe el salario) y tampoco está en situación de incapacidad temporal.

La desconfianza del legislador hacia los médicos del Servicio Público de Salud explica la atribución de estas competencias en materia de bajas médicas al INSS o al ISM. Estas entidades gestoras pueden ejercer dichas competencias y, al no estar condicionadas por la relación de confianza médico-paciente, posiblemente puedan controlar mejor la gestión de este subsidio. Pero lo que no es admisible es que, además de atribuirles dicha competencia, se prohíba el reconocimiento del derecho al percibo de esta prestación de incapacidad temporal en supuestos en los que se constate que el trabajador está realmente impedido para su trabajo.

El citado plazo de 180 días que limita las bajas de los médicos de cabecera debería ser más breve. Se trata de un plazo injustificadamente largo. Los supuestos en los que se intentan concatenar sucesivos procesos de incapacidad temporal con la misma patología se realizan dentro de plazos mucho más breves. Y para que fuera eficaz este mecanismo de control debería atribuirse a la Entidad Gestora la competencia para cursar todas las bajas médicas y no solamente las de la misma o similar patología. Si todas las bajas médicas de un trabajador emitidas, por ejemplo, dentro de los 90 días posteriores al alta cursada por el INSS o el ISM, se atribuyeran a la Entidad Gestora, el médico de cabecera no podría emitir ningún parte médico de baja dentro de este plazo, lo que permitiría un control efectivo de estos procesos de incapacidad temporal sucesivos, descargando de trabajo administrativo a los médicos de los Servicios Públicos de Salud. En cualquier caso, el INSS o el ISM deberían emitir la baja médica cuando concurriera una dolencia que justificara el abono de la prestación de incapacidad temporal.

### 3.1.2. *Baja médica emitida por el facultativo del Servicio Público de Salud después del alta médica de la mutua*

Cuando una mutua que cubre el riesgo de accidente de trabajo emite un parte médico de alta por curación, frecuentemente el trabajador, en vez de impugnar judicialmente dicha baja, acude a su médico de cabecera, quien emite un parte médico de baja derivado de enfermedad común, puesto que no tiene competencia para emitir una baja médica de etiología laboral. Y a continuación el trabajador solicita que se declare que este segundo proceso de incapacidad temporal es de etiología laboral y no común, tramitando el INSS el correspondiente expediente administrativo.

La doctrina jurisprudencial niega que dicho parte médico de baja deba declararse nulo por falta de competencia de quien lo ha emitido. El TS argumenta que resulta indudable la competencia de los médicos de los Servicios Públicos para expedir los partes médicos de baja, a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal, aunque previamente el trabajador hubiera sido dado de alta por la mutua con el mismo diagnóstico, explicando que de admitirse la alegación de la mutua negando dicha competencia a los facultativos de los Servicios Públicos de Salud, se podría llegar a una situación de desprotección del beneficiario, contraria a los principios que inspira el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social<sup>14</sup>.

Varios TSJ explican que los facultativos del Sistema Nacional de Salud están obligados a atender a los usuarios que acuden a los respectivos centros y a expedir los pertinentes partes de baja si comprueban que la persona en cuestión está incapacitada para trabajar. Para lo que no son en absoluto competentes es para determinar la contingencia origen de la situación incapacitante, pues el único competente para ello es el INSS, y aunque en el par-

te médico de baja obre la expresión «por contingencias comunes» ello no está vinculando ni predeterminando el origen de la patología, sólo es una consecuencia de un reparto competencial establecido en base al cual la facultad de expedir los partes de baja y de alta en supuestos derivados de accidentes reside en las mutuas, pero sin que ello llegue a convertir en improcedente o ilegal un parte emitido por un facultativo de la red pública incluso en estos últimos casos. Ante la creación de una situación de desamparo se acude a quien cubre en última instancia la falta de asistencia, que es la gestora pública sanitaria<sup>15</sup>.

### 3.1.3. *Remisión del parte médico de baja*

El servicio público de salud, la empresa colaboradora o la mutua remiten al INSS o al ISM por vía telemática de manera inmediata, y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente, los datos personales del trabajador, la fecha de la baja, la contingencia causante, el código de diagnóstico, la duración estimada del proceso... (art. 2.2 Real Decreto 625/2014). Estos datos facilitan el control por parte de la Entidad Gestora de estos procesos de incapacidad temporal.

El INSS o el ISM comprueban la concurrencia de los requisitos legales de la prestación de incapacidad temporal (por ejemplo, el periodo mínimo de cotización exigido en caso de etiología común) y si concurren, en virtud del principio de oficialidad, reconocen el derecho a la prestación.

En el caso de prestaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedad común o accidente no laboral, el subsidio se abona por el empleador desde el tercero al decimoquinto día de baja (art. 173.1, párra-

<sup>14</sup> Sentencia del TS de 27 de febrero de 2007, recurso 3969/2005.

<sup>15</sup> Sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de mayo de 2004, recurso 1305/2004; del TSJ de Extremadura de 7 de noviembre de 2006, recurso 491/2006; del TSJ de Cataluña de 13 de septiembre de 2006, recurso 176/2005; y del TSJ de Aragón de 15 de marzo de 2006, recurso 63/2006.

fo 2º LGSS). Pero el hecho de que lo abone el empresario no altera su naturaleza de prestación de la Seguridad Social. La doctrina jurisprudencial sostiene que esta norma únicamente conlleva la modificación de la obligación por sustitución de la persona del deudor (art. 1.203.2º Código Civil) pero no su novación o extinción. Se trata de una prestación pública abonada por una empresa. Por ello, al no variar la naturaleza de la prestación, se aplica el común sistema de obligaciones y garantías accesorias establecidas en el régimen público de la Seguridad Social al objeto de garantizar la efectiva percepción de la prestación<sup>16</sup>. Por ejemplo, si el empleador incumple su obligación de abonar el subsidio de incapacidad temporal durante los días cuarto al decimoquinto de la baja por encontrarse en situación de insolvencia, la mutua colaboradora en la gestión debe anticipar el pago, sin perjuicio de repetir contra la empresa responsable<sup>17</sup>.

#### 3.1.4. Duración del proceso de incapacidad temporal

Con la finalidad de reforzar el control de los procesos de incapacidad temporal, en función de la duración de la baja prevista se diferencia entre cuatro grupos de procesos distintos (art. 2.3 Real Decreto 625/2014):

a) Si la duración estimada es inferior a cinco días naturales, se emite el parte de baja y el parte de alta en el mismo acto médico, consignando en el parte médico de baja la fecha del alta médica prevista, sin perjuicio de que el trabajador solicite un reconocimiento médico el día previsto del alta, pudiendo emitir el facultativo un parte de confirmación de la baja si el trabajador no ha recuperado su capacidad laboral.

b) Si la duración estimada alcanza entre cinco y treinta días naturales, el parte médico de baja mencionará la fecha de la revisión médica prevista que no puede exceder en más de siete días naturales a la fecha de baja inicial. En esta fecha de revisión se extiende el parte de alta o de confirmación de la baja. Los posteriores partes de confirmación no podrán emitirse con una diferencia de más de catorce días naturales entre sí.

c) Si la duración estimada oscila entre treinta y uno y sesenta días naturales, el parte de baja consignará la fecha de la revisión médica prevista con un máximo de siete días naturales pero los posteriores podrán alcanzar los veintiocho días naturales entre sí.

d) Y si la duración es de sesenta y uno o más días naturales, el parte de baja inicial no excederá de catorce días naturales y los posteriores de treinta y cinco días naturales entre sí.

#### 3.1.5. Informes complementarios y de control

Asimismo, con la misma finalidad de control, se impone a los facultativos de los servicios públicos de salud la emisión de informes complementarios y de control (art. 4 Real Decreto 625/2014). Estos informes, que conllevan un incremento de la carga de trabajo burocrática de dichos médicos, en perjuicio de su labor médica asistencial, revelan la desconfianza del legislador hacia estos facultativos.

El informe médico complementario debe extenderlo el médico del servicio público de salud en los procesos de incapacidad temporal de duración prevista superior a 30 días naturales. En tal caso el segundo parte de confirmación de la baja debe ir acompañado de un informe médico complementario expedido por el mismo facultativo que haya extendido el parte anterior con el contenido siguiente: las dolencias padecidas por el trabajador, el tratamiento médico prescrito, las pruebas médicas en su caso realizadas, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad fun-

<sup>16</sup> Sentencia del TS de 15 de junio de 1998, recurso 3519/1997.

<sup>17</sup> Sentencia del TS de 9 de mayo de 2016, recurso 3535/2014.

cional del interesado. Si el proceso tenía una duración prevista inferior y ha superado el plazo de 30 días naturales, dicho informe médico complementario debe acompañar al parte de confirmación de la baja emitido una vez superados los 30 días naturales. Estos informes médicos complementarios deben actualizarse con cada dos partes de confirmación de baja posteriores.

Los informes de control se emiten en los procesos cuya gestión corresponda al servicio público de salud, trimestralmente desde la fecha de inicio de la baja médica. Debe realizarse la inspección médica del servicio público de salud o el médico de atención primaria, bajo la supervisión de su inspección médica. En ellos debe pronunciarse expresamente sobre todos los extremos que justifiquen médicamente la necesidad de mantener el proceso de incapacidad temporal del trabajador.

### 3.1.6. Control por el INSS, el ISM y las mutuas

El personal médico y no sanitario del INSS, el ISM y las mutuas ejerce el control y seguimiento de la prestación económica de la incapacidad temporal gestionada, pudiendo realizar las actividades pertinentes para comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio, pudiendo acceder a los informes médicos, pruebas y diagnósticos relativos a las situaciones de incapacidad temporal (art. 8 Real Decreto 625/2014). Se ha criticado la mención al personal no sanitario, lo que debe entenderse como una referencia al personal administrativo encargado del tratamiento de datos, pero sin asumir ninguna función médica<sup>18</sup>.

Así, el INSS, el ISM y las mutuas pueden disponer que los trabajadores que se encuentren en situación de incapacidad temporal sean reconocidos por los inspectores médicos de dichas entidades. La comparecencia

es obligatoria. En caso de incomparecencia del trabajador se suspende cautelarmente la prestación económica y si la falta de personación no queda justificada en el plazo de diez días hábiles siguientes a la fecha fijada para el reconocimiento, se procederá a la extinción del derecho al subsidio (art. 9 Real Decreto 625/2014).

La doctrina judicial ha diferenciado entre actos de gestión de la prestación de incapacidad temporal, que las mutuas pueden realizar, y actividad sancionadora, prohibida a las mutuas. La capacidad de gestión de las mutuas respecto del subsidio de incapacidad temporal por contingencias comunes alcanza:<sup>19</sup>

1) A todos los supuestos del art. 131 bis LGSS de 1994 (del cual es trasunto el art. 174 de la vigente LGSS): los que corresponden a la dinámica «ordinaria» de la prestación, que es la determinada por objetivos hechos jurídicos (transcurso del tiempo, fallecimiento) y por lícitos actos jurídicos del beneficiario (acceso a la pensión de jubilación).

2) En el marco del art. 132 LGSS de 1994 (art. 175 de la vigente LGSS) la gestión de la mutua incluye también: a) Supuestos de fraude. La facultad de gestionar conlleva la posible denegación de la prestación, porque mal puede calificarse de actividad sancionadora rechazar la solicitud de la prestación si no concurren –por fraude– los requisitos necesarios para generar el derecho. b) Anulación del subsidio por inexistencia disimulada con fraude de los requisitos para conservar el derecho. Si la entidad colaboradora tiene atribuida la gestión del subsidio, por lógica este cometido ha de comprender la comprobación de que el trabajador reúne (inicialmente y durante la vida de la prestación) los presupuestos a que se subordina el devengo del derecho, a excepción de la valoración jurídico-clínica que su-

<sup>18</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «El problemático control...», ob. cit., pág. 27.

<sup>19</sup> Sentencia del TSJ de Madrid de 3 de febrero de 2017, recurso 1048/2016, con cita de la sentencia del TS de 5 de octubre de 2006, recurso nº 2966/2005. En el mismo sentido puede citarse la sentencia del TS de 28 de mayo de 2008, recurso 1874/2007.

pone la baja médica. c) Desatención al tratamiento médico. d) Actividad laboral.

Mayores dudas surgen respecto de la actuación de las mutuas en los casos en que el beneficiario preste servicios por cuenta propia o ajena. La sentencia del TSJ de Madrid de 3 de febrero de 2017, recurso 1048/2016, sostiene que la entidad colaboradora no puede imponer sanción alguna pero no merece tal reproche aquella medida que se limite a ser reflejo de los presupuestos propios de la contingencia y no comporte esencia punitiva alguna: si la contingencia de incapacidad temporal ampara la pérdida de ingresos por limitación psicofísica que impide el ejercicio de la actividad laboral, aunque el trabajo por cuenta propia o ajena no presupone ineluctablemente la curación del beneficiario, en todo caso evidencia la innecesariedad de la renta sustitutiva del salario o ingreso, con lo que solamente resultaría sancionadora aquella medida (la anulación o la suspensión) que excediese temporalmente de la actividad laboral acreditada.

Los beneficiarios del subsidio de incapacidad temporal deben recoger los avisos dejados por Correos en su domicilio. La doctrina jurisprudencial les ha impuesto una obligación de diligencia respecto de estos mecanismos de control, utilizando el concepto jurídico indeterminado de la «*diligencia debida al ciudadano medio –conocedor de su situación laboral–*»<sup>20</sup>. El TS sostiene que si la mutua cita al beneficiario para un reconocimiento médico y este no comparece, concurre una justa causa para la extinción de esta prestación, sin que sea admisible a efectos de justificar dicha incomparecencia la mera alegación relativa a que recogió el burofax pasado el día para el que había sido citado, a menos que pruebe que concurrían causas justificadoras del retraso. El TS argumenta que las obligaciones deben cumplirse con la diligencia de un buen padre de familia y con la que requiere la naturale-

za de la obligación (art. 1.104 Código Civil), sin que el beneficiario obrase con la diligencia debida al tardar veinticinco días en recoger el burofax: «*si estaba en situación de baja laboral, su principal obligación era curarse cuanto antes y acudir a cuantos reconocimientos médicos fuese citada para controlar la evolución de su patología, razón por la que no obra con la diligencia debida quien tarda más de veinte días en acudir a recoger el burofax que le envía la mutua que le asiste, controla su enfermedad y paga la prestación económica, pues, aparte que teóricamente no tiene nada que hacer, salvo cumplir con los deberes dichos, resulta que no es lógica tal demora en acudir a recibir una comunicación enviada por y sobre materia que afecta a la situación de baja, pues aceptar la posible validez de ese retraso equivale a dejar a su arbitrio el cumplimiento de ese deber, lo que veda el artículo 1.256 del Código Civil. Además, su conducta tras recibir el fax no fue tampoco acorde con la buena fe, porque envió escritos a la mutua en lugar de presentarse en persona a dar explicaciones y a ofrecerse para un reconocimiento médico*»<sup>21</sup>.

Se ha considerado justificada la incomparecencia a dicha cita médica en casos como el de una beneficiaria aquejada de trastorno depresivo mayor, tratándose de un episodio recurrente, moderado, sin que respondiese al tratamiento antidepresivo inicial, con tratamiento psicofarmacológico. Y en cuanto se dio cuenta de la omisión de su obligación solicitó otra cita, lo que evidencia que en ningún momento ha tratado de evadirse del control médico<sup>22</sup>.

Los Tribunales han rechazado que las mutuas puedan cambiar la contingencia determinante de la incapacidad temporal de contingencia laboral a contingencia común como consecuencia de la negativa del trabajador a someterse al tratamiento pautado. Si un trabajador inicia un proceso de incapacidad temporal

<sup>20</sup> Sentencia del TS de 29 de septiembre de 2009, recurso 879/2009. En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia del TS de 6 de marzo de 2012, recurso 1727/2011.

<sup>21</sup> Sentencia del TS de 13 de noviembre de 2013, recurso 2780/2012.

<sup>22</sup> Sentencia del TSJ de Madrid de 27 de abril de 2016, recurso 232/2016.



de etiología profesional, se niega a someterse al tratamiento, la mutua cursa el alta médica y posteriormente inicia un nuevo proceso de incapacidad temporal con idéntica etiología, no cabe declarar que esta prestación deriva de enfermedad común. Dicho cambio de contingencia 1) aparece huérfano de cualquier soporte normativo o jurisprudencial y 2) resulta incoherente y carente de toda lógica que la consecuencia de ese proceder sea, a modo de sanción extravagante (que repercute desfavorablemente en terceros, como el Servicio Público de Salud, que se ve obligado a prestar a su cargo la asistencia sanitaria, y, en su caso, el INSS) la degradación de la contingencia de profesional a común, aunque las lesiones sigan trayendo causa exclusiva del accidente laboral<sup>23</sup>.

### 3.2. Procesos de incapacidad temporal prorrogados (de 366 a 720 días)

#### 3.2.1. Competencia del INSS y del ISM

La competencia de los facultativos del Servicio Público de Salud, de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y de los servicios médicos de la propia empresa que asegura a sus trabajadores, respecto de la prestación de incapacidad temporal, finaliza cuando se cumple el plazo de 365 días desde la baja. A partir de entonces el INSS y el ISM, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, son los únicos competentes para gestionar esta prestación (art. 170.2 LGSS). En los procesos de incapacidad temporal de larga duración la gestión está atribuida exclusivamente a las entidades gestoras.

El médico del servicio público de salud, de la mutua o del servicio médico de la empresa, cuando expidan el último parte médico de confirmación antes del agotamiento del plazo de duración de 365 días naturales, comuni-

can al interesado en el acto de reconocimiento médico que el control del proceso pasa a la competencia del INSS o del ISM. Una vez cumplido dicho plazo dejan de emitir partes de confirmación, debiendo comunicar al INSS o al ISM el agotamiento del plazo de manera inmediata, y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente (art. 5.3 Real Decreto 625/2014).

La consecuencia de la atribución de la gestión de la prestación de incapacidad temporal prorrogada más de 365 días exclusivamente al INSS o al ISM es que cesa la obligación empresarial del pago delegado, que se asume por la Entidad Gestora. El pago delegado cesa el último día del mes en que la entidad gestora dicte la resolución en la que se declare expresamente la prórroga de dicha situación o la iniciación de un expediente de incapacidad permanente<sup>24</sup>, aunque el empleador mantiene la obligación de cotizar por el trabajador hasta que se alcancen los 545 días naturales. Si se demora el examen del incapacitado a efectos de su calificación en el correspondiente grado de incapacidad durante un plazo de tres meses o se retrasa la calificación hasta 730 días naturales, la empresa está exenta de la obligación de cotizar (art. 174.2 LGSS).

#### 3.2.2. Opciones de la Entidad Gestora

La Entidad Gestora tiene tres opciones (art. 170.2 LGSS).

##### A. Iniciar un expediente de incapacidad permanente

Si el trabajador agota el plazo máximo de incapacidad temporal de 365 días y presenta reducciones anatómicas o funcionales gra-

<sup>23</sup> Sentencia del TSJ del País Vasco de 3 de mayo de 2016, recurso 699/2016.

<sup>24</sup> Art. 2.1 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, con las excepciones previstas en el art. 2.2 de dicha norma: las empresas autorizadas para colaborar en la gestión de la prestación de incapacidad temporal y las corporaciones locales respecto del personal al que vinieran reconociendo y abonando la prestación por incapacidad temporal.

ves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas que disminuyan o anulen su capacidad laboral (art. 193.1 LGSS), en tal caso debe iniciarse un expediente de incapacidad permanente para reconocerle la correspondiente pensión, sin prolongar el subsidio de incapacidad temporal.

En relación con la coordinación entre la pensión de incapacidad permanente y la prestación de incapacidad temporal debe hacerse hincapié en que el subsidio de incapacidad temporal se vincula al trabajo que realiza el beneficiario, mientras que las pensiones de incapacidad permanente total y parcial se relacionan con la profesión habitual del trabajador. El TS explica que *«la profesión habitual (de la pensión de incapacidad permanente total o parcial) no se define en función del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba, ni en atención a la delimitación formal del grupo profesional, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional»*<sup>25</sup>. Por el contrario, la prestación de incapacidad temporal sí que se relaciona con el concreto puesto de trabajo del beneficiario.

La sentencia del TS de 16 de octubre de 2016, recurso 1267/2015, denegó la pensión de incapacidad permanente total a un peón de almacén en industria del corcho que padecía alergia a ese material, argumentando que su profesiograma era muy amplio: dicho trabajador poseía una categoría profesional para la que sus dolencias únicamente le limitaban en el concretísimo supuesto en que sus funciones se realizasen en contacto con el corcho. Su profesión habitual de peón de almacén no exige una especialización necesariamente vincula-

da a los productos de ese material por lo que no tiene derecho a la pensión de incapacidad permanente.

Dicho trabajador había estado percibiendo la prestación de incapacidad temporal hasta que se diagnosticó alergia al corcho enmohecido, cambiándole de puesto de trabajo. Al estar apartado de la exposición al agente causante de la alergia (el corcho), estando asintomático, se emitió alta por curación. Por consiguiente, la alergia al corcho justificó el devengo del subsidio de incapacidad temporal para su trabajo de peón de almacén en industria del corcho pero no permite el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente total para su profesión habitual de peón de almacén.

El subsidio de incapacidad temporal debe abonarse al beneficiario hasta la fecha de la notificación de la resolución administrativa con declaración de alta médica por agotamiento del plazo, que es cuando el trabajador debe reincorporarse a su puesto de trabajo y comenzará a lucrar el correspondiente salario. La prestación no se extingue en la fecha de dicha resolución<sup>26</sup>.

## B. Prorrogar el proceso de incapacidad temporal

Puede suceder que finalice el plazo de 365 días de duración de la prestación de incapacidad temporal y las dolencias del trabajador todavía no sean susceptibles de determinación objetiva ni previsiblemente definitivas, por ejemplo porque sufrió un grave accidente y está todavía en rehabilitación. Se desconoce cuáles serán las dolencias definitivas que sufrirá, lo que impide tramitar todavía el expediente de incapacidad permanente. Por ello se impone la prórroga del proceso de incapacidad temporal mientras continúa la rehabilitación.

<sup>25</sup> Sentencias del TS de 4 de julio de 2012, recurso 258/2012 y 16 de octubre de 2016, recurso 1267/2015, con cita de las de 10-octubre-2011, recurso 4611/2010; 3- mayo-2012, recurso 1809/2011; 22- mayo-2012, recurso 2111/2011; 7-junio-2012, recurso 1939/2011; 2-julio-2012, recurso 3256/2011; 4-julio- 2012, recurso 1923/2011; 10-julio-2012, recurso 2900/2011; 24-julio-2012, recurso 3240/2011; y 2-noviembre-2012; recurso 4074/2011.

<sup>26</sup> Sentencia del TS de 2 de diciembre de 2014, recurso 573/2014.

Respecto de la duración máxima de esta prórroga, el art. 170.2 LGSS menciona el límite de 180 días más, por lo que la duración máxima sería de 545 días (365 más 180). Sin embargo, el art. 174.2, párrafo 2º LGSS establece que, cuando continúe la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, esta podrá retrasarse por el período preciso, sin que en ningún caso se puedan rebasar un total de 730 días. Para evitar que un plazo tan prolongado perjudique a la empresa, durante este periodo de demora de la calificación no subsiste la obligación de cotizar.

Por consiguiente, la duración máxima del proceso de incapacidad temporal no asciende a 545 días sino a 730 días, aunque esta prórroga extraordinaria está limitada a los supuestos de expectativa de mejora del trabajador con vistas a su reincorporación laboral.

A veces se agota el plazo máximo prorrogado de duración de la prestación de incapacidad temporal sin expectativa de mejora del trabajador (545 días) y, debido normalmente a la existencia de enfermedades intercurrentes o listas de espera para tratamientos médico-quirúrgicos, todavía no se puedan precisar las dolencias definitivas del beneficiario, que continúa en rehabilitación. En tal caso el tenor literal del art. 193.1 de la LGSS, que exige que se trate de dolencias previsiblemente definitivas, impediría el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente.

Acoger dicha tesis conduciría a la desprotección del trabajador. Si efectivamente está impedido para desempeñar su profesión habitual, deberá reconocerse su derecho a percibir la pensión de incapacidad permanente, que le permite percibir una prestación contributiva sustitutoria (parcialmente) de las rentas salariales que deja de percibir por sus dolencias impeditivas, fijando un plazo de revisión breve con la finalidad de que cuando sus dolencias

sean definitivas se valore su entidad incapacitante y, si puede realizar las tareas fundamentales de su profesión habitual, se proceda a la revisión por mejoría de la pensión de incapacidad permanente.

### C. Emitir el alta médica por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS o el ISM

Si las dolencias del trabajador no le impiden trabajar o no comparece injustificadamente a los reconocimientos médicos convocados por la Entidad Gestora, deberá emitir el alta médica.

## 4. EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

Los principios de automaticidad y oficialidad suponen que el derecho a la prestación de incapacidad temporal devengada en el RGSS no está condicionado a la solicitud previa del trabajador afectado, sin que sea necesaria la petición de parte, devengándose las prestaciones una vez producida la correspondiente baja médica, siempre que se reúnan los requisitos exigidos legalmente<sup>27</sup>. La consecuencia es que la entidad gestora o colaboradora no puede alegar la prescripción ni aplicar la retroactividad de tres meses de los efectos del reconocimiento de la prestación prevista en el art. 53.1 de la LGSS. Y la caducidad de la prestación solo puede apreciarse cuando el beneficiario deje transcurrir más de un año sin reclamar la cantidad correspondiente a la mensualidad de que se trate desde el momento en que se

<sup>27</sup> El art. 166.4 de la LGSS establece: «Los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiera incumplido sus obligaciones. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral».

produjo la baja en cuanto hecho causante de la prestación<sup>28</sup>.

La doctrina jurisprudencial diferencia entre los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia. El principio de oficialidad se aplica a las prestaciones derivadas de enfermedad común en trabajadores por cuenta ajena puesto que ellos no tienen obligación alguna de colaborar documentalmente en la gestión de la contingencia: no tienen que solicitar este subsidio. Pero no opera respecto de los trabajadores autónomos que han incumplido de forma manifiesta con sus obligaciones, causando indefensión a la entidad colaboradora que sin la correspondiente comunicación queda inhabilitada para llevar a cabo una adecuada gestión de la prestación de incapacidad temporal. Cuando se trata de un trabajador autónomo con obligaciones específicas de comunicación de su situación a la Entidad Gestora esta comunicación es lo más parecido a la solicitud de la prestación<sup>29</sup>.

La sentencia del TS de 7 de julio de 2015, recurso 703/2014, no aplica el principio de oficialidad a los trabajadores por cuenta ajena que no están dados de alta en la Seguridad Social, cuestionándose previamente la existencia de relación laboral así como la calificación del accidente como laboral. En el supuesto enjuiciado se trataba de un trabajador que prestaba servicios para una comunidad de bienes sin estar de alta en la Seguridad Social cuando sufrió un accidente de tráfico como consecuencia del cual fue declarado en situación de gran invalidez en virtud de una sentencia revocatoria de la resolución denegatoria del INSS. Posteriormente solicitó el abono de la prestación de incapacidad temporal, que fue desestimada por haber transcurrido los plazos de prescripción y caducidad.

El Alto Tribunal argumenta que al tratarse de un trabajador que no fue dado de alta en la Seguridad Social y haberse cuestionado

previamente la existencia de relación laboral y la calificación del accidente de tráfico como laboral, cabe entender que el beneficiario tiene la obligación de colaborar documentalmente en la gestión de la contingencia y por tanto tenía que formular la solicitud a la que se refiere el art. 43 de la LGSS de 1994 (art. 53 de la vigente LGSS). El TS concluye que la acción no había prescrito por la interrupción operada por la intervención de la Inspección de Trabajo pero sí que debe aplicarse el art. 43.1 de la LGSS de 1994: «*los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud*». Como en los tres meses anteriores a la solicitud de la prestación de incapacidad temporal el trabajador ya tenía reconocida la situación de gran invalidez y estaba percibiendo la prestación correspondiente, se desestima la demanda.

Un sector de la doctrina científica ha criticado esta doctrina jurisprudencial, considerando irrazonable equiparar a estos efectos los trabajadores por cuenta propia con los trabajadores por cuenta ajena situados por su empleador extramuros de la legalidad. Se ha argumentado que el alta de pleno derecho alcanza al conjunto de prestaciones derivadas del riesgo profesional, incluida la incapacidad temporal, lo que impone a las instituciones competentes una especie de oficialidad en el reconocimiento de las prestaciones y sus consecuencias, de forma que cuando se declare que se trata de una relación laboral, así como que se ha producido un accidente laboral, surge con toda su fuerza la obligación de la entidad responsable, que no está vinculada a la solicitud del beneficiario<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 19 de junio de 2007, recurso 4894/2005 y del TS de 7 de julio de 2015, recurso 703/2014.

<sup>29</sup> Sentencia del TS de 7 de julio de 2015, recurso 703/2014.

<sup>30</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: «Incapacidad temporal: límites del principio de oficialidad y el juego de las reglas de prescripción y retroactividad», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, número extraordinario: doctrina judicial en materia de Seguridad Social: balance y análisis selectivo de sentencias del año 2015, págs. 105 a 111.

También analiza esta sentencia VILLAR CAÑADA, I.M.: «El principio de oficialidad en la prestación de incapacidad temporal. A vueltas con la prescripción y la caducidad de las pres-

## 5. COMPATIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL CON LAS ACTIVIDADES DEL TRABAJADOR

La doctrina jurisprudencial ha sostenido que *«no toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad laboral transitoria es sancionable con el despido, sino sólo aquella que, a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud laboral de éste con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa»*. El despido disciplinario del trabajador que compatibiliza estas actividades con la percepción del subsidio de incapacidad temporal será procedente 1) cuando la actividad realizada perjudique la curación del trabajador o 2) cuando evidencie que podía desempeñar su trabajo<sup>31</sup>.

Se ha declarado la compatibilidad del subsidio de incapacidad temporal con la realización de actividades lúdicas, como 1) una actuación de magia;<sup>32</sup> 2) varias actuaciones gratuitas con un grupo musical, por simple afición, consumiendo algunas bebidas alcohólicas que por su escasa magnitud no perjudi-

taciones de Seguridad Social», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 6, 2016, págs. 89 a 94.

<sup>31</sup> La sentencia del TS de 22-9-1988. La sentencia del TSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 2013, recurso 4558/2013, con cita de las sentencias del TS de 7 de julio de 1987 y 26 de enero de 1988, diferencia dos actividades incompatibles con el subsidio de incapacidad temporal:

1) Aquellas que, por resultar incompatibles con el proceso patológico en que la baja laboral se ha fundado, evidencian la simulación del mismo y el propósito fraudulento con que su reconocimiento y efectos subsiguientes se han obtenido.

2) Las que son incompatibles no con las disminuciones funcionales infligidas por los padecimientos indicados, sino con la eficacia de los tratamientos prescritos, retrasando o impidiendo el resultado de éstos y la recuperación del afectado con daño tanto de los intereses públicos del sistema de asistencial, como de los privados de su empleadora. El trabajador puede realizar actividades compatibles con el tratamiento médico que no perjudiquen o retrasen su curación.

<sup>32</sup> Sentencia del TSJ del País Vasco de 31 de mayo de 2016, recurso 955/2016.

caron su recuperación, durante una baja por incapacidad temporal por trastorno adaptativo mixto de origen laboral,<sup>33</sup> y 3) el arbitraje de cinco partidos de fútbol de segunda división B de la Federación Española de Fútbol<sup>34</sup>. En esta última sentencia se trataba de un teleoperador especialista de baja médica por ansiedad que había arbitrado partidos de fútbol de segunda división B. El Tribunal resaltó que se trataba de una actividad eminentemente vocacional y deportiva, sin que se hubiese probado que pudiera perturbar su curación (al contrario, la realización de dicha actividad puede favorecer la superación de su enfermedad psiquiátrica). Tampoco se había acreditado que percibiera ninguna cantidad por encima de la compensación por gastos, no estado de alta en el RGSS por su actividad arbitral. Y tampoco se acreditó su aptitud laboral, que conllevaría la consiguiente simulación, puesto que se trataba de un trabajador con una enfermedad mental que le impide desarrollar su profesión habitual, la cual tiene una exigencia horaria y laboral completamente distinta de la actividad arbitral desarrollada como árbitro de segunda división B de fútbol en cinco fines de semana.

El TSJ de Andalucía con sede en Málaga, en sentencia de 29 de mayo de 2014, recurso 596/2014, declaró compatible con el subsidio de incapacidad temporal la actividad desarrollada por el beneficiario consistente en ayudar a su pareja, quien se encontraba embarazada y prestaba servicios en un concesionario de automóviles, consistente en salir con unos clientes a probar un coche, inspeccionando alguno de los vehículos allí aparcados, cogiendo el teléfono, guardando algunos vehículos en el interior del local y abriendo y cerrando las puertas del mismo. El Tribunal argumentó que dicha actividad no era propiamente laboral sino de ayuda a su pareja, otorgándole la condición de trabajo familiar que, en conse-

<sup>33</sup> Sentencia del TSJ de las Islas Canarias con sede en Tenerife de 6 de julio de 2015, recurso 91/2015.

<sup>34</sup> Sentencia del TSJ de Aragón de 15 de julio de 2016, recurso 504/2016.

cuencia, tampoco vulneraba el pacto de exclusividad establecido en su contrato de trabajo. El TSJ hace hincapié 1) en que dicha actividad no era básicamente la misma que debería haber llevado a cabo en el desempeño de su profesión habitual de comercial para la empresa demandada, ya que ello conllevaba viajar solo a través del Campo de Gibraltar y las provincias de Córdoba y Málaga, y esa soledad era lo que fundamentalmente debía evitar durante la situación de incapacidad temporal; y 2) en que dicha ayuda a su pareja no perjudicaba el proceso de curación del trastorno de ansiedad que le había sido diagnosticado, antes al contrario siguió las prescripciones médicas en el sentido de intentar la compañía constante de algún familiar.

Se ha declarado la incompatibilidad en casos como el de un trabajador en situación de incapacidad temporal para su profesión de director de marketing y gestión de cartera con el diagnóstico de trastorno de ansiedad inespecífico, que mientras estaba percibiendo dicho subsidio prestó servicios en su propio negocio: un restaurante. El TSJ argumentó que el trabajo que desempeñaba cuando inició el proceso de incapacidad temporal conllevaba la realización de tareas sedentarias y que no llevan consigo esfuerzo físico considerable. Por el contrario, en su negocio propio este trabajador realizaba una actividad que necesitaba atención, concentración, memoria y relación interpersonal, conllevando tensión emocional. Se trata de una actividad incompatible con el subsidio de incapacidad temporal que revela la simulación de enfermedad, lo que obliga a declarar la procedencia de su despido disciplinario<sup>35</sup>.

Se ha admitido la compatibilidad en casos de pluriactividad o pluriempleo cuando el proceso de incapacidad temporal afecta a una sola de las actividades laborales. Si un trabajador compatibiliza dos trabajos, uno de ellos sedentario y sin exigencias físicas y pos-

turales (v.gr. administrativo) y otro con una importante exigencia física (por ejemplo, peón de la construcción) es posible que una dolencia física, como una lumbalgia, le impida realizar las tareas propias de su trabajo con mayor exigencia física pero no las del sedentario. Así sucede también con los trabajos que tienen exigencias muy concretas, como un pianista o un cantante. Un problema en la voz o en una mano puede impedirle trabajar como tal. Pero no le impide llevar a cabo trabajos exentos de dicha exigencia.

La sentencia del TS de 19 de febrero de 2002, recurso 2127/2001, declaró la compatibilidad del subsidio de incapacidad temporal con el trabajo. Se trataba de un trabajador afiliado al RETA como trabajador agrario por cuenta propia y simultáneamente al RGSS como auxiliar administrativo a jornada parcial. Este trabajador inició una situación de incapacidad temporal en el RETA con el diagnóstico de hernia discal, continuando prestando servicios como auxiliar administrativo. El Alto Tribunal explica que la incompatibilidad entre la percepción del subsidio de incapacidad temporal y el trabajo no opera en los casos de pluriactividad porque nuestro ordenamiento jurídico impone el deber de afiliación y alta por la realización de distintas actividades. Y no sería lógica esta obligatoriedad de alta y cotización, para luego no reconocer la compatibilidad entre las situaciones que pudieran derivar de la doble afiliación a diferentes regímenes de la Seguridad Social. En el supuesto enjuiciado la dolencia del trabajador (una hernia discal) le impedía realizar la actividad agraria, sometida a graves rigores físicos y climatológicos. Pero esta dolencia no afectaba a la realización de su actividad como trabajador por cuenta ajena –auxiliar administrativo– a tiempo parcial, de naturaleza sedentaria y no sometida a especiales esfuerzos. Por ello, en un supuesto de pluriactividad derivada del ejercicio de dos actividades completamente diferentes es posible que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolla en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional, objeto

<sup>35</sup> Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de abril de 2015, recurso 249/2015.

del otro. La tesis contraria causaría desprotección al trabajador y sería contraria al «efecto útil» de las cotizaciones exigidas respecto de quienes figuran afiliados y en alta en los diferentes regímenes de la Seguridad Social.

La sentencia del TSJ del País Vasco de 28 de octubre de 2003, recurso 1920/2003, argumenta que si era compatible la realización de ambos trabajos, y solo para uno se le ha declarado incapaz de forma temporal, hay que presumir que en el otro podía seguir realizando su prestación. En el mismo sentido, la sentencia del TSJ del País Vasco de 10 de junio de 2003, recurso 1082/2003, explica que una misma alteración de salud puede generar o no una situación de incapacidad temporal en función de cuál sea el concreto trabajo que se desempeñe. Pone como ejemplo la rotura de un tendón del dedo meñique de su mano no rectora. Este trabajador estará impedido para desempeñar trabajos que requieran moverlo pero no otros en los que no concurra esa circunstancia, por lo que si el trabajador afectado estuviere pluriempleado simultaneándolos, no debe considerarse que se encuentra en situación de incapacidad temporal para los dos, cuando en realidad solo lo está para uno.

En sentido contrario la sentencia del TSJ de Madrid de 15 de diciembre de 2014, recurso 745/2014, admite la compatibilidad únicamente en los casos de pluriactividad pero no en los de pluriempleo, como el examinado por ella, concluyendo que concurre la incompatibilidad del art. 132.1 LGSS de 1994.

## 6. EL FRAUDE EN LA INCAPACIDAD TEMPORAL

La Recomendación número 13 del Pacto de Toledo se refirió a la necesidad de mejorar la gestión de la prestación de incapacidad temporal para frenar las causas del fraude dentro del sistema público de acceso y permanencia de las prestaciones. El art. 175 de la LGSS establece que el derecho al subsidio de incapacidad temporal podrá ser denegado, anulado

o suspendido cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación y cuando trabaje por cuenta propia o ajena. El control de las bajas médicas con la finalidad de evitar el fraude en la percepción de esta prestación constituye el hilo conductor de las sucesivas reformas de este subsidio<sup>36</sup>. Con la misma finalidad, el art. 2.2 del RD 625/2014 dispone que se pondrán a disposición de los médicos «*tablas de duración óptima tipificadas por los distintos procesos patológicos susceptibles de generar incapacidades, así como tablas sobre el grado de incidencia de aquellos procesos en las distintas actividades laborales*». El INSS ha publicado el Manual de Tiempos Óptimos de Incapacidad Temporal, dirigido a los médicos que tienen que realizar una estimación de la duración de una situación de incapacidad temporal, con la finalidad de que se utilice como herramienta de respaldo técnico de la decisión del facultativo.

Los pronunciamientos de los Tribunales revelan una gran casuística que dificulta establecer criterios generales, debiendo estarse a las circunstancias del caso concreto.

### 1) *Fraude en el alta en la Seguridad Social tendente a conseguir la prestación de incapacidad temporal*

Se ha declarado la existencia de fraude en supuestos de dolencias preexistentes en los que no se realizó ninguna actividad lucrativa sino que el alta en la Seguridad Social era meramente instrumental con la única finalidad de devengar el subsidio por desempleo. Así, la sentencia del TSJ de Madrid de 30 de mayo de 2005, recurso 963/2005, declaró la existen-

<sup>36</sup> PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: «El tratamiento jurisprudencial de la actuación fraudulenta en la incapacidad temporal», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 7, 2016, págs. 143 y 144, menciona las siguientes reformas dirigidas a atajar el fraude en la prestación de incapacidad temporal: el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril; la Ley 24/2001, de 27 de diciembre; la Ley 30/2005, de 29 de diciembre; el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre; la Ley 35/2010 y el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio.

cia de fraude de ley en un supuesto en que se había cursado el alta en el RETA el día 17-11-2003 con efectos del día 1 de dicho mes y año, habiéndose acogido a la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal por contingencias comunes. El alta en el censo de actividades económicas se formalizó el 14-11-2003 con efectos del día 1 y a los pocos días (el 1-12-2003) esta trabajadora autónoma causó baja médica con el diagnóstico de dolor en el cuello, que era la misma patología por la que estaba siendo atendida con anterioridad por diversos médicos especialistas, ya que venía presentando inestabilidad vertiginosa y dolores cervicales. Se había tramitado un expediente de incapacidad permanente por esa misma patología, en el que se describió un cuadro residual de esguince cervical, protrusión C5-C6 sin afectación mielorradicular y contractura cervical, dictándose resolución desestimatoria por el INSS. Tampoco se acreditó actividad alguna por la demandante que diera soporte al alta en el RETA. El Tribunal concluyó que se trataba de un alta en el RETA y cobertura de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes que en modo alguno se justificó sobre una verdadera actividad y concurrencia de requisitos para su inclusión en este Régimen Especial, solicitando, a los pocos días de la formalización del alta, la prestación por unas dolencias que ya venía padeciendo. En definitiva, el alta en el RETA no se produjo por realizar la trabajadora de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo sin sujeción por ella al contrato de trabajo, debiéndose considerar que el alta en el RETA fue fraudulenta y meramente instrumental, decayendo su derecho a percibir la prestación de incapacidad temporal.

La sentencia del TSJ de Castilla y León con sede en Burgos de 9 de marzo de 2017, recurso 65/2017, apreció la concurrencia de fraude en un supuesto en que un trabajador autónomo estando de alta en el RETA había solicitado varias veces la pensión de incapacidad permanente para la profesión de administrador de una sociedad, siéndole denegada.

Posteriormente fue contratado laboralmente, constando como causa de dicho contrato la de «cortar leña», declarándose probado que esta sociedad y el trabajador convinieron que la sociedad le contrataría como trabajador para intentar que se le concediera la incapacidad permanente, a sabiendas de sus problemas de salud y de que como trabajador autónomo no le habían concedido la pensión de incapacidad permanente por su condición de administrador de una sociedad, concertando un salario que conllevaba una base de cotización similar a la que este trabajador venía declarando como trabajador autónomo y superior a la correspondiente a su categoría profesional.

También apreció el fraude la sentencia del TSJ de Andalucía con sede en Granada de 23 de octubre de 2014, recurso 1530/2014, argumentando que la trabajadora pretendió preconstituir una relación laboral sobre la base de una breve contratación, cuya realidad no consta, a los solos efectos de acceder a las prestaciones de incapacidad temporal. Se trataba de una trabajadora que suscribió un primer contrato de trabajo temporal con un ayuntamiento el día 16-5-2013 para la prestación de servicios como peón de la construcción, finalizando la relación laboral el 30-5-2013. A los cuatro días de ser contratada (el 20-5-2013) inició un proceso de incapacidad temporal por enfermedad común con diagnóstico de trastorno disocial depresivo, siendo dada de alta el 8-11-2013. Al menos desde el 4-8-2012 esta trabajadora, con cociente intelectual «border line», venía diagnosticada trastornos del comportamiento. A partir de estos hechos, así como de la falta de prueba de que las alteraciones del comportamiento que se mantenían desde febrero de 2013 hubiesen mejorado o desaparecido al tiempo de la contratación, el TSJ llega al convencimiento de que esta beneficiaria había actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación.

Por el contrario, se negó la existencia de fraude en la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 25 de abril de 2014, recurso 6/2014, en un supuesto en que la trabajadora había es-



tado de alta en el RETA del 1-2-2004 al 31-8-2012, cursándose su alta en el RGSS a partir del 3-9-2012 en virtud del contrato de trabajo temporal suscrito por aquella con un mes previsto de duración hasta el 2-10-2012. La demandante permaneció de baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común del 1-8-2011 al 7-2-2012. Después de dicho momento volvió a asistir a los servicios médicos el 22-8-2012, constatándose la existencia de un episodio depresivo mayor, con indicación de acompañamiento familiar y revisión en un mes. Y finalmente inició nuevo proceso de incapacidad temporal el 21-9-2012, con respecto al cual le fue denegado por la mutua codemandada el pago directo por entender que concurría por su parte la actuación fraudulenta en cuestión. El Tribunal argumenta 1) que no existe el más leve indicio de que en el periodo de más de ocho años de permanencia de alta en el RETA la interesada no desarrollara una actividad profesional susceptible de encuadramiento en tal régimen; 2) no cabe cuestionar que la interesada fuera contratada de manera temporal tras su baja en el RETA, que le hubiera bastado con prolongar unos días más para acceder sin mayores problemas a la nueva prestación por incapacidad temporal; 3) después de tras la baja en el RETA, si la interesada hubiera constado como demandante de empleo se habría colocado en situación de alta o asimilada según lo establecido en el art. 36.1.1 del RD 84/1996 de 26 de enero, conservado el derecho al subsidio de incapacidad temporal; y 4) tampoco se contienen en la sentencia de instancia afirmaciones inequívocas sobre una hipotética inexistencia de prestación real de servicios en el periodo de contratación temporal. En definitiva, la contratación temporal considerada no era necesaria para generar el derecho del que se trata, si se hubieran producido aquellas otras situaciones alternativas.

Asimismo se rechazó el fraude por el TSJ de Andalucía con sede en Granada en sentencia de 27 de noviembre de 2013, recurso 1901/2013, en un supuesto en que el trabajador había iniciado un proceso de incapacidad temporal por enfermedad común que se pro-

longó del 9-1-2012 al 16-7-2012 por rotura de tendón no traumática, siendo dado alta por la Inspección Médica por presentar una situación de mejoría de sus lesiones que no le impedían la realización de las tareas fundamentales de su profesión. Dos meses y medio después (en fecha 1-10-2012) fue contratado por un ayuntamiento como albañil desde la situación de preceptor de subsidio desempleo para mayores de 52 años, causando nueva baja médica por enfermedad común dos días después (el 3-10-2012) con el diagnóstico de rotura tendón no traumática. El Tribunal argumentó que la contratación de este trabajador difícilmente podía haberse negado por una patología preexistente pero que no puede considerarse invalidante para el correcto desarrollo de las tareas propias de su profesión habitual de albañil, habida cuenta que tan solo unos meses antes había sido alta de su proceso de baja anterior por idéntica dolencia, al haber considerado la Inspección Médica, tras su estudio y valoración por la UVMI, que presentaba una situación de mejoría de sus lesiones, que no le impedían la realización de las tareas fundamentales de su profesión de albañil. Además, su situación al tiempo de la contratación era la de preceptor de subsidio de desempleo para mayores de 52 años, por lo que su rechazo le hubiera acarreado su pérdida. El TSJ explica que su contratación vendría amparada por el derecho al trabajo que recoge la Carta Magna, para el cual además se encontraba apto, así como por la situación de necesidad en que se encuentra todo aquél que carece de ocupación efectiva o de cualesquiera tipo de ingresos.

## 2) *Fraude para conseguir un incremento de la cuantía del subsidio*

Se ha apreciado el fraude en el caso de un músico que confeccionaba los boletines de cotización de todos los trabajadores de la empresa demandada con las bases mínimas vigentes, de acuerdo con lo pactado con estos trabajadores. Este trabajador y el empleador acordaron incrementar las bases de cotización del demandante desde enero de 2005 con el objeto de incrementar la base reguladora de la pensión de jubilación.

El trabajador continuó elaborando los boletines de cotización TC4/5 del resto de trabajadores con las bases mínimas, declarándose probado que no existió «ninguna modificación en la prestación de servicios del actor que justificase dicho incremento a diferencia del resto de trabajadores». El demandante sufrió un accidente laboral el 28-8-2005. El TSJ argumentó que estos indicios patentizan la existencia de una conducta fraudulenta tendente a incrementar injustificadamente la cotización a la Seguridad Social del actor con miras a futuras prestaciones, sin que el incremento de cotizaciones acordado por la empresa y el trabajador que se hizo efectivo desde enero de 2005 estuviese justificado por ninguna modificación en la prestación de servicios del demandante<sup>37</sup>.

## 7. CONTROL DEL ABSENTISMO POR EL SERVICIO DE PREVENCIÓN DE LA EMPRESA

Un servicio de prevención externo no puede controlar el absentismo. La sentencia del TSJ de Navarra de 4 de octubre de 2016, recurso 362/2016, confirmó la sentencia de instancia, que había ratificado una sanción administrativa impuesta a la empresa de prevención que había realizado el seguimiento de bajas de trabajadores en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, controlando el absentismo laboral a efectos de la percepción de una mejora voluntaria de la Seguridad Social, efectuando reconocimientos médicos a aquellos trabajadores y emitiendo informes sobre su aptitud laboral, que, en un caso, utilizó la empresa cliente se basó para despedir al trabajador por ineptitud sobrevenida<sup>38</sup>.

El Tribunal argumentó que la actividad desempeñada por el servicio de prevención excedía de la normativa que regula dichos servicios. El

contrato suscrito entre la recurrente y la empresa cliente para la prestación por la primera de la actividad del servicio de prevención ajeno, incluyó una función adicional concreta y específica que fue denominada «atención sanitaria continuada» con base en la cual y a petición de la empresa cliente, se recibiría en consulta médica a los trabajadores de la empresa que consideren que deban ser citados de modo que el personal sanitario del servicio de prevención conozca las enfermedades que se produzcan entre los trabajadores y las ausencias del trabajo por motivos de salud a fin de poder identificar cualquier relación entre la causa de enfermedad o de ausencia y los riesgos para la salud que puedan presentarse en los lugares de trabajo.

Se introdujo así una actuación al margen de la normativa de prevención, como es la de verificación del absentismo, que resulta ajena al ámbito preventivo en donde debe desarrollarse la actividad de la recurrente. El Real Decreto 843/2011, de 17 de junio no autoriza a la recurrente a desarrollar las actividades llevadas a cabo. Sus artículos 3.1.b) y 3.2 solo autorizan a «estudiar» y «conocer» las enfermedades «a los solos efectos de poder identificar cualquier relación entre las causas de la enfermedad o la ausencia y los riesgos para la salud que puedan presentarse en los lugares de trabajo». Pero no permiten atender a finalidades diferentes como son las referentes al control sobre el absentismo laboral a los efectos de percepción de un complemento, o las relativas al control de bajas para determinar posteriormente la aptitud de un trabajador para desempeñar su puesto de trabajo. Las actividades de los servicios de prevención están limitadas y específicamente tasadas, sin que tales Servicios puedan incluir entre sus actuaciones, otras diferentes. No es dable confundir el poder de dirección del empleador y el ámbito de actuación meramente preventivo. La actividad de verificación del absentismo está permitida a las empresas en relación con sus propios trabajadores, pero es ajena al ámbito preventivo y a las actividades establecidas como autorizadas a los servicios de prevención ajenos en ese ámbito.

<sup>37</sup> Sentencia del TSJ de Aragón de 26 de mayo de 2010, recurso 304/2010.

<sup>38</sup> Vide POQUET CATALA, R.: «Control del absentismo por los servicios de prevención», *Derecho de las relaciones laborales*, nº 7, 2017, págs. 624 a 630.

## BIBLIOGRAFÍA

- DUEÑAS HERRERO, L.J.: «¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad integrado en la Directiva 2000/78/CE: a propósito de la STJUE Daouidi de 01-12-2016», *Derecho de las relaciones laborales*, nº 5, 2017.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «El problemático control de la incapacidad temporal en el Régimen General», *Temas Laborales*, nº 136, 2017.
- MÉJICA, J.: *Derecho sanitario de la incapacidad temporal*, Comares, Granada, 1998.
- MERCADER UGUINA, J. R.: «La fábula del paciente simulador y el terapeuta crédulo o los mitos de la incapacidad temporal», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 8, 2009.
- PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: «El tratamiento jurisprudencial de la actuación fraudulenta en la incapacidad temporal», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 7, 2016.
- POQUET CATALA, R.: «Control del absentismo por los servicios de prevención», *Derecho de las relaciones laborales*, nº 7, 2017.
- SAGARDO Y ABOGADOS: «Convenios colectivos y complementos por incapacidad temporal. Hacia una necesaria reforma legislativa», *Expansión.com*, 7-10-2010.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y TORTUERO PLAZA, J. L.: «Dos apuntes sobre las mutuas patronales y su gestión de la incapacidad temporal», *Foro de Seguridad Social*, nº 12/13.
- TORTUERO PLAZA, J.L.: «Incapacidad temporal: límites del principio de oficialidad y el juego de las reglas de prescripción y retroactividad», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, número extraordinario: doctrina judicial en materia de Seguridad Social: balance y análisis selectivo de sentencias del año 2015.
- VILLAR CAÑADA, I.M.: «El principio de oficialidad en la prestación de incapacidad temporal. A vueltas con la prescripción y la caducidad de las prestaciones de Seguridad Social», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 6, 2016.

**RESUMEN**

La prestación de incapacidad temporal, dominada por el riesgo moral, ha sido objeto de continuas reformas con la finalidad de controlar el gasto, buscando un equilibrio entre la protección del trabajador y el control del absentismo. En primer lugar examinamos los requisitos de este subsidio, explicando que no toda asistencia sanitaria con impedimento laboral conlleva el devengo de esta prestación. Diferenciamos entre los procesos de incapacidad temporal de corta y de larga duración, haciendo especial mención a la problemática de la denominada «incapacidad temporal indefinida discontinua»: las recaídas de las mismas dolencias que generan sucesivos procesos de incapacidad temporal por la misma patología, sin efectiva solución de continuidad.

También abordamos los supuestos en los que una mutua que cubre el riesgo de accidente de trabajo emite un parte médico de alta por curación y el trabajador, en vez de impugnar judicialmente la baja, acude a su médico de cabecera, quien emite un parte médico de baja derivado de enfermedad común y el trabajador solicita que se declare que este segundo proceso de incapacidad temporal es de etiología laboral y no común.

En el caso de prestaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedad común o accidente no laboral, el subsidio se abona por el empleador desde el tercero al decimoquinto día de baja pero ello no altera su naturaleza de prestación de la Seguridad Social. Se trata de una prestación pública abonada por una empresa, aplicándose el sistema de obligaciones y garantías accesorias establecidas en el régimen público de la Seguridad Social al objeto de garantizar la efectiva percepción de la prestación.

Entre las medidas de control de esta prestación, se examinan los partes médicos de baja, de confirmación y de alta, los informes complementarios y de control que deben emitir los facultativos de los servicios públicos de salud y el control y seguimiento de la prestación económica de la incapacidad temporal por parte del personal médico y no sanitario del INSS, el ISM y las mutuas.

La doctrina judicial ha diferenciado entre actos de gestión de la prestación de incapacidad temporal, que las mutuas pueden realizar, y actividad sancionadora, prohibida a las mutuas. La gestión de las mutuas respecto del subsidio de incapacidad temporal por contingencias comunes alcanza a la dinámica «ordinaria» de la prestación, el fraude, la anulación del subsidio por inexistencia disimulada con fraude de los requisitos para conservar el derecho, la desatención al tratamiento médico y el desempeño de actividad laboral.

Se impone a los beneficiarios del subsidio de incapacidad temporal el deber de recoger los avisos dejados por Correos en su domicilio. La doctrina jurisprudencial les ha impuesto un deber de diligencia utilizando el concepto jurídico indeterminado de la «diligencia debida al ciudadano medio».

Los Tribunales han rechazado que las mutuas puedan cambiar la contingencia determinante de la incapacidad temporal de contingencia laboral a contingencia común como consecuencia de la negativa del trabajador a someterse al tratamiento pautado.

En cuanto a los procesos de incapacidad temporal de larga duración (más de 365 días), en ellos cesa la competencia de los facultativos del Servicio Público de Salud, de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y de los servicios médicos de la propia empresa que asegura a sus trabajadores. El INSS y el ISM son los únicos competentes para gestionar esta prestación de incapacidad temporal. Cuando finaliza el plazo de 365 días de la prestación de incapacidad temporal la Entidad Gestora tiene tres opciones: 1) iniciar un expediente de incapacidad permanente, cuando el trabajador presenta

reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas que disminuyan o anulen su capacidad laboral; 2) prorrogar el proceso de incapacidad temporal, si las dolencias del trabajador todavía no son susceptibles de determinación objetiva ni previsiblemente definitivas, lo que impide tramitar todavía el expediente de incapacidad permanente; y 3) emitir el alta médica por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS o el ISM. Si las dolencias del trabajador no le impiden trabajar o no comparece injustificadamente a los reconocimientos médicos convocados por la Entidad Gestora, deberá emitir el alta médica.

El principio de oficialidad se aplica a las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedad común en trabajadores por cuenta ajena puesto que ellos no tienen obligación alguna de colaborar documentalmente en la gestión de la contingencia. Pero la doctrina jurisprudencial no aplica este principio de oficialidad a los trabajadores por cuenta ajena que no están dados de alta en la Seguridad Social, cuestionándose previamente la existencia de relación laboral así como la calificación del accidente como laboral. El TS argumenta que cabe entender que el beneficiario tiene la obligación de colaborar documentalmente en la gestión de la contingencia y por tanto tiene que formular la correspondiente solicitud.

En cuanto a la compatibilidad de la prestación de incapacidad temporal con las actividades del trabajador, la doctrina jurisprudencial solo considera sancionable con el despido aquella actividad que pueda perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud laboral de éste con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa. Se ha declarado la compatibilidad del subsidio de incapacidad temporal con la realización de actividades lúdicas, como una actuación de magia; actuaciones gratuitas con un grupo musical, por simple afición, consumiendo algunas bebidas alcohólicas que por su escasa magnitud no perjudicaron su recuperación; el arbitraje de cinco partidos de fútbol de segunda división B de la Federación Española de Fútbol; o la ayuda a la pareja, quien se encontraba embarazada y prestaba servicios en un concesionario de automóviles, consistente en salir con unos clientes a probar un coche, inspeccionando alguno de los vehículos allí aparcados, cogiendo el teléfono, guardando algunos vehículos en el interior del local y abriendo y cerrando las puertas del mismo.

Por el contrario, se ha declarado la incompatibilidad en casos como el de un trabajador en situación de incapacidad temporal para su profesión de director de marketing y gestión de cartera con el diagnóstico de trastorno de ansiedad inespecífico, que mientras estaba percibiendo dicho subsidio prestó servicios en su propio negocio: un restaurante.

Se ha admitido la compatibilidad en casos de pluriactividad o pluriempleo cuando el proceso de incapacidad temporal afecta a una sola de las actividades laborales.

Por último, se examina también el fraude en esta prestación.

**Palabras clave:** Incapacidad temporal; parte médico de baja; asistencia sanitaria; principio de oficialidad.

**ABSTRACT**

The benefits for temporary disability, which is dominated by moral risk, have been subject to continuous reforms in order to control spending, seeking a balance between the protection of workers and the control of absenteeism. Firstly, we examine the requirements to be entitled to these benefits, explaining that not every medical care with work impairment entails the accrual of this subsidy. We distinguish between short and long-term temporary disability, highlighting the problem of the so-called “discontinuous indefinite temporary disability”: relapses of the same complaints that generate successive processes of temporary disability for the same pathology, without any effective interruption.

We also address the cases in which a mutual insurance company that covers the risk of an accident at work issues a medical discharge and the worker, instead of judicially challenging the sick leave, visits his family doctor, who issues another sick leave for common illness and the worker requests that this second process of temporary disability is of labour nature and not of common aetiology.

In the case of temporary disability benefits derived from a common illness or an accident not related to work, the subsidy is paid by the employer from the third to the fifteenth day of sick leave, but this does not alter the nature of the Social Security benefit. It is a public benefit paid by a company, applying the system of obligations and ancillary guarantees established in the public system of the Social Security scheme in order to guarantee the effective payment of the benefit.

Among the control measures of this benefit, the following: medical certificates of sick leave, confirmation reports and discharge reports, complementary and control reports that must be issued by physicians of public health services and the control and monitoring of the financial benefit of temporary disability by medical and non-medical personnel of the INSS, the ISM and mutual insurance companies.

Judicial doctrine has differentiated between acts of management of temporary disability benefits, which can be performed by mutual insurance companies, and sanctioning activity, prohibited to them. The management of temporary disability benefits by mutual insurance companies for common contingencies reaches the “ordinary” dynamics of the benefit, fraud, annulment of the subsidy due to fraud for not meeting the requirements to continue to be entitled to it, lack of undergoing medical treatments and performing labour activities.

Beneficiaries of temporary disability subsidy must collect the notices left by the post office at home. Jurisprudential doctrine has imposed some proceedings on them using the indeterminate legal concept of “proceedings imposed to the average citizen”.

Courts have rejected that mutual insurance companies can change the contingency determining the temporary labour disability to common contingency as a result of the refusal of the worker to undergo the prescribed treatment.

Regarding the processes of long-term temporary disability (more than 365 days), Public Health Service physicians, mutual insurance companies collaborating with Social Security and in-company medical services are not responsible for it any longer. It is the responsibility of the INSS and the ISM to manage this temporary disability benefit. When the 365-day period of temporary disability benefit expires, the Management Entity has three options:

- 1) initiate a permanent disability procedure, when a worker presents serious anatomical or functional impairments that are susceptible to be objectively determined and likely definitive that diminish or annul his/her work capacity;
- 2) to extend the procedure of temporary disability, if the worker’s illnesses are not yet susceptible of objective determination or likely definitive, which prevents the procedure of permanent disability to be started yet;

3) to issue a medical discharge certificate due to a cure or to an unjustified non-appearance to the medical examinations called by the INSS or the ISM. If the worker's complaints do not prevent him from working or there is not a justified reason for non-appearance to the medical examinations called by the Managing Entity, a medical discharge certificate will be issued.

The principle of official nature must be applied to temporary disability benefits derived from common illnesses in employees, since they have no obligation to collaborate with documents in the management of the contingency. But jurisprudential doctrine does not apply this principle of official nature to employees who are not registered in the Social Security scheme, previously questioning the existence of an employment relationship as well as the classification of the accident as a labour contingency. The Supreme Court argues that it should be understood that the beneficiary has the obligation to collaborate with documents in the management of the contingency and therefore he/she has to submit the corresponding application.

Regarding the compatibility of temporary disability benefits with the activities of workers, jurisprudential doctrine only considers punishable by dismissal those activities that may disrupt workers' recovery or simulate their inability to work to the detriment of the company. Some recreational activities have been declared as being compatible with temporary disability benefits, such as magic shows; free performances with a music band, as a simple hobby, consuming some alcoholic beverages that due to their small volume did not harm their recovery; the refereeing of five second division football matches of the Spanish Football Federation; or helping the spouse, who was pregnant and was working in a car dealership, in some labour activities consisting of going out with some customers to try a car, inspecting some of the vehicles parked there, picking up the phone, driving some vehicles into the premises and opening and closing their doors.

On the other hand, some other activities have been declared to be incompatible, such as a worker in a situation of temporary disability for his profession of marketing and portfolio management director being diagnosed with a non-specific anxiety disorder who received a subsidy at the same time as he was working in his own restaurant.

Compatibility has been admitted in cases of multiple or simultaneous jobs when the process of temporary disability only affects one of the labour activities.

Finally, fraud related to this benefit is also examined.

**Keywords:** Temporary disability; medical sick certificate; health assistance; officiality principle.

# Riesgo durante la lactancia natural

# Risk during breastfeeding

M<sup>a</sup> VALVANUZ PEÑA GARCÍA\*

## 1. INTRODUCCIÓN

La prestación social de riesgo durante la lactancia natural, fue introducida en nuestro Sistema de Seguridad Social a través de la Ley Orgánica 3/2007, de 3 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres<sup>1</sup>, (en adelante, LOI); cuyo objetivo general era favorecer la integración de la mujer en el ámbito laboral, favoreciendo así la conciliación de su vida profesional con la personal y familiar.

Esta regulación, completó la adaptación a nuestro ordenamiento de las previsiones contenidas en la Directiva 1992/82/CEE, de 19 de octubre, del Consejo, de Aplicación de Medidas para promover la mejora de la Seguridad y Salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al

apartado 1 del Art. 16 de la Directiva 89/391/CEE<sup>2</sup>).

La LOI 3/2007 supuso, a su vez, la modificación del Art. 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en lo sucesivo LPRL)<sup>3</sup>, al disponer la protección de las trabajadoras y del hijo recién nacido frente a la situación de riesgo durante la lactancia natural cuando las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora o del hijo (Art. 26.4 LPRL).

La LOI 3/2007 completo el cuadro de protección de la mujer trabajadora en España, en situación de embarazo o del feto, ya que existía una laguna, que, en el ámbito de la Seguridad Social, dejaba fuera de tutela la situación de incompatibilidad entre la lactancia natural y trabajo.

Esta incompatibilidad, que podía cubrirse en el ámbito exclusivamente preventivo, con una aplicación directa de la Directiva 89/391/

\* Profesora Asociada Doctora. Departamento de derecho del trabajo y la seguridad social. Universidad Complutense de Madrid. Juez (suplente) de los Juzgados de lo Social de Madrid.

<sup>1</sup> BOE de 23 de marzo.

<sup>2</sup> DOCE L, 348, de 28 de noviembre.

<sup>3</sup> BOE de 10 de noviembre.



CEE, que sí hacía mención expresa al periodo de lactancia natural, no encontraba en el ámbito de la Seguridad Social una protección equivalente en el sentido de quedar reconocida, expresamente, como una de las contingencias protegidas por la Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre)<sup>4</sup>.

Anteriormente a la LOI, el riesgo durante la lactancia natural se protegía, exclusivamente por el artículo 26 de la LPRL. Este disponía, que cuando la evaluación de riesgos laborales de un puesto de trabajo revelase una posible repercusión sobre la lactancia, o lo que es lo mismo la posibilidad de influir negativamente en la salud de la madre o del hijo lactantes, debían aplicarse las medidas previstas en los apartados 1 y 2 de este precepto, es decir adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo, o cambio del puesto de trabajo; pero no se aplicaba la medida suspensiva, que se aplicaba solo en el supuesto de riesgo durante el embarazo.

Esta laguna de la no protección de la mujer lactante, a través del derecho a suspender el contrato, se había criticado por la doctrina, al entender, que no satisfacía plenamente el espíritu de la Directiva 92/85/CEE<sup>5</sup>.

Es una prestación que no se prevé únicamente para las trabajadoras con contrato de trabajo, sino que su aplicación se extiende también a las funcionarias, contratadas administrativas y personal estatutario, integrado en el Régimen General y a todos los regímenes del sistema de Seguridad Social, siendo de aplicación supletoria a los Regímenes especiales de los funcionarios<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> BOE de 31 de octubre.

<sup>5</sup> Vid. LASAOSA IRIGOYEN, E. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Disposición Adicional 18. Modificaciones de la Ley General de Seguridad Social», en VV.AA: Comentarios a la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, par la Igualdad Efectiva de mujeres y hombres». Aranzadi 2008, p. 942

<sup>6</sup> Artículo 1 del RD 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 em-

Las modificaciones que introdujo la Ley Orgánica de Igualdad, fueron las siguientes<sup>7</sup>:

– Se incrementa la cuantía de la prestación económica, que pasa a ser del 100 por 100 de la base reguladora establecida para la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. Anteriormente el subsidio era del 75% de la base reguladora correspondiente a la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. (Artículo 189 LGSS, en relación con el artículo 187 del mismo texto legal).

– Ya no es necesaria la exigencia de un periodo mínimo de cotización para acceder a la prestación económica de riesgo durante el embarazo. Anteriormente, era necesario acreditar 180 días de cotización dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante.

## 2. REGULACION

Tras la entrada en vigor de la LOI, entran por tanto, en juego tres preceptos, para regular esta situación:

- El artículo 45 e) del Estatuto de los trabajadores, RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores<sup>8</sup>, en adelante, ET, que recoge entre los supuestos que dan lugar a la suspensión del contrato, entre otras situaciones, la de «riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses». Asimismo, este precepto, hay que ponerle en relación con el artículo 48.8 del mismo texto legal, que dispone, que «La suspensión del contrato finalizara el día en que se inicie la suspensión del contrato por mater-

barazo y durante la lactancia natural. BOE de 21 de marzo. Este Real Decreto, deroga, al RD 1251/ 2001, de 16 de noviembre.

<sup>7</sup> Modificaciones referidas de forma común al «Riesgo durante el embarazo» y «Riesgo durante la lactancia natural»

<sup>8</sup> BOE 24 octubre.

nidad biológica o el lactante cumpla nueve meses, respectivamente, o, en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.»

- El artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que equipara en el apartado cuarto la situación de lactancia natural a la de embarazo «si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo», aparte de otros requisitos relativos a la acreditación de tal situación.
- La Ley General de Seguridad Social, en adelante TRLGSS; regula esta prestación para suplir la pérdida de rentas en caso de que se proceda a la suspensión del contrato, en el Capítulo VIII del Título II. (Artículos 186 a 189, regulándose en los artículos 186 y 187, la prestación por riesgo durante el embarazo y en los artículos 188 y 189, la prestación por riesgo durante la lactancia natural). En este, en el artículo 188, se define expresamente la situación protegida como «el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.3 de la LPRL, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados»<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> El artículo 49 del RD 295/2009, en consonancia con el artículo 188 de la LGSS, define esta contingencia en los términos siguientes: « Se considera situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26.3 de la LPRL, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados»

De la conjunción de los tres preceptos, podemos señalar, que la prestación, exige, para su reconocimiento, que el contrato de la mujer lactante, este en suspenso, por riesgo para su salud o la de su hijo; a su vez, para que se pueda producir dicha suspensión se requiere que exista un riesgo específico para la lactancia (que afecte, o bien al hijo que alimenta a través de la misma, o bien a la madre) y que el citado riesgo no pueda evitarse mediante la adaptación del puesto de trabajo, o en caso de que esto resulte imposible o insuficiente, mediante el cambio de puesto.

Es decir, en la legislación laboral tal contingencia se prevé como una suspensión del contrato de trabajo (artículo 45.1 e) y 48.8 ET), en la de prevención de riesgos laborales, como situación especialmente protegida a efectos de seguridad y salud en el trabajo (artículo 26.3 LPRL); y en la de Seguridad Social, aparece como contingencia que da derecho a prestación económica (Art. 186 y 187 LGSS, desarrollados por el Capítulo IV del RD 295/2009)<sup>10</sup>.

### 3. FINALIDAD

La finalidad de esta protección, es la adopción de las medidas necesarias para evitar que las trabajadoras embarazadas estén expuestas a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan afectar negativamente a su salud o a la del feto, medidas, que, en función de las circunstancias concurrentes requerirán el cambio temporal de puesto de trabajo, y que en caso, extremo pueden exigir la paralización o suspensión de la prestación de servicios (artículo 26 LPRL y Directiva 92/85/CEE). Si dicho cambio no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada

<sup>10</sup> RD 295/09, 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 durante la lactancia natural. BOE de 21 de marzo. Este Real Decreto, deroga, al RD 1251/ 2001, de 16 de noviembre.

a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1e) del T y 26.3 LPRL.

En principio, esta situación, fue creada, para trabajadoras con contrato de trabajo, pero también, se extiende a otras modalidades, ya que o bien, por el cauce de la LPRL (que se aplica también en el ámbito de la función pública y a las cooperativas de trabajo), o bien por el cauce de la legislación de Seguridad Social (en la que también se comprende a las trabajadoras autónomas y otras formas de trabajo), se protege a todas las madres trabajadoras. Por ello el RD 295/2009, que desarrolla, los artículos 186 y 187 LGSS, extiende su aplicación a todos los Regímenes del sistema de seguridad social (artículo 1.1), incluye expresamente a funcionarias del Régimen General y personal estatuario sanitario (artículo 1.2) y declara su aplicación supletoria a los Regímenes Especiales de funcionarios (artículo 1.3)<sup>11</sup>.

De esta regulación, se puede concluir que el fin de esta prestación económica, es sustituir parcialmente la pérdida salarial durante el tiempo de suspensión del contrato, con subsistencia de la obligación de cotizar, lo cual constituye una prestación complementaria (artículo 144.4 LGSS).

#### 4. SITUACIONES PROTEGIDAS

Es situación protegida, el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado (artículo 186 LGSS y artículo 31 del RD 295/2009, en relación con el artículo 26.3 de la LPRL), el cambio no es técnica

u objetivamente posible, o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados<sup>12</sup>, es decir, tienen que darse dos elementos a la vez, en el caso de las trabajadoras por *cuenta ajena*: –La existencia de un riesgo, que consista en que las condiciones de trabajo puedan influir negativamente en la salud de la mujer que está en periodo de lactancia natural por el hecho de estar en tal situación, o influyan en la salud de su hijo menor de nueve meses;

– La imposibilidad de adaptar las condiciones de trabajo o de traslado a otro puesto compatible con la lactancia, de conformidad con el artículo 26.4 LPRL.

Para acceder a la prestación, no es solo necesario, tener la condición de madre biológica de un niño menor de nueve meses, sino que es necesario acreditar el hecho de la lactancia natural mediante un certificado médico, ya que la falta de acreditación de la situación de lactancia, es causa de denegación de la prestación, como indica la jurisprudencia<sup>13</sup>.

En el supuesto de *trabajadoras por cuenta propia*, no puede hablarse «stricto sensu» de suspensión del contrato de trabajo, ni tampoco de la decisión empresarial de cambiar de puesto a la empleada, sino, que, lo que se produce, sin más es la interrupción de la prestación profesional por cuenta propia, motivada por la presencia de un riesgo específico para la lactancia<sup>14</sup>. Este riesgo, se mantiene, eso sí en los mismos términos para estas trabajadoras, según lo dispuesto en el artículo 40 del RD 295/2009, de 6 de marzo, exigiéndose, además, para disfrutar de la prestación económica, que los servicios médicos de la Entidad Gestora correspondiente certifiquen que el desempeño de la actividad profesional influye

<sup>11</sup> Artículo 1.3 RD 295/08, dispone «Este Real Decreto, será de aplicación supletoria en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia en todo lo que no se oponga a lo preceptuado en la normativa general del Régimen correspondiente».

<sup>12</sup> STSJ Navarra de 27.03.2002 y STSJ Aragón 18.11.2002.

<sup>13</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 24.10.2012 (AS 2012,106).

<sup>14</sup> LASAOSA IRIGOYEN, E. «Delimitación de la situación protegida en la prestación por riesgo durante la lactancia natural», en VV.AA., «Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social». Ediciones Laborum, Murcia 2017, pág. 155 y ss.

negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto.

La jurisprudencia, ha delimitado de forma muy precisa esta prestación y así, en la STS de 22 de noviembre de 2011, entre otras muchas, dispone, «Se trata de una situación protegida cuya complejidad se pone de relieve porque la misma no responde solo a una decisión sobre la existencia del riesgo, sino que depende también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a un puesto de trabajo compatible con la situación de la lactante, medidas que de no adoptarse, siendo posibles y procedentes, plantearían el problema de la eventual responsabilidad de la empresa por esta omisión, pues el derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no debería verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o la movilidad, de la misma forma que la entidad gestora tampoco tendría que soportar –al margen de la procedencia, en su caso, del anticipo de la prestación– el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido con sus obligaciones preventivas».

Si bien la situación protegida, puede, en un principio, parecer muy clara (la sustitución de las rentas dejadas de percibir por la trabajadora a consecuencia de la suspensión de su contrato de trabajo), se plantean varias cuestiones interpretativas, ya que, no queda claro, cual es la situación que se pretende tutelar, si la lactancia natural en si misma, como un hecho beneficioso para la salud de bebe lactante, o, si de lo que se trata es de proteger, de forma mas restrictiva, la salud del lactante (y, eventualmente, de la madre), frente a las agresiones a su salud, que procedan del medio en que se desenvuelve la prestación laboral. El artículo 31.2 del RD 295/2009, establece, en este sentido: protegerlo frente a riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto (de la madre o del lactante) relacionada con agentes,

procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado<sup>15</sup>.

Las sentencias, han venido a establecer, revisando el concepto mismo de riesgo durante la lactancia, que lo que se protege es el valor en sí mismo de la lactancia natural, en contra de otra interpretación más restrictiva, del riesgo durante la lactancia como la amenaza o probabilidad de una afectación negativa para la salud del lactante provocada, por el consumo de la leche materna.

Esta interpretación, esta en consonancia con lo establecido en el artículo 26 de la LPRL, ya que la prestación de riesgo durante la lactancia es la última de las medidas a adoptar cuando se trata de preservar la salud de la trabajadora en periodo de lactancia o del hijo lactante. La suspensión del contrato, a la luz del citado articulo, es el ultimo escalón de la protección que se ofrece a la mujer trabajadora, que opta por alimentar a su hijo, con alimento natural, pero sin riesgos para la salud de lactante, precisamente, por ser natural y por ser, a su vez, la leche materna la portadora de la probable agresión a la salud del lactante<sup>16</sup>.

La situación, o contingencia protegida, hace que entren en juego normas de Seguridad Social y de Prevención de Riesgos, ya que la protección del sistema de seguridad social publico, entra en juego cuando el riesgo este actualizado (hay que tener en cuenta, que la situación se produce, una vez ha terminado la madre el periodo de descanso por maternidad, lo que indica que la madre ha tenido ocasión de proporcionar la lactancia durante ese periodo de tiempo) y las medidas de adaptación

<sup>15</sup> La STSJ de 24 de abril de 2012 (ROJ 3035/2012), estudio cual era el bien jurídico protegido en esta prestación. Estableció un concepto amplio del bien jurídico a proteger por esta prestación, que se señala que no es tanto la salud del lactante, sino el hecho en si de la lactancia natural.

<sup>16</sup> BARCELON COBEDO, S. «La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia». Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 5/2012 parte Observatorio Riesgos Laborales. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2012.

del puesto de trabajo (o, en su caso, de traslado) no sean suficientes para garantizar el estado de salud de la madre o del bebé. Por ello, la protección del sistema de seguridad social, entra en juego cuando la empresa, no puede reorganizar su actividad productiva para proteger a la madre<sup>17</sup>.

## 5. BENEFICIARIAS

Son beneficiarias de este subsidio las trabajadoras por cuenta ajena y socias trabajadoras de sociedades cooperativas o laborales, declaradas en situación de suspensión de contrato o permiso por riesgo durante la lactancia, siempre que reúnan los siguientes **requisitos**:

- Estar afiliadas y en situación de alta en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social.
  - Se considerarán de pleno derecho afiliadas y en alta, aunque el empresario haya incumplido sus obligaciones.
  - Se considera situación de alta especial la huelga legal o cierre patronal.

*En los supuestos de pluriactividad:*<sup>18</sup>

- Cuando la situación de riesgo afecte a todas las actividades desempeñadas, tendrá derecho al subsidio en cada uno de los regímenes si reúne los requisitos exigidos de manera independiente en cada uno de ellos.
- Cuando la situación de riesgo afecte a una o alguna de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no en todas, únicamente tendrá derecho al subsidio en el régimen en el que es-

tén incluidas las actividades en que exista dicho riesgo.

- La percepción del subsidio será compatible con el mantenimiento de aquellas actividades que la trabajadora ya viniera desempeñando con anterioridad o pudiera comenzar a desempeñar y que no impliquen riesgo durante la lactancia natural.

- No se exige período mínimo de cotización al derivarse de contingencias profesionales.

### 5.1. Prestación económica

La prestación económica consiste en un subsidio equivalente 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 profesionales<sup>19</sup>.

### 5.2. Nacimiento del derecho y duración

- *Nacimiento del derecho:*

El derecho al subsidio nace desde el mismo día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural<sup>20</sup>.

No procede el reconocimiento de la prestación económica de riesgo durante la lactancia en tanto no se haya extinguido el período de descanso por maternidad.

- *Duración:*

Se abonará durante el período necesario para la protección de la salud de la trabaja-

<sup>17</sup> OLARTE ENCABO, S. «El riesgo durante el embarazo»; en VV. AA, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir), *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Editorial Comares, Granada, 2008, pp 136-137.

<sup>18</sup> Artículo 48 del RD 295/2009.

<sup>19</sup> Artículo 187 LGSS y 34 del RD 295/2009

<sup>20</sup> Artículo 50 RD 295/2009, de 6 de marzo. En el artículo 50.2 se hace una remisión al artículo 9.4 del RD, si bien, hay que tener en cuenta que dicho apartado no existe en este RD, pues el artículo 9 solo tiene tres apartados.

dora y/o del hijo, como máximo hasta que éste cumpla los 9 meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación.

*En el caso de trabajadoras contratadas a tiempo parcial, se abonará durante todos los días naturales en que se mantenga la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia, con la excepción aludida en el párrafo anterior.*

### 5.3. Denegación, anulación, suspensión

El derecho al subsidio puede ser denegado, anulado o suspendido cuando la beneficiaria:

- Actúe fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.
- Realice cualquier trabajo o actividad, ya sea por cuenta ajena o propia, siempre que se hayan iniciado con posterioridad a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia, incompatibles con su estado.

### 5.4. Extinción

El derecho al subsidio se extingue por<sup>21</sup>:

- Cumplir el hijo los 9 meses de edad.
- Reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo o actividad profesional anterior o a otros compatibles con su situación.
- Extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas o cese en el ejercicio de la actividad profesional.
- Interrupción de la lactancia natural.
- Fallecimiento de la beneficiaria o del hijo lactante.

La trabajadora y la empresa estarán obligadas a comunicar a la Entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio.

### 5.5. Procedimiento para el reconocimiento del derecho

El reconocimiento del derecho al subsidio corresponde a la Entidad gestora o a la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social con la que tenga concertada la empresa la cobertura de las contingencias profesionales<sup>22</sup>.

*Iniciación del procedimiento:*

- El procedimiento se inicia<sup>23</sup> a instancia de la trabajadora mediante un informe médico que deberá solicitar al facultativo del Servicio Público de Salud, en el que se acredite la situación de lactancia natural.
- Con el citado informe y un certificado de la empresa sobre la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo, la trabajadora solicitará la emisión de la certificación médica sobre la existencia de riesgo durante la lactancia ante la Entidad gestora o colaboradora que corresponda.

Si la Entidad gestora o colaboradora considera que no se produce la situación de riesgo durante la lactancia, denegará la expedición de la certificación médica solicitada, comunicando a la trabajadora que no cabe iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación.

<sup>22</sup> Todo el procedimiento, es igual al que se regula para el Riesgo durante el embarazo, aunque en el artículo 51.3, se establece que las entidades responsables de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, podrán establecer instrumentos de control periódico para una adecuada eficacia en la gestión de la prestación.

<sup>23</sup> Arts. 36, 41 y 46 del RD 295/2009, de 6 de marzo.

<sup>21</sup> Art. 50.3, RD295/2009, de 6 de marzo.

- Una vez certificado el riesgo, si no ha sido posible el cambio del puesto de trabajo, la empresa declarará a la trabajadora afectada en situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia.

#### *Solicitud de la prestación:*

- Para el reconocimiento del subsidio, *la trabajadora deberá presentar solicitud* dirigida a la Dirección provincial competente de la Entidad gestora de la provincia en que aquélla tenga su domicilio o ante Mutua Colaboradora con la Seguridad Social que le corresponda.
- La solicitud se formulará en los modelos normalizados y deberá contener los datos y circunstancias que establece el Art. 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, acompañada de los documentos necesarios.

#### *Resolución y notificación:*

- El Director provincial de la Entidad gestora de la provincia de residencia de la interesada dictará resolución expresa y la notificará a la misma en el plazo de 30 días, contados desde la recepción de la solicitud de la interesada.

Cuando no se reconozca inicialmente el derecho a la prestación económica, por no concurrir la situación protegida, se indicará a la interesada, si procede, la fecha a partir de la cual podrá reconocerse la prestación, teniendo en cuenta la certificación médica sobre la existencia de riesgo y la evolución en el estado de gestación, en relación con el riesgo específico derivado del puesto de trabajo. En consecuencia, en estos casos, no será necesaria una nueva solicitud sino, tan sólo, la aportación de la documentación exigida.

Cuando se produzcan contradicciones en las declaraciones y certificaciones presenta-

das con la solicitud, o concurren indicios de posible connivencia para obtener la prestación, se podrá solicitar informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a fin de que ésta manifieste su conformidad o discrepancia en relación con las medidas adoptadas por la empresa, que puedan determinar el derecho al subsidio. La petición del informe deberá ir acompañada de la documentación presentada.

- El informe deberá emitirse en el plazo máximo de 15 días, transcurrido el cual, se podrá dictar resolución, sin tener en cuenta el mismo, a efectos del reconocimiento o denegación de la prestación económica. Excepcionalmente, en estos casos, el plazo de 30 días quedará suspendido hasta la recepción del informe en la Entidad gestora.

#### *Prescripción:*

El derecho al reconocimiento de la prestación prescribe a los 5 años, contados desde el día siguiente a aquél en que se produce el hecho causante, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los 3 meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

## **6. RIESGO ESPECÍFICO PARA LA LACTANCIA**

Para que una trabajadora pueda tener derecho a esta prestación, como se ha examinado, ha de quedar acreditada la existencia de un riesgo específico para la lactancia natural, por lo que se necesita una evaluación específica de los riesgos para la trabajadora que se encuentra en esa situación, sin que sirva, la existencia de un riesgo genérico asociado a un puesto de trabajo. Es necesario determinar en que consiste la posible repercusión sobre la lactancia, de cada agente, procedimiento o condición del puesto de trabajo. El artículo 26 de la LPRL, detalla que deben concurrir unas «condiciones de trabajo que pudieran influir negativamente en la salud

de la mujer o de hijo» lactantes, (apartado 4); o de una «posible repercusión sobre...la lactancia» (apartado 1)<sup>24</sup>.

Es decir, tiene que ser un riesgo objetivo, por lo que no es válido el riesgo subjetivo de la empresa o de los interesados. Por ello, es necesario conocer con detalle la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición de la trabajadora.

La jurisprudencia es la que ha elaborado cuales son estos riesgos específicos, y así establece, que *existe el riesgo generador* de la prestación cuando los horarios de trabajo, resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante si no es posible compatibilizar la toma o la extracción de la leche, puesto que la dejación de estas puede comportar riesgos de mastitis o inhibición definitiva de la leche (STS 24.04.12, a propósito de tripulante de cabina de pasajeros, en el sector de la navegación aérea). En este caso, de azafata de vuelo, se considera, que se tiene derecho a la prestación si la empresa no ofrece un puesto alternativo exento de riesgo o un cambio en el sistema de distribución del tiempo de trabajo y en las condiciones de intimidad e higiene a efectos de que las trabajadoras puedan efectuar la extracción y conservación de la leche (SSTS 24.04.2012 y 22.11.2012).

Asimismo, ha estimado que existe riesgo por exposición a agentes biológicos o químicos en el puesto de trabajo de una trabajadora ATS-DUE de medicina interna, oncológica, traumatología y medicina general, en la que se atiende eventualmente a pacientes con virus del VIH y VHC (STSJ Murcia de 25.10.2010) o en el puesto de trabajo de una celadora en un servicio público de salud (STSJ Murcia de 16.07.2010) o de una matrona que presta servicios en un paritorio (STSJ Murcia de 16.07.2010); también en el de una trabajadora que presta servicios como operaria en

una cadena de montaje, por estar el puesto de trabajo sometido a altas temperaturas, y a riesgos de infección o de enfermedades del riñón (STSJ Madrid de 29.06.2010); también en el puesto de trabajo de una conductora de autobús (STSJ Madrid de 30.04.2010); o en el de una vigilante en una central nuclear (STSJ Castilla-La Mancha de 21.10.2010) o en el puesto de trabajo de una expendedora-vendedora en estaciones de servicio de gasolina, por la exposición a un agente químico de riesgo, como es el benceno (STSJ Castilla-La Mancha de 08.07.2010).

Por el contrario, se ha estimado que *no existe riesgo para la lactancia* a una farmacéutica hospitalaria, encargada de preparar formulas magistrales con soluciones bacteriológicas (STS 03.05.2011) o a una médica pediatra que presta servicios en un centro de salud (STS 03.05.2011), o a una médico del servicio de urgencias hospitalarias (STS 21.03.2013).

## 7. CONCLUSIONES

La prestación de riesgo durante la lactancia natural que ha sido objeto de análisis, es una figura de difícil delimitación. Presenta características comunes con la prestación de riesgo durante el embarazo, debido a que se entremezclan entre sí las causas determinantes de su ámbito protector o, por otro lado, se asimilan a las prestaciones de maternidad o de incapacidad temporal<sup>25</sup>, y ello lleva, en ocasiones, a confundir las mismas, si bien, son situaciones distintas y con perfiles bien definidos.

Aunque las dos prestaciones, la de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, provienen de una situación de «riesgo», es decir de un presumible «peligro», que puede

<sup>24</sup> Así, la STS 24 de junio de 2013 (RJ 2013, 6110) establece que «La evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el riesgo de trabajo ha de ser específica».

<sup>25</sup> LÓPEZ INSUA, B. M. «Prestación por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural: problemas interpretativos y determinación de contingencias», en VV.AA., «Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social». Ediciones Laborum, Murcia 2017, pág. 165 y ss.



sufrir la madre trabajadora, embarazada o madre lactante, no pueden, en primer lugar, confundirse con la incapacidad temporal, donde la situación protegida es la imposibilidad temporal para trabajar y la recepción de asistencia sanitaria de la seguridad social, ni en segundo lugar, con la prestación por maternidad, donde hay una evidente imposibilidad de prestar servicios.

Tampoco pueden confundirse entre sí ambas prestaciones, ya que si bien, no existe una patología como tal que padezca la madre trabajadora, sino únicamente, una previsión a padecerlo, en primer lugar la mujer, puede trabajar, pero en un puesto de trabajo sin riesgo, lo cual es común, en ambas prestaciones, en el riesgo por el embarazo, lo que se protege, es durante la gestación (todo el tiempo de la misma o parte) a la madre y/o al feto; y en el riesgo durante la lactancia natural, la situación protegida es el valor en sí mismo de la lactancia natural, como se ha señalado, que puede ser una agresión para el menor; pero sin olvidar que no es un riesgo abstracto, sino individualizado<sup>26</sup>; y un riesgo real, como señala el artículo 26 LPRL, ya que es una contingencia asociada a «un riesgo para la seguridad y salud o una posible repercusión sobre el embarazo y la lactancia».

Por ello, las dificultades de esta prestación, surgen, tras su delimitación, como se ha indicado, en la identificación del riesgo específico, ya que éste varía en función del puesto de trabajo y la exposición del trabajador a agentes biológicos, químicos, cancerígenos y radiaciones

ionizantes, por ello es de difícil delimitación<sup>27</sup>, ya que no basta con una exposición a un riesgo genérico, sino que hay que efectuar una evaluación específica que determine el alcance y extensión de la exposición<sup>28</sup>.

Todo ello, conlleva, que en la mayoría de los supuestos, las trabajadoras, opten por solicitar una baja por enfermedad común, ante las dificultades señaladas, de delimitación y de determinación del riesgo.

En la mayoría de los supuestos, será posible compatibilizar tras el descanso por maternidad, la lactancia materna con la vuelta al trabajo, sino, es posible, esta prestación, intenta, con las dificultades señaladas, proteger la salud de la madre y del bebé recién nacido con una tutela económica, que conlleva la suspensión de la prestación de trabajo, sustituyendo los ingresos del trabajo activo, cuando es imposible la prestación laboral.

Hay que tener en cuenta, que la jurisdicción social, suele desestimar las reclamaciones que se interponen en esta materia, y la causa en que suele basarse es la «no acreditación de la existencia de riesgo». Pero, no hay que olvidar que los incumplimientos en materia de protección de la salud de la mujer que se halle en período de lactancia y de su hijo, pueden implicar la vulneración de los derechos a la igualdad y a la vida y a la integridad física y moral reconocidos como derechos fundamentales en nuestra Constitución (artículos 14 y 15 de la CE) (STC 62/2007 de 27 de marzo de 2007).

<sup>26</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S: «Seguridad Social y riesgo durante el embarazo», en VV.AA., LÓPEZ LÓPEZ, J (Coord.), *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador*, Barcelona, Marcial Pons, 2001, pp.93 y ss.

<sup>27</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «Riesgo específico y suspensión y subsidio por riesgo durante la lactancia», *Temas Laborales* nº 116, pág. 159-161

<sup>28</sup> Así lo ha establecido la jurisprudencia, en la STS de 21 de septiembre de 2011, que señala «Es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características, tiempo de exposición al riesgo y seguimiento de la existencia del mismo».

**RESUMEN**

El riesgo durante la lactancia natural, es una prestación contributiva de Seguridad Social, con la que se pretende sustituir los ingresos que deja de percibir la madre trabajadora ante una suspensión del contrato de trabajo. La suspensión procede cuando el puesto de trabajo genera riesgo para la lactancia natural de hijos menores de nueve meses y no es posible adaptar las condiciones de trabajo o cambiar a la trabajadora a otro puesto compatible en los términos que prevé la legislación de prevención de riesgos laborales.

La prestación está incluida dentro de la acción protectora de todos los Regímenes del sistema de la Seguridad Social, en el que se reconoce esta prestación a partir del 24 de marzo de 2017, aunque el parto se hubiera producido anteriormente siempre que el lactante no haya cumplido los nueve meses.

Con la presente prestación, se da cobertura, de una manera muy especial a la mujer, en su faceta de madre, cuya diferencia con el varón, se pone de relieve en esta respuesta que otorga el sistema de Seguridad Social, y si bien, desde el ordenamiento jurídico, no se protege de forma genérica a la mujer trabajadora, sino que la prevención de la salud de la mujer en el medio laboral, se limita a los aspectos puramente biológicos, que van anudados a la maternidad y a la lactancia natural, con esta prestación, se pretende conseguir esa igualdad efectiva en salud laboral.

En nuestro ordenamiento jurídico, la situación de la mujer, ha tenido siempre un tratamiento especial, si bien, este tratamiento, a veces, lo que ha supuesto, es aumentar las diferencias entre los dos sexos, así el 27 de febrero de 1912, se promulga la denominada «Ley de la silla», según la cual, las mujeres que trabajaran en determinados tipos de empresas, deberían de disponer de una silla para cada una de ellas, que serían usadas cuando la actividad lo permitiera. En caso de no cumplirse esta ley, se podría imponer al empresario una multa. Lo que pretendía ser una normativa que protegiera aún más a la mujer, lo que hizo, fue marcar más las diferencias entre hombres y mujeres e incrementaba una doble discriminación social al admitir, por un lado la «debilidad del sexo» y por otro, al no incluir a los hombres trabajadores en esa misma ley\*.

Desde la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea, se han producido grandes avances, en lo referente a la consideración de la mujer trabajadora en situación de embarazo o de lactancia, como personas potencialmente expuesta a padecer situaciones perjudiciales para ella y/o el hijo/a en el ámbito de la relación de trabajo.

En el ámbito internacional, ha sido la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la que mejor ha recogido y regulado la protección de la mujer trabajadora y su hijo, tanto durante el embarazo, como en el periodo inmediatamente posterior al parto y en el periodo de la lactancia natural, siendo varios Convenios los que tienen regulaciones específicas para estas situaciones. A modo de ejemplo, basta citar los Convenios siguientes:

- Convenio número 3, de 1919, sobre el empleo de las mujeres antes y después del parto;
- Convenio número 4, del mismo año que el anterior, sobre el trabajo nocturno de las mujeres;
- Convenio número 45, de 1935, sobre el trabajo de las mujeres en los trabajos subterráneos de todo tipo de minas;
- Convenio número 103, del año 1952, relativo a la protección de la maternidad;
- Convenio número 95, del año 1952, sobre protección de la maternidad, que por primera vez establece medidas dirigidas a la protección de la salud de la mujer embarazada durante la prestación de trabajo, y otros muchos; hasta llegar al

\* No fue hasta el 16 de octubre de 1918, que se estableció, en un Real Decreto, que «Con sujeción a lo determinado en el artículo 18 de la Ley, todo dependiente varón gozará el derecho al asiento en los mismos términos que para las mujeres empleadas, establece la Ley de 27 de febrero de 1912».

Convenio número 183 del año 2000, que trata la protección de la maternidad, revisando el convenio número 153, del año 1957, que desde una perspectiva, más integradora y no tan casuística, incluye medidas garantistas para la trabajadora que se encuentra en cualquier situación biológica relacionada con la maternidad. Ese mismo año, se publica también la Recomendación número 191, sobre la protección de la maternidad.

Mas allá de estas protecciones por normas internacionales, en España, la protección de la mujer trabajadora, se lleva a cabo por la Ley 35/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en los artículos 25 y 26 de la misma, que introdujo en nuestro ordenamiento por primera vez, una regulación específica para los supuestos de maternidad, estableciendo diversas medidas de protección de la mujer trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia natural, modificación que fue introducida por la Ley Orgánica 3/2007, todo ello para la transposición de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre.

Posteriormente, fue la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida laboral y familiar, la que especifica cuáles debían ser las actuaciones que debe realizar el empresario para salvaguardar la salud y seguridad de la madre y/o hijo, pero fue la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de hombres y mujeres, la que introdujo importantes novedades en esta materia.

Es importante resaltar, que no se considera situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del hijo, cuando no este relacionada con agentes, condiciones o procedimientos de trabajo del puesto o actividad desempeñados.

Para ello, se requiere una evaluación de los riesgos, que se recoge en el artículo 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que debe comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de lactancia natural a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del lactante, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario, debe adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada.

En un supuesto tan específico como es el riesgo analizado, la evaluación de los riesgos, en relación con el puesto de trabajo, ha de ser específica, y ha de alcanzar el grado, naturaleza y duración de la exposición. Una vez determinados estos extremos, la acción inmediata que ha de seguirse por parte del empresario, es la de adoptar las medidas necesarias para evitar esa exposición al riesgo adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora.

Cuando la adaptación no sea posible o la realizada sea insuficiente, de forma que las actividades a desarrollar (artículo 26 LPRL) pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora o del bebe, una vez, obtenido el informe médico que así lo certifique, deberá la madre trabajadora, desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. Solo cuando todo lo expuesto no sea posible, incluso el cambio a un puesto de trabajo de la misma o distinta categoría, que no tenga esos riesgos o unos riesgos tolerados y controlados, se puede declarar el paso de la madre trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato.

**Palabras clave:** Madre trabajadora; riesgo; lactancia; bebe; prestación; prevención; evaluación.

**ABSTRACT** The risk during breastfeeding is a contributory benefit of the Social Security scheme which is intended to replace the income that working mothers stop receiving in the event of a suspension of their employment contract. Workers are entitled to the suspension of the contract when the job creates a risk for breastfeeding children under nine months of age and it is not possible to adapt working conditions or change the worker to another compatible position under the terms provided by the legislation on prevention of occupational risks.

The benefit is included in the protective action of all the schemes of the Social Security system, in which this benefit is recognized as of March 24, 2017, although the delivery would have occurred previously provided that the infant is not older than nine months of age.

With this benefit, coverage is given in a very special way to women regarded as mothers and whose difference with men is highlighted in this response that the Social Security system gives; even though regulations do not generically protect working women, prevention of women's health in the working environment is limited to purely biological aspects, which are linked to motherhood and breastfeeding; this benefit is intended to achieve effective equality in occupational health.

In our legal system, the situation of women has always had a special treatment, although this has sometimes meant to increase the differences between both sexes; thus, on February 27, 1912, the so-called *Ley de la silla* [Chair Law] is enacted. According to it, women who work in certain types of companies, should have a chair for each one, which would be used when the activity allowed it. If employers did not comply with the law, they would be fined. What was intended to be a regulation that would give further protection to women, in fact, made differences between men and women even bigger and led to a double social discrimination by admitting, on the one hand, the «weakness of sex» and on the other, not including working men in that same law\*.

Since the incorporation of Spain to the European Economic Community, there have been great advances with regard to the consideration of pregnant workers or workers who were breastfeeding as people potentially exposed to situations that were harmful to them and / or their children in the scope of the employment relationship.

At international level, the International Labour Organization (ILO) has best collected and regulated the protection of working women and their children, both during pregnancy and in the period immediately after childbirth and during the period of breastfeeding; several Conventions have specific regulations for these situations. As an example, to cite but a few of the following Conventions:

- Convention number 3, of 1919, on the employment of women before and after childbirth;
- Convention number 4, of the same year, on women's night work;
- Convention number 45, of 1935, on the work of women in underground works in any type of mines;
- Convention number 103, of 1952, on the protection of maternity;
- Convention number 95, of 1952, on maternity protection, which for the first time established measures aimed at protecting the health of pregnant women during the provision of work, and many others; until reaching Convention number 183, of 2000, which deals with the protection of maternity, reviewing Convention number 153, of 1957 which, from a more integrationist and not so casuistic perspective, includes guarantee

---

\* It was not until October 16, 1918 that it was established, in a Royal Decree, that «According to Article 18 of the Law, all male shop assistants will enjoy the right to the seat in the same terms as for employed women established on the Law of February 27, 1912.

measures for female workers in any biological situation related to motherhood. In the same year, Recommendation No. 191 on maternity protection was also published.

Beyond these protections by international regulations, the protection of working women in Spain is ruled by Law 35/1995, of November 8, on the Prevention of Occupational Risks, in articles 25 and 26 thereof, which for the first time introduced a specific regulation for maternity cases in our legal system, establishing various measures for the protection of pregnant workers, those who have recently given birth or who are breastfeeding, an amendment that was introduced by Organic Law 3/2007 for the transposition of Directive 92/85/EEC of the Council, of October 19.

Subsequently, Law 39/1999, of November 5 on work-life balance, specified what measures should be taken by employers to safeguard the health and safety of mothers and/or children, but it was Law 3/2007, of March 22 on effective equality between men and women, which introduced important developments in this subject.

It is important to highlight that any situation cannot be considered as protected when it is related to any risk or pathology that may have a negative influence on female workers' health or on children's health, when it is not related to agents, conditions or work procedures of the job position or activity.

To do so, an assessment of risks is required, which is included in Article 16 of the Law on Prevention of Occupational Risks (LPRL) and must establish the nature, degree and duration of the exposure of breastfeeding workers to agents, procedures or work conditions that may present a negative impact on female workers' health or on infants' health, in any activity likely to present a specific risk. If the results of this assessment revealed a risk for the health and safety or a possible impact on breastfeeding of the aforementioned female workers, the employer must take the necessary measures to avoid this exposure to the mentioned risk, through an adaptation of the conditions or the working time of affected female workers.

In such a specific case as the analysed risk, risk assessment, in relation to the job position, must be specific and must reach the degree, nature and duration of the exposure. Once these extremes have been determined, the immediate action that must be followed by the employer is to adopt the necessary measures to avoid this exposure to risks by adapting the working conditions or working time of female workers.

When the adaptation is not possible or insufficient and the activities to be developed (article 26 LPRL) could have a negative effect on female workers' health or on their children's health, once the medical report has certified that condition, female workers must perform a different job or task which is compatible with their condition. Only when all the above is not possible, including the change to a job position of the same or different category which does not present those related risks or other tolerated and controlled risks, a suspension of the contract can be applied to these affected female workers.

**Keywords:** Working mothers; risk; breastfeeding; baby; benefit; prevention; assessment.

# Últimas interpretaciones en torno a la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave

## Latest interpretations on economic benefits for the care of minors suffering from cancer or other serious illnesses

RAQUEL POQUET CATALÁ\*

### 1. INTRODUCCIÓN

La incorporación de la mujer al mercado de trabajo ha supuesto una revolución social importante que ha afectado a la sociedad y a la economía. Esta incorporación obliga a redefinir los roles y los horarios. Y aunque en los últimos años se ha conseguido una participación más equilibrada de hombres y mujeres en el mercado laboral, las mujeres siguen asumiendo la mayor parte de las responsabilidades familiares y domésticas.

El impacto sobre la participación en el mercado de trabajo cuando existen hijos o adultos que requieren cuidados es muy diferente en hombres y mujeres, lo que es reflejo no sólo de un desigual reparto de responsabilidades familiares, sino también de la falta de servicios o servicios muy caros para el cuidado de niños y adultos, y la falta de oportunidades para conciliar trabajo y familia.

Algunas de las maneras de conciliar trabajo y vida familiar son el trabajo a tiempo parcial,

la posibilidad de tener horarios flexibles, los permisos de maternidad/paternidad, la reducción en el número de horas trabajadas o las excedencias.

Según el Ministerio de Empleo y Seguridad Social<sup>1</sup>, en relación al cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, en el año 2012 hubo una media de 990 procesos, con una duración media de 174,7 días, mientras que en el año 2016, aumentó hasta 2.289 procesos, con una duración de 344,44 días.

Como se observa, el trabajo está cambiando de prioridades, y uno de los aspectos más rápidamente asimilados como prioritarios ha sido la necesidad de dedicar más tiempo a la vida personal y familiar y encontrar una mejor forma de compaginarla con la profesional. De ahí que se señale que el concepto legal es bastante adecuado, esto es, «conciliación de la vida personal, familiar y laboral». En no de-

<sup>1</sup> MEYSS, *Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave*, [en línea]. Extraído el día 27 de diciembre de 2016 de [http://www.seg-social.es/Internet\\_1/Estadistica/Est/Otras\\_Prestaciones\\_de\\_la\\_Seguridad\\_Social/EstadisticasCUME/index.htm](http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/EstadisticasCUME/index.htm)

\* Profesora asociada de la UNIR.

masiados años se ha pasado a una situación en la que el disfrute de los diferentes permisos destinados a conciliar se ha normalizado y, tanto la realidad social como la normativa han ayudado a cambiar la mentalidad que los veía con ciertos «malos ojos» y como una rémora para las empresas. La jurisprudencia también ha contribuido, al equiparar paulatinamente a hombres y mujeres en el disfrute de estos derechos<sup>2</sup>.

## 2. CONCEPTO. SITUACIÓN PROTEGIDA

La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave viene regulada en los arts. 37.6 ET, 190-192 LGSS, y en el RD 1148/2011<sup>3</sup>.

No obstante, con anterioridad, ya fue la Directiva 96/34<sup>4</sup> la que mencionaba la necesidad de regular la ausencia del trabajador por motivos de fuerza mayor ligados a enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. Posteriormente, fue la Directiva 2010/18<sup>5</sup> la que aplicó el Acuerdo marco sobre el permiso parental<sup>6</sup> en cuya cláusula 7 se señala que «*los Estados miembros o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo, conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, por motivos de fuerza mayor vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador*».

Esta prestación tiene como objeto compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada de trabajo, con la consiguiente disminución de salarios, ocasionada por la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente de los hijos o menores a su cargo, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento de la enfermedad. En otras palabras, el subsidio «*viene predeterminado por la reducción efectiva de la jornada laboral y por las circunstancias en las que ésta se lleva a cabo por las personas trabajadoras*»<sup>7</sup>.

Según el art. 37.6 ET este derecho se trata de un nuevo supuesto adicional a los ya existentes de reducción de jornada por cuidado de menores u otros familiares para aquellos casos en que se esté al cuidado de un menor de dieciocho años «*afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente*».

## 3. DERECHO A LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE

### 3.1. Situación protegida

Según el art. 37.6 ET el titular del derecho debe mantener un vínculo con el menor paterno-filial o similar, pues va referido al «*progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente*». En otras palabras, el menor a cuidar debe ser hijo, natural o adoptado, del trabajador o hallarse en una situación próxima a tal afiliación, tal y como sucede en el acogimiento o la guarda con fines de adopción.

<sup>2</sup> *Conciliar está de moda* (s.n.) [en línea], Redacción Wolters Kluwer, 2016.

<sup>3</sup> De 29 de julio, para la aplicación y desarrollo de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

<sup>4</sup> De 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

<sup>5</sup> De 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE-

<sup>6</sup> De 18 de junio de 2009.

<sup>7</sup> Exposición de Motivos RD 1148/2011.

En relación al acogimiento, se trata de una medida de protección que adopta la entidad pública competente en materia de protección de menores, como forma de ejercicio de la guarda, mediante la cual se otorga el cuidado de un menor a una persona o núcleo familiar, con la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, con el fin de integrarlo en una vida familiar que sustituya o complementen temporalmente a la suya de origen. Existen diversas modalidades, siendo únicamente el permanente el que viene establecido en el citado precepto estatutario, de tal forma que solo aquel acogimiento que tiene carácter más estable por no ser posible la reintegración familiar, o en casos de menores con necesidades especiales, o bien cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen es el que pueda dar lugar a esta prestación económica.

Se excluyen pues, otros tipos de acogimiento familiar como puede ser el simple, el temporal, o cuando se está pendiente de la adopción de una medida de carácter más estable en relación con el menor.

Por otro lado, la guarda con fines de adopción, institución más reciente<sup>8</sup>, por la que el menor puede vivir con la familia considerada idónea antes de la resolución judicial, y medida que evita que el tutelado tenga que permanecer en un centro de protección, también queda incluida entre los supuestos posibles que dan derecho a esta prestación.

Aunque no aparece expresamente recogido, no obstante, cabe considerar incluido también en esta lista la tutela, cuando el tutor sea una familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor. Según el art. 175 CC, no puede adoptarse a un descendiente ni a un pariente de segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad. Por lo tanto, los abuelos o los tíos pueden convertirse en tutores y en su caso, solicitar la reducción

de jornada para cuidar al tutelado. De hecho, están obligados a velar por éste y a proporcionarle alimentos, educarle y procurarle una formación integral y a promover la adquisición o recuperación de su capacidad, así como su mejor inserción en la sociedad.

No obstante, se excluye la curatela, cuya única finalidad es la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no puedan realizar por sí solos, sin obligación alguna de cuidado personal. Lógicamente, quedan también al margen el defensor judicial y el guardador de hecho.

Por último, esta reducción de jornada se configura como «un derecho individual de cada trabajador», hombre o mujer. No obstante, «si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa». Esta previsión legal plantea las siguientes reflexiones. Por un lado, la intervención del empresario no es una obligación, pero sí una posibilidad que tiene. En todo caso, de hacer uso de ella, resulta imprescindible la justificación objetiva de la necesidad de introducir limitaciones en el disfrute simultáneo del mencionado derecho. Las restricciones no afectan al derecho en sí mismo, sino sólo a su ejercicio simultáneo, por lo que parece que aquéllas, de existir se dirigirán al disfrute sucesivo o en determinados momentos por parte de los titulares. Además, no cabe limitación en el disfrute simultáneo del derecho de los trabajadores si éste se genera por distintos sujetos causantes, pues las disposiciones legales restrictivas deben ser interpretadas en sentido estricto. Igual conclusión cabe sostener si los trabajadores prestasen servicios en diferentes empresas, pues entonces ambos podrían disfrutar, al mismo tiempo, de su derecho a reducir la jornada por la causa examinada, con independencia de que hubiese uno o varios menores enfermos<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

<sup>9</sup> MELLA MÉNDEZ, L., «El cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: análisis crítico de la regula-



### 3.2. Reducción de jornada y de salario

Según el art. 37.6 ET, la reducción de jornada tiene que ser significativa en atención a la grave situación del menor. Por ello, el legislador ha fijado un mínimo legal consistente en la mitad de la duración de la jornada. En realidad, viene a complementar el ya existente previsto para el cuidado de un menor de ocho años o un discapacitado donde se prevé una reducción entre un octavo y la mitad de la jornada.

En este caso, se prioriza el tiempo libre dedicado al cuidado del menor y el tiempo de trabajo puede reducirse hasta el máximo previsto para un contrato a tiempo parcial. No se indica en el precepto estatutario la referencia a que la persona a tiempo completo comparable tenga el mismo tipo de contrato de trabajo que el trabajador que reduce jornada. Quizás no se deba a un olvido en la transcripción del art. 12 ET, sino a la intención del legislador de flexibilizar el elemento comparativo, siendo más importante la identidad del trabajo realizado que el tipo de contrato utilizado para ello.

A efectos de computar el porcentaje de reducción de jornada, no cabe tener en cuenta otras reducciones por causas similares. De esta manera, aunque laboralmente son compatibles distintas reducciones de jornada, cada una tiene su propio régimen jurídico y como sólo una genera derecho a prestación de la Seguridad Social, no cabe sumar las otras para aumentar el porcentaje analizado. De hacerlo así, sería fraudulento, pues se compensaría con una prestación pública de la Seguridad Social una reducción de jornada que no tiene derecho a ella.

Además, aunque el legislador no lo aclara expresamente, la reducción de jornada nunca podrá superar el máximo del 99,9 % de la jornada de un trabajador a tiempo com-

pleto comparable. De esta forma, el mínimo de reducción de jornada debe ser un 50 % y el máximo un 99,9 %<sup>10</sup>. Por lo tanto, un mínimo de actividad laboral siempre tiene que existir, pues en caso contrario, se estaría ante una excedencia o suspensión del contrato de trabajo. De hecho, aunque en el Estudio de la Fundación Mujer, Familia y Trabajo se barajó la posibilidad de la suspensión por esta causa, finalmente se optó sólo por la reducción de jornada<sup>11</sup>.

En el caso de trabajadores a tiempo parcial, no se tendrá derecho al subsidio cuando la duración efectiva de la jornada a tiempo parcial sea igual o inferior al 25 % de una jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable. No obstante, si tuviera dos o más contratos a tiempo parcial, se sumarán las jornadas efectivas de trabajo a efectos de determinar el citado límite.

Por otro lado, la reducción de jornada, al permitir seguir vinculado al trabajo, se ajusta mejor al objetivo de conciliar vida laboral y familiar. Sin embargo, la suspensión, al no implicar ninguna obligación laboral, facilitaría el concentrarse totalmente en el cuidado del menor, con lo que hubiese sido una buena opción para familias monoparentales, numerosas o aquellas en las que uno de sus miembros sufre una discapacidad que le impide trabajar y atender a la familia. Con todo, la flexibilidad en el tope máximo de reducción de jornada permite solventar buena parte de las diferentes situaciones en las que se pueden hallar las familias<sup>12</sup>.

Cabe tener presente la previsión que introduce el precepto estatutario en relación a la posibilidad de que los convenios colectivos regulen las condiciones y supuestos en los que la reducción de jornada se puede acumular en

<sup>10</sup> STSJ Canarias, de 5 de noviembre de 2013, rec. núm. 473/2013.

<sup>11</sup> BALLESTER PASTOR, I., «Prestación económica por cese de actividad por cuidado de menores con enfermedad grave: primeras reflexiones», en *RGDTSS*, núm. 25, 2011 (versión on line).

<sup>12</sup> MELLA MÉNDEZ, L., «El cuidado de menores... *op. cit.*

ción laboral y de Seguridad social», en *RL*, núm. 1, 2013 (versión on line)

jornadas completas. Con ello, se introduce una mayor flexibilidad en el disfrute de la jornada reducida, pues tanto el trabajador como el empresario pueden preferir, por razones organizativas, la acumulación en días completos de tal tiempo libre. El que tal decisión se remita al convenio colectivo permite tener en cuenta los intereses de ambas partes y la negociación por ellas.

En todo caso, cabe tener en cuenta que la concreción horaria y la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada corresponde al trabajador dentro de su jornada ordinaria. La atribución directa al trabajador de la concreción del horario y período de disfrute de su reducción de jornada resulta lógica, en cuanto nadie mejor que él conoce sus necesidades de conciliación.

Además, cuando se extinga el derecho a la reducción, el trabajador debe preavisar al empresario con quince días de antelación a la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria. Tal exigencia resulta adecuada, ya que permite al empresario adoptar las decisiones organizativas correctas, en virtud de la futura reincorporación plena del trabajador evitándole daños derivados del desconocimiento de ésta. Con todo, cabe ser flexible con esta exigencia, pues puede ser que la necesidad de reincorporación derive de un hecho inesperado, como un alta médica del menor sorpresiva, su fallecimiento o el cese de la actividad laboral del otro progenitor, en cuyo caso la inobservancia del preaviso no debe servir para retrasar o impedir la reincorporación plena del trabajador, pues no constituye un requisito constitutivo de tal derecho.

Consecuencia de la reducción de jornada es la disminución proporcional del salario, es decir, en la misma proporción en que el trabajador reduce su tiempo de trabajo, el empresario disminuye su salario. Desde el punto de vista empresarial, tal reducción no admite crítica, pues el empresario no tiene por qué asumir el coste de un tiempo que el trabajador quiere dedicar al cuidado de familiares. Ahora

bien, no obstante, en este caso, el legislador ha estimado que dicha reducción es compensable con una prestación económica si se cumplen los requisitos previstos al respecto.

### 3.3. Menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave

Además de la reducción de jornada y de salario, el trabajador debe acreditar que el tiempo libre va a dedicarlo al cuidado de menores gravemente enfermos, por lo que durante tal tiempo no puede dedicarse a otro fin.

En primer lugar, cabe señalar que el legislador enumera como primer supuesto el que el menor está afectado por cáncer, y a continuación añade «cualquier otra enfermedad grave». En realidad, hubiera sido suficiente con señalar que esté afectado de «cualquier enfermedad grave», pues el cáncer así es considerado. De cualquier forma, posiblemente se halla señalado expresamente así para destacar el cuidado de este tipo de enfermedad, considerada una de las más graves por su nivel de mortalidad.

El problema se plantea en la determinación de lo que cabe entender por enfermedades graves a efectos de estar incluidos en este precepto estatutario y tener derecho a percibir la prestación económica. Con vistas a esta problemática situación, el legislador añadió un listado de enfermedades consideradas graves en la disposición final vigésima primera de la Ley 39/2010<sup>13</sup>, el cual ha sido trasladado en el anexo del RD 1148/2011. Este listado es amplio al incluir una gran cantidad de enfermedades graves, concretamente 109. Tales enfermedades se agrupan en las ramas de oncología, hematología, errores innatos del metabolismo, alergia, inmunología, psiquiatría, neurología, cardiología, aparato respiratorio, aparato digestivo, nefrología, reumatología, cirugía, cuidados paliativos, neonatología, enfermedades infecciosas y endocrinología.

<sup>13</sup> De 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

A partir de ahí, se incluyen en cada apartado concreto tipos de enfermedades.

En principio, la lista es cerrada, en cuanto sólo se consideran las que se mencionan expresamente en la misma. Como es sabido, este sistema tiene la ventaja de la certeza y la seguridad jurídica, pero presenta el inconveniente de que puede quedar incompleta o desactualizada. Para corregir este efecto, se prevé que «*el Ministro de Trabajo e Inmigración podrá acordar, mediante orden ministerial, la incorporación de nuevas enfermedades al listado de enfermedades consideradas graves que figuran en el anexo de este real decreto, cuando, previos los estudios e informes correspondientes, se trate de enfermedades graves que requieran el cuidado directo, continuo y permanente del menor por los progenitores, adoptantes y acogedores, durante su ingreso hospitalario, de larga duración, y tratamiento continuado de la enfermedad*»<sup>14</sup>. No obstante, el hecho de que el propio listado contenga en su enumeración referencias genéricas está dando cierto margen de actuación a los médicos para introducir nuevas patologías, como sucede en el caso del núm. 12 referente a «*otras neoplasias graves*», el 29 f) «*otras inmunodeficiencias bien definidas*», el 39 h) «*otras epilepsias bien definidas*», el 41 c) «*otras enfermedades neuromusculares bien definidas*», el 59 «*otras enfermedades respiratorias graves*», el 66 «*otras enfermedades graves del aparato digestivo*», el 83 «*otras enfermedades nefrourológicas graves*», o el 90 «*otras enfermedades reumatológicas graves*».

Con todo, siempre surgirán dudas sobre la inclusión o no de una determinada patología en una de dichas expresiones genéricas. Para su solución, y a efectos de la percepción del correspondiente subsidio, el INSS debe remitir la duda al médico jefe de la correspondiente Dirección Provincial, y en caso de persistir, a la Subdirección General de Coordinación de unidades médicas de la citada entidad gestora.

De cualquier forma, el concepto jurídico indeterminado es el de «grave», pues el anexo lleva por título «*listado de enfermedades graves*». Según el DRAE, «grave» significa «grande, de mucha entidad o importancia» y «que padece una enfermedad o lesión graves». Ello pone en evidencia que tiene que tratarse de enfermedades donde resulte necesario y adecuado el cuidado directo, continuo y permanente del menor. Desde este punto de vista, si se analiza con detenimiento el listado del RD 1148/2011, algunas llaman la atención porque, quizás, no siempre cumplan el requisito de la «gravedad», como pueden ser los «*tumores del sistema nervioso central*», en cuanto la mayoría son benignos, los «*trastornos de la conducta alimentaria*», en los que se incluiría la anorexia y la bulimia, los trastornos «*depresivo mayor*», «*psicótico*» y «*esquizoafectivo*», o la infección por VIH, con lo que se puede nacer y vivir con enfermedad crónica, sin apenas síntomas. En muchos de estos casos, el paciente puede hacer una vida prácticamente normal. Ello puede llevar a que, en el futuro, los servicios médicos del INSS y las mutuas se nieguen a conceder el subsidio económico en tales casos y sean los tribunales los que deban pronunciarse al respecto.

De hecho, existen ya algunos pronunciamientos judiciales que han equiparado algunas enfermedades a las incluidas en el listado, como la enfermedad de Duchene, que consiste en una anomalía cromosómica que ocasiona, entre otros, retraso psicomotor severo, la cual es incardinada dentro del epígrafe 41 c) del anexo como «*otras enfermedades neuromusculares bien definitivas*»<sup>15</sup>.

De cualquier forma, en principio, si el diagnóstico médico aparece en el citado listado el trabajador tendría derecho al subsidio. No obstante, deberá estarse a cada caso en concreto y realizar un análisis individualizado de cada supuesto atendiendo al tipo, síntomas,

<sup>14</sup> Disposición final tercera RD 1148/2011.

<sup>15</sup> STSJ Galicia, de 14 de julio de 2015, rec. núm. 1894/2014.

grado de desarrollo, riesgo para la vida, tratamiento necesario, efectos secundarios... pues en la práctica, va a depender de las circunstancias concurrentes y del menor en cuestión.

### 3.4. Ingreso hospitalario

El art. 2.1 RD 1148/2011 requiere que el cáncer o enfermedad grave que padezca el menor implique «*un ingreso hospitalario de larga duración que requiera su cuidado directo, continuo y permanente, durante la hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad*».

Este requisito tiene su sentido en constituir una clara forma de evidenciar la gravedad de la situación, que no se puede superar al margen de la atención profesional de carácter hospitalario. Por lo tanto, debe producirse como mínimo un ingreso, sin que sea suficiente una mera consulta médica o estancia en el servicio de urgencias del centro hospitalario.

Además, tal ingreso ha de ser de «*larga duración*», lo que supone que la enfermedad es grave y el tratamiento complejo y duro. Ahora bien, el legislador no especifica la duración concreta de dicho ingreso, sin indicar tampoco una duración temporal mínima, por lo que el elemento determinante para identificar la situación protegida será el tipo de enfermedad que sufre el menor.

No obstante, esta estancia hospitalaria no tiene por qué ser continua y permanente dentro del centro sanitario, pues la literalidad del precepto estatuario y del art. 190 LGSS aunque parecen dar a entender esa idea al aludir al cuidado del menor «*durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad*», la distinción de ambas situaciones en la confrontación de la segunda frente al «*tiempo de hospitalización*» permite intuir que hay un «*tiempo de no hospitalización*» en el que continua el tratamiento de la enfermedad. De hecho, el art. 2.1.2 RD 1148/2011 aclara que se considera como ingreso hospitalario de

larga duración también «*la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave*». Por tanto, no cabe duda que, parte del tratamiento puede recibirse en el domicilio, siempre que exista un previo diagnóstico e ingreso hospitalario inicial. Es decir, se equipara a ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave, no concurriendo dicho requisito cuando, a pesar de ser diagnosticado con una enfermedad listada en el anexo, «*dicha enfermedad no le ha impedido una escolarización normal, pues asiste regularmente a su colegio en horario de mañana y tarde siendo la madre quien habitualmente le acompaña a la entrada y salida de clase y en caso necesario el colegio puede avisar indistintamente a la madre o al padre, y en consecuencia, no concurre el requisito de la necesidad de un cuidado directo, continuo y permanente*»<sup>16</sup>. En el mismo sentido, se ha rechazado el derecho al subsidio de un menor afectado por una enfermedad grave recogida en la lista, pero que desarrolla una vida normal gracias al tratamiento suministrado durante la jornada escolar como en el tiempo de descanso en casa<sup>17</sup>.

No obstante, en otros casos, la doctrina judicial ha reconocido el derecho a la prestación económica en el supuesto de un menor que no está hospitalizado, pero que requiere acudir diariamente a un centro asistencial especial, por necesitar cuidados constantes y ser incapaz de cuidar de sí mismo ni de hacer ninguna actividad de forma autónoma, teniendo afectadas profundamente todas sus habilidades psicomotoras, con ausencia de lenguaje oral funcional, gran dificultad para subir y bajar escaleras, dificultades para el

<sup>16</sup> STSJ Asturias, de 30 de septiembre de 2014, rec. núm. 1522/2014.

<sup>17</sup> STSJ Castilla y León, de 6 de marzo de 2013, rec. núm. 150/2013. En similares términos, STSJ Cataluña, de 22 de enero de 2014, rec. núm. 4826/2013, por no requerir ingreso hospitalario, ni estancia en el domicilio.

equilibrio dinámico, impedido para el uso del transporte escolar, siendo su padre quien se encarga de traerlo y recogerlo, y que necesita apoyo total en los hábitos diarios de cuidado personal, debiendo ser asistido en la alimentación, vestido e higiene personal, pues lleva pañales por no haber adquirido el control de esfínteres<sup>18</sup>; o en el caso de un menor cuyo tratamiento médico y cuidado se hace fuera del hospital y, cuando su estado se lo permite acude a un centro para tratamiento especializado<sup>19</sup>. Asimismo, se ha admitido la prestación en el caso de prestación por cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave en el supuesto de un menor afectado por una de las enfermedades incluidas en el cuadro reglamentario que es hospitalizado, pero no para larga duración, sino para un estudio y por un corto espacio de tiempo, pues es evidente que requiere de una atención y cuidados permanentes en el domicilio por parte de los progenitores para continuar el tratamiento y ello no sólo porque así lo consideren los facultativos que lo vienen asistiendo, sino porque tal necesidad viene impuesta por la propia naturaleza de la enfermedad que padece y porque la mejoría o recuperación requiere una continua y constante estimulación y rehabilitación que es evidente no sólo se le dispensa en centros sanitarios, sino también en el domicilio<sup>20</sup>. Del mismo modo, en el caso de bebés prematuros que permanecen hospitalizados y posteriormente son dados de alta, pero, por su condición de prematuros y bajo peso se les recomienda que se les da lactancia materna durante el máximo tiempo posible y se desaconseja acudir a la guardería, son elementos suficientes para presumir que el menor requiere cuidado di-

recto aunque sea en el domicilio familiar y no en el hospital<sup>21</sup>.

Incluso, se ha flexibilizado tal requisito al considerarse que el ingreso hospitalario debe ser entendido en sentido amplio como «entrar en un establecimiento sanitario para recibir un tratamiento» (según DRAE), que aunque no ha sido hospitalario, sí ha sido ambulatorio, pues la menor ha tenido que acudir a diversos centros públicos sometándose a diversas pruebas a fin de ser diagnosticada precozmente de la enfermedad que la aqueja, que requiere un cuidado directo, continuado y permanente, y ello a pesar de estar escolarizada en un colegio normalizado, aunque con clases de integración y con una terapeuta privada que acude al centro<sup>22</sup>.

Por último, en el caso de recaídas el art. 2.4 RD 1148/2011 señala que cuando se produzca no será necesario un nuevo ingreso hospitalario, pues puede que sea inútil para la recuperación del menor, si bien *«deberá acreditarse, mediante una nueva declaración médica, la necesidad, tras el diagnóstico y hospitalización, de la continuación del tratamiento médico»*.

### 3.5. Cuidado directo, continuo y permanente del menor por su progenitor, adoptante, guardador o acogedor

El legislador señala expresamente que el cuidado debe ser *«directo, continuo y permanente»* por parte de su progenitor, adoptante, guardador o acogedor.

El cuidado *«directo»* implica que es el progenitor el que de manera personal cuida al menor, lo que supone una atención y responsabilidad. Esta atención directa del menor no impide que el cuidador cuente con ayuda

<sup>18</sup> STSJ Aragón, de 30 de octubre de 2013, rec. núm. 436/2013.

<sup>19</sup> STSJ Cataluña, de 11 de marzo de 2016, rec. núm. 5691/2015.

<sup>20</sup> STSJ Castilla y León, de 29 de mayo de 2014, rec. núm. 698/2014.

<sup>21</sup> STSJ Baleares, de 29 de septiembre de 2016, rec. núm. 78/2016.

<sup>22</sup> STSJ Madrid, de 25 de abril de 2016, rec. núm. 653/2015.

de personal especializado para determinadas tareas y a lo largo de todo el tratamiento, incluso, a veces, puede ser necesario. Ahora bien, tal ayuda no debe reemplazar o relegar a meramente secundaria la tarea que el ET atribuye al cuidador familiar. Es decir, se exige una necesidad de atención especialmente vinculada no a los intereses ordinarios, sino a aquéllos que regularizan el mismo tratamiento y la misma asistencia de la enfermedad<sup>23</sup>.

El cuidado debe ser también «*continuo y permanente*». Aunque, aparentemente, ambos adjetivos puedan parecer reiterativos, lo cierto es que no son sinónimos, pues el término «*continuo*» alude a la necesidad de que el cuidado directo se mantenga las veinticuatro horas del día, sin que sea suficiente que se observe solo unas pocas horas, por ejemplo, en el momento concreto del suministro del medicamento. Con todo, lo que el legislador puede exigir al trabajador es, únicamente, que ese cuidado continuo se extienda a toda la parte de jornada reducida, sin perjuicio de que el resto de la jornada laboral o del día ese cuidado se atribuya a otras personas. Por su parte, el requisito de que tenga que ser «*permanente*» conecta con la idea de enfermedad grave e ingreso hospitalario de larga duración.

En estos casos suele argumentarse la escolarización como aspecto a tener en cuenta. Sobre ello, la doctrina judicial señala que una escolarización normal no equivale a estar escolarizado pero recibiendo apoyo en el centro, en el aula de logopedia y fisioterapia y con transporte específico<sup>24</sup>; ni acudir a un centro especial<sup>25</sup>, de tal forma que en estos casos, se concede el derecho a la prestación económica. No obstante, no se ha reconocido el derecho por no acreditarse la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente de un menor afectado por una enfermedad grave incluida

en el cuadro reglamentario, al estar escolarizado, recibiendo apoyo en el centro en el aula de logopedia y fisioterapia y existiendo transporte específico<sup>26</sup>; ni el de un menor afectado de una enfermedad grave incluida también en el citado listado, cuando el propio informe médico determina que es una enfermedad crónica que al requerir cuidados durante toda la vida, pero aún no precisa de ellos en la forma requerida<sup>27</sup>; ni el de un menor con enfermedad grave incluida en el listado, porque entre los tratamientos que recibe se encuentra la escolarización en un colegio de educación especial, en donde recibe atención de fisioterapeuta, de profesora de audición y lenguaje, de profesora de pedagogía terapéutica y de auxiliar técnico educativo, y ello no supone el cuidado directo, continuo y permanente<sup>28</sup>. Sin embargo, en ese último caso, el TS<sup>29</sup> ha confirmado que sí se cumple el requisito de cuidado directo, continuo y permanente, aunque el niño esté escolarizado en un centro especial, pues según el TS la normativa no exige la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente al menor durante las veinticuatro horas del día. Asimismo, la reducción de jornada del progenitor supone que el solicitante del subsidio no va a dedicar la totalidad de su tiempo al cuidado del menor, ya que una parte del mismo la dedica a la realización de su trabajo. Por otra parte, aunque el niño acuda al centro especial no supone que durante el tiempo en el que permanece en su domicilio no tenga que ser objeto de intensos cuidados por parte de su madre, de manera directa, continua y permanente. Tampoco lo es cuando en el momento en que se solicita la prestación, la menor, a pesar de haber sufrido cáncer y haber estado ingresada en el hospital, en dicho momento

<sup>23</sup> STSJ Andalucía, de 25 de marzo de 2015, rec. núm. 16/2015.

<sup>24</sup> STSJ País Vasco, de 17 de diciembre de 2013, rec. núm. 2159/2013.

<sup>25</sup> STSJ País Vasco, de 24 de septiembre de 2013, rec. núm. 1476/2013.

<sup>26</sup> STSJ País Vasco, de 17 de diciembre de 2013, rec. núm. 2159/2013.

<sup>27</sup> STSJ Castilla y León, de 20 de marzo de 2014, rec. núm. 165/2014.

<sup>28</sup> STSJ Cantabria, de 11 de noviembre de 2014, rec. núm. 625/2014.

<sup>29</sup> STS de 28 de junio de 2016, rec. núm. 80/2015, que casa la STSJ Cantabria, de 11 de noviembre de 2014, rec. núm. 625/2014.

no se halla hospitalizada ni queda acreditada la necesidad de cuidado directo, continuado y permanente en el domicilio pues la menor no se encuentra sometida a tratamiento activo, sin perjuicio de la supervisión y seguimiento por parte de su médico oncólogo<sup>30</sup>.

En el caso de los menores afectados de diabetes millitus tipo I sujeta a un tratamiento que impone la determinación de los niveles de glucemia antes y después de cada comida, la doctrina judicial<sup>31</sup> suele estimar que si el control lo deben realizar los progenitores, debiendo éstos desplazarse diariamente al centro educativo, sí tienen derecho a la prestación económica, argumentando que deben realizarse una serie de controles metabólicos, esto es, de seis a ocho controles diarios, debiendo administrarle dosis regulares de medicación, lo que no puede realizar la menor dada su corta edad, debiendo todo ello ser realizado por la madre, y ello a pesar de que lleve una vida escolar básicamente normalizada, pues lo decisivo es que la menor necesita este tipo de cuidado durante las veinticuatro horas del día y en el colegio lo debe prestar la madre que se desplaza al centro para efectuar el control<sup>32</sup>. No obstante, en algunos casos, se ha valorado más la gravedad de la enfermedad y la edad del menor, para reconocer el derecho a la prestación, a pesar de que el menor esté escolarizado y los controles los lleve a cabo en horario escolar la profesora del centro<sup>33</sup>.

En definitiva, como señala la doctrina judicial<sup>34</sup>, el cuidado que necesita el menor ha de ser directo, continuado y permanente, pero no requiere que sea en centro hospitalario,

pudiendo darse en el domicilio, sin que sea el beneficiario quien haya de prestarlo en todo momento. Cabe señalar que este cuidado directo, continuo y permanente no es equiparable a una atención puntual, como en el caso de un menor diagnosticado de glucemia, que lleva a cabo una vida escolar normal, y su profesora le realiza el control metabólico, liberando así al progenitor de la necesidad de acudir al centro docente a diario, pudiendo, por tanto desempeñar su actividad profesional con normalidad<sup>35</sup>. Por tanto, en el caso de que el menor esté escolarizado y no sea necesario el desplazamiento diario del progenitor para realizar dicho control por llevarlo a cabo de forma voluntaria el profesor u otra persona, no se reconoce dicho subsidio económico<sup>36</sup>.

### 3.6. Necesidad del cuidado acreditada por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente

El legislador condiciona el disfrute de la reducción de jornada a la previa acreditación del padecimiento de la enfermedad grave que requiere el ingreso hospitalario de larga duración y la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente.

Estos datos deben ser acreditados mediante «*declaración cumplimentada por el facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la atención del menor*»<sup>37</sup>.

Lo relevante es que tiene que ser el servicio médico de carácter público el que tiene que cumplimentar la declaración e informar,

<sup>30</sup> STSJ Andalucía, de 22 de mayo de 2014, rec. núm. 329/2014.

<sup>31</sup> STSJ País Vasco, de 8 de abril de 2015, rec. núm. 426/2015.

<sup>32</sup> STSJ Cantabria, de 11 de marzo de 2015, rec. núm. 396/2014. En términos similares, STSJ País Vasco, de 9 de diciembre de 2014, rec. núm. 2215/2014.

<sup>33</sup> STSJ Andalucía, de 29 de octubre de 2015, rec. núm. 375/2015.

<sup>34</sup> STSJ País Vasco, de 9 de diciembre de 2014, rec. núm. 2215/2014.

<sup>35</sup> STSJ Castilla y León, de 12 de noviembre de 2015, rec. núm. 1616/2015. En similares términos, STSJ Madrid, de 14 de mayo de 2015, rec. núm. 845/2014.

<sup>36</sup> STSJ Andalucía, de 8 de junio de 2016, rec. núm. 1677/2015.

<sup>37</sup> Art. 2.2 RD 1148/2011.

pues es quien tiene la competencia, aun en el caso de que la atención y diagnóstico se haya llevado a cabo por servicios médicos privados. Ahora bien, en tal caso, «se exigirá que la declaración sea cumplimentada, además por el médico del centro responsable de la atención del menor»<sup>38</sup> que es quien conoce la verdadera situación de éste. Por tanto, en esta situación, el documento de la declaración médica debe ser cumplimentado por ambos médicos.

El contenido del informe debe indicar claramente el cáncer o enfermedad grave que el menor padece y que requiere ingreso hospitalario de larga duración.

### 3.7. El cuidado se puede prolongar hasta que el menor cumpla dieciocho años

Por último, el precepto estatutario hace referencia a la reducción de jornada para cuidado del hijo o acogido menor de edad hasta que cumpla dieciocho años de forma expresa. En consecuencia, siempre que exista ese ingreso hospitalario de larga duración y la necesidad de cuidado, el trabajador tiene derecho a disfrutar de aquél, lo que está en consonancia con los deberes de cuidado personal derivados de la relación paterno-filial. En otras palabras, hasta los dieciocho años, el derecho del trabajador depende de la mera existencia de la situación de hecho protegida por el legislador, pero, una vez cumplida aquella edad, el menor se convierte en adulto, y el legislador ya no prevé ninguna prestación económica para los padres que reducen su jornada para seguir cuidando a aquél.

## 4. PRESTACIÓN ECONÓMICA

La importancia de esta reducción de jornada por cuidado de menores no radica tanto en su reconocimiento como derecho

laboral por el ET, sino en su protección económica por la Seguridad Social. De hecho, la finalidad de esta prestación económica es compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al reducir su jornada de trabajo, con la consiguiente disminución de salarios, por la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente del menor a cargo.

Por tanto, la situación protegida es la que se ha descrito anteriormente, esto es, la citada reducción de jornada, tal y como lo vuelve a recordar el art. 190 LGSS. No obstante, este último precepto, a diferencia del estatutario, exige que «ambos trabajen». Ciertamente, es un derecho individual de cada trabajador, cuyo ejercicio no depende de cuál sea la situación laboral del otro, que puede existir o no. Sin embargo, desde el punto de vista económico, la Seguridad Social exige que ambos estén en activo en el mercado laboral. Ello lleva a plantearse qué sucede en el caso de las familias monoparentales. En principio, desde un punto de vista simplista de la literalidad de la ley, podría entenderse que estas familias no tendrían derecho, pero ello supondría un grave perjuicio al progenitor. No obstante, desde un criterio lógico, y según las instrucciones internas del INSS<sup>39</sup> cabe entender que estas familias están protegidas por este subsidio. En estos casos, los requisitos exigidos al progenitor de la familia monoparental son los previstos con carácter general, esto es, quien esté trabajando y haya reducido su jornada de trabajo.

Otra diferencia entre el precepto estatutario y el de la LGSS es que sólo uno de los progenitores o adoptantes, acogedores o guardadores tiene derecho a lucrar la prestación económica, pues el art. 191.2 LGSS señala que «cuando concurran en ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a

<sup>38</sup> Art. 2.2 RD 1148/2011.

<sup>39</sup> De 17 de marzo de 2011.



*percibir la solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos»,* mientras que desde el punto de vista laboral, ambos pueden disfrutar del derecho a la reducción de jornada.

#### 4.1. Beneficiarios

Para ser un sujeto beneficiario de esta prestación se exigen varios requisitos. En primer lugar, las personas beneficiarias de esta prestación económica deben ser trabajadores, ya sean por cuenta ajena o cuenta propia, cualquier que sea su sexo. Concretamente, para el caso de los funcionarios, el propio art. 191 LGSS señala que las previsiones de la LGSS no serán de aplicación a los mismos, pues se regirán por lo establecido en el artículo 49.e) EBEP<sup>40</sup>.

En segundo lugar, deben reunir la condición de ser progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedores con carácter permanente. En este punto cabe remitirse a lo señalado anteriormente.

En tercer lugar, se exige que reúnan las condiciones generales de estar afiliadas y en alta en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y acreditar la cotización exigida en iguales términos que los exigidos para la prestación económica de maternidad. En todo caso, el requisito de estar afiliado y en alta puede flexibilizarse cuando uno de los padres trabaja en un país con el que no existe instrumento internacional de Seguridad Social, pues en ese caso, basta con que aquél tenga suscrito un convenio especial con el sistema español de Seguridad Social. Con todo, esta flexibilización sólo se admite cuando el afectado no es beneficiario de la prestación, lo que implica que el que sí es beneficiario debe estar afiliado y en alta real en el sistema español de Seguridad Social. En relación a la cotización exigida, el art. 5 RD 1148/2011 reproduce expresamente los mismos períodos de carencia

previstos para la prestación de maternidad, de tal forma que cabe remitirse a ello.

En relación a las situaciones asimiladas al alta, se guarda silencio, lo que según la doctrina científica<sup>41</sup> no se debe a un olvido del legislador, sino que es reflejo de la clara exigencia de que los cuidadores estén prestando servicios laborales y tengan que dejarlos para atender al menor, lo que genera el perjuicio económico que se intenta compensar.

Además, como ya se ha señalado, aunque ambos progenitores cumplan todas las condiciones de acceso a la prestación económica, ésta sólo podrá concederse a uno de ellos, y ello con independencia del número de menores que estén afectados por la enfermedad grave y requieran cuidado directo, personal y permanente. Esta limitación de beneficiarios puede estar justificada cuando en el hogar familiar exista un solo enfermo, pero no termina de entenderse del todo cuando concurren varios o se trata de una familia numerosa.

Si los dos progenitores tuviesen derecho al subsidio, la decisión de quién lo percibe dependerá de lo acordado entre ellos. En caso de desacuerdo, y salvo decisión judicial expresa, en los supuestos de divorcio o separación judicial, el subsidio se reconocerá al progenitor que tenga la custodia del menor. En el supuesto de un progenitor que no cumple el requisito de afiliación y alta y que está divorciado del otro, que sí está afiliado y en alta, pero tiene atribuida la custodia del menor, en principio, la regulación de la prestación no permite excluir de la unidad familiar al progenitor divorciado, pues la citada prestación tiene por objeto facilitar el cuidado del hijo enfermo a los progenitores que trabajan, concediéndoles una prestación para suplir la merma de salario consiguiente a la reducción de jornada que uno u otro han de solicitar para poder prestar dicho cuidado al hijo y, en consecuencia, si uno de los progenitores no está sujeto a la dedicación que requiere toda actividad laboral, en-

<sup>40</sup> Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>41</sup> MELLA MÉNDEZ, L., «El cuidado de menores... *op. cit.*»

tiende la norma reguladora que el mismo puede prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad, sin distinguir a estos efectos que el progenitor cuidador sea o no el que tiene la custodia del menor en caso de separación o divorcio, y, de hecho, el reglamento contempla la posibilidad de que exista la situación de separación o divorcio, pero sólo para disponer que, en tales casos, si ambas personas progenitoras tuvieran derecho al subsidio, podrá ser reconocido a favor de la determinada de común acuerdo, o en su defecto, a la que tenga la custodia, lo cual hace concluir que también en estos supuestos de separación o divorcio es requisito de la prestación que ambos progenitores trabajen<sup>42</sup>. No obstante, otro sector judicial entiende que la previsión del art. 4 RD 1148/2011 no se establece para cuando los dos progenitores no formen parte de la unidad familiar por haberse separado o divorciado o en caso de nulidad matrimonial, en cuyo caso, y partiendo de la situación protegida que es el cuidado del menor por el progenitor que lo tiene a su cargo, se ha previsto que el beneficiario sea quien tenga otorgada la custodia. Por tanto, en los casos de separación, divorcio o nulidad, los requisitos de afiliación, alta y cotización, sólo se van a exigir respecto de la persona que tenga a su cargo el menor, sin estar condicionada a las cotizaciones del exesposo<sup>43</sup>.

En cuanto derecho de ejercicio limitado a un solo progenitor pero en el que ambos pueden tener interés en hacer uso de él, el legislador ha previsto la posibilidad del disfrute compartido. Así, los titulares pueden alternarse entre ellos *«en el percibo del subsidio por períodos no inferiores a un mes»*<sup>44</sup>. Dicha

alternancia se somete al acuerdo de todos los afectados, esto es, ambos progenitores y sus respectivos empresarios, pues cabe tener presente que la reducción de jornada afecta al proceso organizativo de las empresas y es lógico que éstos también conozcan y opinen al respecto. El acuerdo para la alternancia en el disfrute de la prestación puede producirse en cualquier momento durante la duración de la misma.

La duración del disfrute del subsidio por cada progenitor así como el ritmo de la alternancia depende de lo acordado por las partes. Así, por ejemplo, los períodos de disfrute no tienen por qué ser iguales para ambos beneficiarios. Con todo, el legislador fija un período mínimo de disfrute para cada uno de aquéllos, pues los períodos no pueden ser inferiores a un mes, aunque sí iguales o superiores. El parámetro mensual resulta adecuado, en cuanto coincide con el período inicial de reconocimiento de la prestación. Aunque, en principio, pueda parecer que el disfrute compartido es de un solo subsidio, el legislador deja claro que no sucede así, al precisar que, en tales casos, *«el percibo del subsidio quedará en suspenso cuando se reconozca un nuevo subsidio a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora»*<sup>45</sup>. Esto pone de relieve que cada beneficiario hace uso de su propio derecho y no consume el del otro. Por ello, es necesario que los requisitos que dan acceso al mismo se cumplan en cada caso, sin que sea suficiente que sólo uno de ellos los observe, y después, ésta ceda el disfrute de su derecho al otro. No se está, por tanto, ante una situación similar al permiso por maternidad, cuya titular es generalmente la madre y puede optar por cederlo, en parte, al padre.

En el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones para el reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social, será necesario que el causante se encuentre al corriente en el pago de las cotizaciones,

<sup>42</sup> STSJ Aragón, de 18 de julio de 2012, rec. núm. 412/2012. En similares términos, STSJ Canarias, de 5 de noviembre de 2013, rec. núm. 473/2013, que señala que el art. 191 LGSS exige que ambos progenitores trabajen y estén, por tanto, afiliados y en alta, sin distinguir entre progenitores casados, divorciados y no casados. También STSJ Murcia, de 24 de noviembre de 2014, rec. núm. 507/2014.

<sup>43</sup> STSJ Madrid, de 26 de noviembre de 2013, rec. núm. 794/2013.

<sup>44</sup> Art. 4.5 RD 1148/2011.

<sup>45</sup> Art. 4.5 RD 1148/2011.

aunque la prestación sea reconocida como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena.

## 4.2. Cuantía de la prestación económica

Según el art. 192 LGSS *«la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave consistirá en un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo»*.

En primer lugar, puede señalarse que la naturaleza jurídica de esta prestación es la de subsidio por su carácter temporal<sup>46</sup>. El DRAE lo define como la prestación pública asistencial de carácter económico y de duración determinada.

Cabe destacar, en segundo lugar, que, a pesar de equiparar la cotización a la maternidad, y de tratarse de una situación derivada de un riesgo común y no profesional, el legislador haya previsto que la cuantía de la prestación se halla en función de la base reguladora de contingencia profesionales, cuando ésta es más propia de, por ejemplo, la prestación por riesgo durante el embarazo o la lactancia, y no de la maternidad.

El art. 6.1 RD 1148/2011 matiza que cuando no se haya optado por la cobertura de las contingencias profesionales, en el caso de los trabajadores autónomos, se tomará como referencia la base reguladora de la misma prestación derivada de contingencias comunes. En el caso de que el trabajador no tenga cubierta la incapacidad temporal, se tomará la base de cotización por contingencias comunes.

<sup>46</sup> SJS núm. 19 Madrid, de 9 de enero de 2013, proc. núm. 264/2012.

Para los trabajadores a tiempo parcial se prevé que la base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la reducción de jornada, entre el número de días naturales de dicho período.

Por lo que se refiere a la cuantía a percibir, lógicamente si se quiere compensar la reducción de jornada y de salario, el porcentaje a aplicar debe estar en proporción directa con la pérdida salarial derivada de la reducción de jornada, de tal forma, que oscilará entre un mínimo del 50 % y un máximo del 99,9 %.

Cuando el sujeto que solicita la prestación se halle en una situación de reducción de jornada por guarda legal de un menor discapacitado, la base a tomar debe ser la correspondiente a una jornada de trabajo completa, porque, en caso contrario, supondría un perjuicio intolerable que, tras instaurarse un nuevo supuesto de reducción de jornada específico para progenitores con el establecimiento simultáneo de una prestación económica para tales casos, no se pudiera acoger a ella en su plenitud de derechos, y se tomase como base reguladora la correspondiente a la cotización por la jornada reducida<sup>47</sup>. Así, se señala<sup>48</sup> que si se calculara la prestación económica, en función de las cotizaciones efectuadas por el progenitor, con la jornada reducida para el cuidado de hijo menor discapacitado, perjudicaría de forma desproporcionada a la misma por haber utilizado esta vía legal de compaginación de su trabajo, con el cuidado del menor afectado de enfermedades graves, con antelación a la solicitud de la prestación de Seguridad Social y resultaría contraria a la finalidad de las normas citadas. En efecto, ello queda avalado porque se trata de una prestación económica bastante reciente, a la que, en muchas ocasiones, no habrán podido acogerse los

<sup>47</sup> STSJ Madrid, de 9 de mayo de 2014, rec. núm. 1968/2013. En los mismos términos, STSJ Madrid, de 22 de julio de 2016, rec. núm. 307/2016.

<sup>48</sup> STSJ Madrid, de 9 de mayo de 2014, rec. núm. 1968/2013.

progenitores en los momentos en que se aprobó, de tal forma que, en dichos momentos, los progenitores habrían optado por la reducción de jornada de trabajo por guarda legal de un hijo menor, que era la única posibilidad legal entonces existente.

### 4.3. Nacimiento, duración y extinción

El derecho a esta prestación nace el mismo día en que el trabajador hace efectivo su derecho a la reducción de jornada para el cuidado directo del menor. Cabe tener presente que la solicitud de la prestación debe realizarse dentro del trimestre siguiente a dicho día, pues una vez transcurrido éste, los efectos económicos del subsidio tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la solicitud, perdiéndose el subsidio correspondientes a los anteriores.

El subsidio nace con una duración limitada de un mes, aunque es prorrogable por periodos de dos, cuando subsista la necesidad del cuidado directo del menor. Lógicamente, la prórroga se condiciona a la acreditación de que continúa la necesidad de cuidar al menor.

A pesar de que esta prórroga es bimensual, si, en un determinado momento, el facultativo competente entiende que la necesidad del cuidado directo va a ser inferior a ese período, la entidad gestora o colaboradora reconocerá el subsidio por un tiempo inferior, exactamente el que figure en el informe médico de aquél. Lógicamente, cuando esto suceda, se estará ante la última prórroga y el subsidio se extinguirá por la causa que sea.

En el supuesto de recaídas, si se vuelve a requerir el cuidado directo del menor, el progenitor puede volver a solicitar la reducción de jornada y percibir el correspondiente subsidio. Como ya se señaló, en los casos de recaída no se requiere de nuevo otro ingreso hospitalario, pero sí una nueva declaración médica sobre la necesidad de continuar con el tratamiento, así como del referido cuidado directo por parte del progenitor. Además, en

el momento de la recaída, el solicitante de la prestación debe estar igualmente afiliado y en alta, aunque no se exige una nueva carencia. Por tanto, una vez reunida ésta, y siempre que concurren las circunstancias para ello, el trabajador puede percibir el subsidio económico analizado de manera continua o discontinua, hasta que proceda su extinción.

Lógicamente, si la posterior enfermedad es distinta de la anterior, no se está ante una recaída, sino ante una nueva enfermedad, esto es, un nuevo hecho causante, que exigirá todos los requisitos iniciales.

Según el art. 7.2 RD 1148/2011, el subsidio económico quedará en suspensión cuando el trabajador pasa a una situación de suspensión contractual, en cuyo caso el trabajador ya no tiene una reducción de jornada y de salario, sino que se halla en una situación diferente, por lo que pierde uno de los requisitos básicos para la citada prestación. Tales supuestos serían los propios de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia natural. No obstante, en estos casos, el art. 7.2 a) RD 1148/2011 señala que *«cuando, por motivos de salud, la persona que se hacía cargo del menor no pueda atenderle y se encuentre en situación de incapacidad temporal o en periodo de descanso obligatorio de maternidad por nacimiento de un nuevo hijo podrá reconocerse un nuevo subsidio por cuidado de menores a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora, siempre que la misma reúna los requisitos para tener derecho al subsidio»*. Obviamente, la finalidad de esta previsión legal es que el menor enfermo no quede desatendido y sin el cuidado directo de uno de sus progenitores. Para que el otro progenitor pueda activar este subsidio debe cumplir con todos los requisitos generales exigidos para su devengo, incluido el de carencia, pues no se está ante un disfrute compartido, sino ante dos derechos distintos.

Asimismo, se regula como causa de suspensión aquella en que ambos progenitores acuerdan, expresamente, la alternancia en el disfrute de la prestación, de tal forma que

cuando uno disfruta de su derecho, el del otro queda en suspenso y viceversa.

Junto a esos dos supuestos regulados expresamente, cabría citar otros supuestos, como la suspensión que se podría decretar cuando no se aporta la nueva declaración médica, pues como se ha indicado, la duración inicial del subsidio es de un mes, con posible prórroga de dos meses, siempre que se aporte nueva declaración médica justificando dicha necesidad, de tal forma que si no se aporta se decretará la suspensión del subsidio. El otro supuesto de suspensión es el que se produce cuando las personas responsables del ingreso de las cuotas se consideran al corriente en el pago de las mismas en virtud de un aplazamiento, de tal forma que si se incumple el plazo dado para abonar las cuotas aplazadas, se suspenderá la prestación hasta que la deuda sea saldada<sup>49</sup>.

En cuanto a la extinción del subsidio económico, éste se extinguirá por la reincorporación plena al trabajo o reanudación total de la actividad laboral de la persona beneficiaria; por la desaparición de la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, debido a su mejora o alta médica; por el cese total de la actividad de cualquiera de los progenitores; por el cumplimiento de los dieciocho años del menor; o por el fallecimiento de éste o de su cuidador.

Al respecto cabe señalar que en el caso del cese total de la actividad de uno de los progenitores debe entenderse que lo es en tanto que está en condiciones de atender el cuidado del menor, de tal forma que si uno de los progenitores cesa en el trabajo pero no está en condiciones de cuidar del menor, por ser declarado con incapacidad permanente y ser extinguido, por tanto, su contrato de trabajo, sigue persistiendo la necesidad de cuidado del hijo enfermo por parte del otro progenitor y, por tanto, no opera este caso como causa de extinción del subsidio<sup>50</sup>.

Cabe destacar la desaparición de dos causas de extinción que sí se incluían en las Instrucciones Provisionales del INSS<sup>51</sup>, cuales eran la actuación fraudulenta en la obtención de la prestación y la realización por el beneficiario de trabajos por cuenta propia o ajena incompatibles con la reducción de jornada.

## 5. CONCLUSIÓN

Como se observa, la razón de ser de esta prestación económica no es otra que facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral y, en buena medida, hacer realidad así el mandato contenido en el art. 39.2 CE acerca de la protección integral de los hijos, en este caso, los menores de dieciocho años afectados por cáncer u otra enfermedad grave, quienes, bien mirado son los verdaderos causantes del subsidio litigioso, por mucho que los beneficiarios del mismo sean los progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores. Y desde este canon reforzado de enjuiciamiento constituiría un trato discriminatorio indirecto no otorgar en toda su extensión a tan repetida prestación el alcance real que, una vez instaurada, le es propio, por cuanto ello vendría a entrañar, a la postre, deparar un tratamiento peyorativo al colectivo de mujeres, desde el mismo momento que en la sociedad española actual son ellas las que, por regla general, se ocupan del cuidado permanente, directo y continuo de los hijos con enfermedades graves<sup>52</sup>.

Por otro lado, cabe resaltar que la Memoria del análisis de impacto normativo<sup>53</sup> señala que la regulación por cuidado de menores a cargo afectados de cáncer u otra enfermedad grave es una prestación contributiva que no tiene un impacto directo por razón de género, dado que se dirige a los hombres y las mujeres, puesto

<sup>51</sup> De 17 de marzo de 2011, Instrucciones provisionales para el trámite y reconocimiento de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer.

<sup>52</sup> STSJ Madrid, de 9 de mayo de 2014, rec. núm. 1968/2013.

<sup>53</sup> De 5 de julio de 2011, del Proyecto del Decreto.

<sup>49</sup> MELLA MÉNDEZ, L., «El cuidado de menores... *op. cit.*»

<sup>50</sup> STSJ Andalucía, de 11 de diciembre de 2014, rec. núm. 1362/2014.

que los beneficiarios de la prestación económica son las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras del menor siempre que ambas trabajen y reúnan las exigencias requeridas. Sin embargo, reconoce que se trata de una medida que en la práctica favorecerá especialmente a la mujer trabajadora «ya que habitualmente suele ser la madre quien asume los cuidados del hijo cuando éste padece un cáncer u otra enfermedad grave, viéndose obligada por ello, en ocasiones, a abandonar su actividad laboral o a aceptar otros trabajos que pueda compatibilizar con la atención y cuidados del menor. Con esta nueva prestación la madre que trabaja podrá compatibilizar la atención al menor con la continuación de su actividad laboral, sin que ello suponga una minoración de sus ingresos ni un perjuicio en su carrera profesional».<sup>54</sup>

Por tanto, aún queda camino por recorrer, principalmente en cuanto a horarios de trabajo y flexibilidad de jornada, aspectos que en España están muy demorados respecto a países del entorno, donde las jornadas son más flexibles y continuas. Se van implantando muy poco a poco, a pesar de que son instrumentos muy efectivos para la conciliación.

## BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER PASTOR, I., «Prestación económica por cese de actividad por cuidado de menores con enfermedad grave: primeras reflexiones», en *RGDTSS*, núm. 25, 2011 (versión on line)
- BLASCO LAHOZ, J.F., «La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y su interpretación judicial», en *TyD*, núm. 9, 2015 (versión on line)
- *Conciliar está de moda* (s.n.) [en línea], Redacción Wolters Kluwer, 2016.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., «Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave», en *AL*, núm. 8, 2011 (versión on line)
- MELLA MÉNDEZ, L., «El cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: análisis crítico de la regulación laboral y de Seguridad Social», en *RL*, núm. 1, 2013 (versión on line)
- MEYSS, *Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave*, [en línea]. Extraído el día 27 de diciembre de 2016 de [http://www.seg-social.es/Internet\\_1/Estadistica/Est/Otras\\_Prestaciones\\_de\\_la\\_Seguridad\\_Social/EstadisticasCUME/index.htm](http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/EstadisticasCUME/index.htm)
- PALOMINO SAURINA, P., «Prestación económica por cuidado de hijo afectado por enfermedad grave escolarizado en centro especial», en *RIL*, núm. 7, 2015 (versión on line).

<sup>54</sup> Dictamen del Consejo de Estado acerca del Decreto que crea una prestación económica para los familiares que cuiden menores afectados por cáncer y otras enfermedades, núm. 1248/2011.

**RESUMEN**

En este trabajo se estudia, desde un punto de vista de la doctrina judicial y científica, la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, prestación de relativa escasa vigencia y que está empezando a ser comentada y flexibilizada por la doctrina judicial y la jurisprudencia. Así se analizan los puntos críticos y su interpretación judicial, tanto en la regulación contenida en el ET en cuanto derecho a la reducción de jornada con disminución proporcional del salario, como su regulación en la LGSS en cuanto derecho a un subsidio económico para compensar justamente dicha reducción de jornada y de salario.

Para realizar este estudio se ha partido de la legislación existente, pero especialmente de la doctrina tanto científica como judicial recaída al respecto y que ha ido despejando las lagunas legales e interpretando los conceptos jurídicos indeterminados planteados en la regulación normativa. De hecho, son numerosas las cuestiones no resueltas y las dudas interpretativas existentes, pero los órganos judiciales van dando soluciones a las mismas.

Así, en relación con la situación protegida, ésta se refiere a la filiación biológica, como a la adopción, o al acogimiento si es permanente, a la guarda con fines de adopción o la tutela. Por el contrario, no queda protegido el acogimiento temporal, ni tampoco la curatela. Un requisito que lo configura es la reducción de jornada y de salario que debe existir para tener derecho a la prestación correspondiente, pues se exige que como mínimo el trabajador/a solicite una reducción de jornada y salario de un mínimo de un 50 % y como máximo un 99,9 %, no siendo posible acumular esta reducción con otras por derechos similares, pues se trata de permisos y licencias totalmente independientes. Básico es también la enfermedad que padece el menor, ya sea cáncer u otra grave, pues a pesar del establecimiento de una lista, no cabe entenderla como absolutamente cerrada, ya que de la misma pueden entenderse incluidas otras en muchas de sus acepciones genéricas, generándose dudas en relación en relación al término grave, lo que muchas veces deberá ser valorado en cada caso concreto según las circunstancias concurrentes.

Asimismo, respecto del requisito del ingreso hospitalario, la doctrina judicial entiende que cabe interpretarlo en un sentido lato y flexible afirmando que no es requisito sine qua non un ingreso en el hospital continuo permitiéndose que con posterioridad vuelva al hogar familiar y haga «vida normal», al igual que cabe entender la exigencia del cuidado directo, pues no es imprescindible que el progenitor, adoptante, acogedor o guardador esté cuidado al menor durante las veinticuatro horas del día, siendo permitido que comparta esta atención con otra persona. Son muchos los supuestos planteados en relación con si esta prestación es compatible con la escolarización del menor. La doctrina judicial siguiendo su línea interpretativa flexibilizadora y amplia señala que para que se deniegue esta prestación debe existir una escolarización normal, lo cual no sucede cuando el menor recibe algún apoyo o acude a un centro especial.

En definitiva, son estas últimas las cuestiones centrales del debate de esta prestación, para las que la doctrina judicial estima que el cuidado que necesita el menor ha de ser directo, continuado y permanente, pero no requiere que sea en centro hospitalario, pudiendo darse en el domicilio, sin que sea el beneficiario quien haya de prestarlo en todo momento, permitiéndose pues que el cuidado del menor sea compartido con otros individuos, como profesores o cuidadores.

Otro dato relevante es que tiene que ser el servicio médico de carácter público el que tiene que cumplimentar la declaración e informar, pues es quien tiene la competencia, aun en el caso de que la atención y diagnóstico se haya llevado a cabo por servicios médicos privados.

Por otro lado, la falta de coordinación del ET y de la LGSS también ha generado dudas interpretativas. Por un lado, el art. 190 LGSS, a diferencia del estatutario, exige que «*ambos trabajen*». Ello lleva a plantear qué sucede en el caso de las familias monoparentales, pues al referirse a «ambos» parece que sólo está protegido a las familias formadas por dos progenitores. En principio, desde un punto de vista simplista de la literalidad de la ley, podría entenderse que estas familias no tendrían derecho, pero ello supondría un grave perjuicio al progenitor. No obstante, desde un criterio lógico, y según las instrucciones internas del INSS cabe entender que estas familias están protegidas por este subsidio.

Asimismo, en relación a los requisitos que la LGSS exige cabe remitirse a lo previsto para la prestación por maternidad, planteándose la duda en relación a las situaciones asimiladas al alta, respecto de las cuales se guarda silencio. Ello, según la doctrina científica, debe interpretarse en el sentido de que no se debe a un olvido del legislador, sino que es reflejo de la clara exigencia de que los cuidadores estén prestando servicios laborales y tengan que dejarlos para atender al menor, lo que genera el perjuicio económico que se intenta compensar.

Por lo que se refiere a la prestación económica, la doctrina judicial entiende que debe calificarse como subsidio por su carácter temporal, esto es, prestación pública asistencial de carácter económico y de duración determinada.

Por último, llama la atención el hecho de que, a pesar de equiparar la cotización a la maternidad, y de tratarse de una situación derivada de un riesgo común y no profesional, el legislador haya previsto que la cuantía de la prestación se halla en función de la base reguladora de contingencia profesionales, cuando ésta es más propia de, por ejemplo, la prestación por riesgo durante el embarazo o la lactancia, y no de la maternidad.

**Palabras clave:** Cuidado; menores; cáncer; enfermedad grave; trabajador.



**ABSTRACT**

In this work it is studied, from a judicial and scientific doctrine point of view, the economic benefit for the care of children affected by cancer or other serious illness, a provision of relative scarcity and which is beginning to be discussed and made more flexible by the judicial doctrine and jurisprudence. So, it is analyzed its critical points and its judicial interpretation, as much in the regulation contained in the ET as right to the reduction of working day with proportional reduction of the salary, as well as its regulation in the LGSS as right to an economic subsidy to compensate this reduction of working hours and salary.

In order to carry out this study, it has been taken into account the existing legislation, but especially the scientific and judicial doctrine falled on this issue, which has been clearing legal gaps and interpreting the indeterminate legal concepts raised in the normative regulation. In fact, the unresolved issues and the interpretative doubts exist, but the judicial authorities are giving solutions to them.

Thus, in relation to the protected situation, it refers to biological filiation, to adoption, or fostering if it is permanent, custody for adoption or guardianship. On the contrary, temporary foster care and curatorship are not protected. A requirement that configures it is the reduction of the day and salary that must exist to be entitled to the corresponding benefit, as it is required that at least the worker requests a reduction of working hours and salary of a minimum of 50% and as maximum of 99.9%, and it is not possible to accumulate this reduction with others for similar rights, since these permits and licenses are totally independent. It is also basic the disease that suffers the minor, either cancer or other serious, because despite the establishment of a list, it should not be understood as absolutely closed, since it can be understood as including others in many of its generic meanings. One of the doubts is in relation to the term «serious», which many times it must be valued in each specific case according to the concurrent circumstances.

Likewise, with regard to the requirement of hospital admission, judicial doctrine understands that it can be interpreted in a broad and flexible sense, and it states that it is not a sine qua non requirement as an inpatient can return to the family home and has a «normal life», as well as the requirement of direct care, since it is not essential that the parent, adopter, foster or caregiver has to have the care for the child during the twenty-four hours of the day, being allowed to share this care with another person. There are many assumptions raised as to whether this benefit is compatible with the schooling of the child. Judicial doctrine, following its flexible and broad interpretative line, points out that in order to deny this benefit, normal schooling must exist, which does not happen when the minor receives support or goes to a special center.

In short, these latter are the central issues in the debate on this provision, for which the judicial doctrine considers that the care that the minor needs has to be direct, continuous and permanent, but it does not require it to be in a hospital, since the minor can stay at home and it is not necessary the beneficiary being responsible at all times. Thus, it is possible that the beneficiary shares the care of the child with other individuals, such as teachers or caregivers.

Another relevant fact is that it has to be the public medical service who has to complete the declaration and inform, as they have the competence, even in the case that the care and diagnosis has been carried out by private medical services.

On the other hand, the lack of coordination of the ET and the LGSS has also generated interpretative doubts. On the one hand, art. 190 LGSS, unlike the statutory one, demands that «both work». This raises the question of what happens in the case of single-parent families, because when referring to «both» it seems that only families formed by two parents are protected. In principle, from a simplistic point of view of the literal nature of the law, it could be understood that these families would not be entitled, but this would be a serious prejudice to the parent. However, from a logical point of view, and according

to INSS internal instructions, it is understood that these families are protected by this subsidy.

Likewise, in relation to the requirements that the LGSS demands, it is possible to refer to what is expected for the maternity benefit, considering the doubt regarding the situations assimilated to discharge, in respect of which silence is kept. According to scientific doctrine, this should be interpreted as not forgetting the legislator, but rather reflecting the clear requirement that caregivers are providing work services and have to leave them to care for the child, which generates the economic damage that is attempted to compensate.

As regards the economic benefit, the judicial doctrine understands that it should be qualified as a subsidy because of its temporary character, that is, public welfare assistance of an economic nature and fixed duration.

Lastly, it is striking that, despite equating the contribution to maternity, and in the case of a situation arising from a common and non-professional risk, the legislature has provided that the amount of the benefit is based on the professional contingency regulatory base, when this is more typical of, for example, risk benefit during pregnancy or breastfeeding, and not maternity.

**Keywords:** Care; children; cancer; serious illness; worker.



# Prestación por riesgo durante el embarazo

# Benefits for risks during pregnancy

JOSÉ MARÍA RÍOS MESTRE\*

---

## 1. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y REGULACIÓN ACTUAL

La Directiva 92/85/CEE, de 19-10, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, prevé la protección tanto del riesgo durante el embarazo como del riesgo durante la lactancia, cuando una trabajadora desempeña un puesto que resulta perjudicial para su salud o la del menor lactante y no existe posibilidad de trasladarla a un puesto de trabajo compatible. La citada directiva dispone el cese en su puesto de trabajo y el derecho de la trabajadora a percibir la correspondiente prestación, de la empresa o del sistema de protección social.

La prestación de protección de riesgo durante el embarazo fue introducida en el Capítulo IV ter por el artículo 14 de la ya antigua Ley 39/1999 de 5 de noviembre de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras mediante los artículos 134 y 135 LGSS 1994 (actuales artículos 186 y 187 LGSS 2015)<sup>1</sup>. El desarrollo reglamentario se encontraba en el RD 1251/01 de 16 de noviembre, que mantenía una sistemática y una estructura tradicional en el ordenamiento jurídico de las prestaciones económicas de Seguridad Social<sup>2</sup>, que siempre ha partido de la regulación prevista en la normativa vigen-

---

<sup>1</sup> Era una exigencia doctrinal la ordenación completa y acabada de la maternidad donde tuvieran cabida los episodios que se produjeran durante la gestación y, entre ellos, lógicamente las situaciones de riesgo durante el embarazo, ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J.L., Instituciones de Seguridad Social, Civitas, 17ª edición, 2000, p. 277.

<sup>2</sup> Un estudio pormenorizado de la norma en RIVAS VALLEJO, P., «El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado Re-

---

\* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Politécnica de Cartagena. Abogado.

te para la situación de incapacidad temporal, con necesarias particularidades de adaptación, que regula con detalle el procedimiento y actuaciones precisas para el reconocimiento del derecho al subsidio. Ahora, tras la reforma mediante la DA 18ª Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se produjo la sustitución de la norma reglamentaria por el nuevo RD 295/09.

La percepción de la trabajadora embarazada parte de un bien jurídico protegido que no es sólo la integridad física de la mujer trabajadora, sino que en función del embarazo y posible maternidad y/o lactancia de un hijo, éste se convierte en sujeto protegido como derecho a la salud del feto o del recién nacido a través de la propia salud de la madre<sup>3</sup>. De ahí que a la consecuencia propia del ordenamiento jurídico laboral referente a la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, del artículo 48.5 ET, también retocado por la DA 11ª de esta LO 3/2007, se une la prestación de la Seguridad Social por riesgo durante el embarazo, que se corresponde con dicha suspensión contractual, con la finalidad de otorgar una renta de sustitución del salario dejado de percibir por la trabajadora.

En suma, el objetivo es que la mujer trabajadora embarazada no incremente su riesgo propio común por ocasión o consecuencia de la actividad laboral, donde no se requiere que se actualice un daño efectivo, sino basta con que se objetive un riesgo específico para el embarazo, de ahí que no sea invocable un riesgo genérico que puede tener cualquier actividad, incluso la no laboral, para justificar la protección, pero del mismo modo tampoco puede ser rechazable el ámbito prestacional por falta de diagnóstico de patología concreta.

glamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo», *Aranzadi Social Doctrinal*, nº 20, 2001.

<sup>3</sup> ARENAS VIRUEZ, M., Riesgo durante el embarazo: causa de suspensión del contrato de trabajo y causa de despido nulo, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales - Mergablum, 2003, p. 117.

Con todo, las modificaciones más reseñables en la regulación de la situación de riesgo durante el embarazo en el régimen jurídico prestacional de la Seguridad Social, afectan tanto a su configuración o naturaleza jurídica como a la cuantía, y sobre todo a la gestión de la misma, con vigencia según el apartado 2º de la DT 7ª de estas modificaciones incorporadas únicamente a las suspensiones contractuales que se produzcan a partir del 24 de marzo de 2007.

La verdadera modificación legislativa es la referida a la naturaleza de la prestación, pues de ser considerada una pauta que partía de la normativa propia de la incapacidad temporal por contingencia común, de acuerdo con la nueva especificación que contiene el apartado 2º del artículo 134 LGSS 1994 (artículo 186 LGSS 2015), la prestación de riesgo durante el embarazo pasa a tener la naturaleza de contingencia profesional. Quiere con ello decirse que tal calificación de su origen como profesional, además del traslado de su gestión a las mutuas, introduce en su régimen jurídico una connotación que exigía un desarrollo reglamentario de adaptación a sus específicas particularidades, retocando (y derogando) el RD 1251/01 antes citado, y que ha tenido lugar mediante el dictado del RD 295/09 de 6 de marzo, con aplicación no sólo del principio de alta de pleno derecho y automaticidad de las prestaciones ante incumplimientos empresariales con anticipo prestacional de la entidad responsable, sino también la no exigencia de carencia genérica ni específica, a diferencia de la acreditación del período mínimo de cotización de 180 días dentro de los 5 años anteriores que se pedía. Y que además ahora de reflejo la cuantía del subsidio pasa del 75% al 100% atendiendo a la consideración de base reguladora de las contingencias profesionales y no de las comunes, por lo que se incrementa la intensidad protectora en consonancia con la nueva naturaleza.

Además, no sólo la prestación económica tiene origen profesional, sino que en lo que se refiere a su gestión y pago deja de ser un coto exclusivo de la entidad gestora para permitir la intervención de las entidades colaboradoras

o mutuas, cuyas facultades de gestión se ven ampliadas en la concertación de la cobertura de dichos riesgos profesionales o en su caso de los comunes si son trabajadoras autónomas.

El reconocimiento de la prestación se condiciona al resultado de la evaluación de los riesgos del puesto de trabajo para el estado biológico específico de la trabajadora embarazada. Pero el acuerdo suspensivo entre la trabajadora y su empresario no elude ni relativiza la conexión entre la actividad laboral y el riesgo para la salud de la madre o del feto, por lo que subsiste la obligación de cotizar (artículo 106.4 LGSS 1994; artículo 144.4 LGSS 2015) siendo las cuotas ingresadas durante el disfrute de la prestación computables a efectos carenciales para el resto de las prestaciones del sistema (artículo 124.3 LGSS 1994; artículo 165.3 LGSS 2015), donde la base de cotización equivalente será la que se venía cotizando antes de la suspensión de la actividad.

La gestión de esta prestación por riesgo durante el embarazo parte de la certificación facultativa (DA 2ª RD 295/09) del médico adscrito al INSS o en su caso a la entidad colaboradora que certifica la existencia del riesgo en la continuación de la realización del trabajo y sin perjuicio del informe del médico del sistema de salud que atiende a la trabajadora. Por ello, para las trabajadoras por cuenta ajena y para las trabajadoras por cuenta propia que hayan optado por la cobertura profesional, la gestión y control de la prestación corresponderá a la entidad gestora o a la entidad colaboradora que dé tal cobertura.

Se trata de una situación configurada desde la Ley de Prevención de Riesgos Laborales<sup>4</sup>, artículo 26, y que constituye la última medida a adoptar en tales casos de existencia de riesgo laboral para el estado biológico de la trabajadora, en relación de subsidiariedad con la adaptación de las condiciones de trabajo o, en su caso el traslado de puesto, y que opera cuando estas medidas no resulten suficientes o no puedan ser aplicadas, esto es: a) si el cambio de puesto

no resulta técnica u, objetivamente posible, o b) si dicho cambio no puede razonablemente exigirse por motivos justificados.

En tales casos, y por disposición expresa del artículo 26.3 LPRL, también recogida por el artículo 48.5 ET, la trabajadora pasará a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, y permanecerá en la misma durante todo el tiempo que subsista el riesgo. Si éste no cesa hasta el momento del parto, hasta esta fecha subsistirá la situación protegida y la correspondiente prestación.

Del artículo 26 LPRL nace la prestación que se debate, inserta en una de las medidas de prevención de riesgos laborales, lo que lleva ínsito que exista una relación directa entre la actividad laboral de la gestante y la medida que se adopta para prevenir riesgos constatados para la mujer o el feto y no fuera posible la adaptación o el cambio del puesto de trabajo, en cuyo caso podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, que, a los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida (artículo 136 LGSS 2015).

## 2. EXISTENCIA DE RIESGO

### 2.1. Situaciones previas

Son importantes para la valoración de la existencia del riesgo durante el embarazo los *casos previos*. Ejemplo de este tipo de valoración es un supuesto en el que tribunal declara que hay que tener en cuenta que la trabajadora había solicitado ampliación de su jornada, tras conocer y comunicar su situación de embarazo, por lo que consideraba que el desarrollo del mismo (al menos inicialmente), no conllevaba riesgo para el embarazo<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> En adelante LPRL.

<sup>5</sup> STSJ Navarra 332, 29 diciembre 2009 (rec. 132/2009).

En este sentido se puede citar un supuesto en el que en el año anterior se han producido en la empresa seis bajas por sobreesfuerzo, y también bajas por agresiones, en concreto dos, y en el año en curso nueve bajas por sobreesfuerzos y dos bajas por agresiones. Las agresiones por parte de los residentes propiamente dichas constan escasas, si bien sí existen incidencias tales como agarrar de un brazo, dar un tirón de pelo, dar un pisotón, etc<sup>6</sup>.

En un supuesto similar la trabajadora presta sus servicios en contacto directo con pacientes psiquiátricos, existiendo la posibilidad de sufrir agresiones por parte de los mismos. La trabajadora, no ya en razón de su condición profesional de diplomada universitaria en enfermería, sino en razón de la prestación de servicios asistenciales en establecimiento hospitalario para enfermos psiquiátricos, se encuentra sometida al riesgo de sufrir algún tipo de agresión por parte del colectivo asistido, riesgo ese afirmado por especialista en medicina del trabajo y por técnico en prevención de riesgos laborales, y susceptible de ser aprehendido a partir del razonamiento común, puesto que una de las manifestaciones que caracterizan la patología psiquiátrica, o algunas de las patologías psiquiátricas, consiste en la alteración de la conducta. Por consiguiente, sí concurre esa situación cuyo abordaje protector ha sido diseñado por el legislador a través de la prestación por riesgo durante el embarazo<sup>7</sup>.

De análoga forma se resolvió un asunto en el que las funciones de la trabajadora consisten en la atención a menores con expediente de protección y/o reforma que presenten graves alteraciones de conducta y a menores y jóvenes infractores, siendo público y notorio la agresividad de estos menores como sujetos de actuaciones que han dado lugar a la comisión de faltas o infracciones de naturaleza penal en las que han de participar los educadores con el fin de disuadirles de tales conductas, acti-

vidad que genera un riesgo para el embarazo. Queda claro, pues, que el puesto de trabajo que ocupa la trabajadora conlleva un riesgo importante para su embarazo. La trabajadora reúne los requisitos exigidos para poder lucrar el derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo en la cuantía correspondiente<sup>8</sup>.

Sin embargo no siempre son tenidas en cuenta las *situaciones previas*<sup>9</sup>, como ocurre en un supuesto en el que concurre la circunstancia de reconocimiento previo a la misma trabajadora cinco años antes de una situación de riesgo para el embarazo en el desempeño de sus funciones, en la misma empresa. Pues si bien hay que tener en consideración los precedentes administrativos, hay que prestar atención a la vista de las guías oficiales que se muestran la evolución de los últimos años. En este contexto se entiende que el criterio administrativo previo puede evolucionar, adaptarse a la bibliografía médica y técnica de prevención actual, sin que se pueda mantener inmutable el criterio administrativo o, en su caso, el judicial, lo que puede suponer una petrificación en interpretaciones, que tan solo conduciría a la irregularidad sin atender a la realidad social, jurídica y médica cambiante<sup>10</sup>.

Tampoco ha tenido impacto favorable para la trabajadora el que se haya efectuado el reconocimiento de la prestación en favor de su hermana en la misma empresa. No cabe deducir directamente que la situación sea similar en gestantes, fetos y posibilidades de adaptación en uno y otro caso<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> STSJ Castilla y León, Valladolid 29 noviembre 2006 (rec. 1739/2006). En sentido opuesto la STSJ Castilla y León, Valladolid, 30 diciembre 2006 (rec. 2292/2005).

<sup>9</sup> Los cambios arbitrarios de criterio por los Entes Gestores son criticados por ZAPIRAÍN BILBAO, A., «Denegación de emisión de certificación médica sobre existencia de riesgo durante el embarazo», *Aranzadi Social Doctrinal*, nº 11, 2012, BIB 2012|287, p. 5.

<sup>10</sup> STSJ País Vasco 669, 8 abril 2014 (rec. 520/2014).

<sup>11</sup> STSJ País Vasco 914, 10 mayo 2016 (rec. 763/2016).

<sup>6</sup> STSJ Navarra 94, 27 marzo 2002 (rec. 36/2002).

<sup>7</sup> STSJ Castilla y León, Valladolid, 1251, 26 septiembre 2007 (rec. 1251/2007).

Cabe destacar aquéllos supuestos en los que la prueba de las situaciones previas es muy difícil por ser objeto de protección legal la identidad de los protagonistas, como sucedió en un supuesto en el que dadas las noticias de agresiones producidas en su centro. Se concluye que puede llegar a exigirse una prueba diabólica, pues no es posible especificar qué persona puede llevar a cabo la agresión, ni acreditar las previas, por impedirlo tanto la Ley de Protección de Datos Personales como la Ley del Menor<sup>12</sup>.

## 2.2. Evaluación de la existencia del riesgo

Cuando se habla de riesgo en el embarazo nos encontramos con una situación equidistante entre el hecho y el derecho. Para algunos autores se trata de los llamados *standards jurídicos*, que se producen cuando un precepto de la ley hace referencia a una idea jurídica en sí, pero que no puede ser definida en el lenguaje abstracto del derecho porque su concepto hay que extraerlo de la vida misma, como sucede por ejemplo con la *buena fe* en los negocios jurídicos y la *diligencia de un buen padre de familia* para determinar responsabilidades. Constituyen una especie o tipo de criterios normativos, pero no se confunden con la regla de derecho estricta<sup>13</sup>.

Cabe contar con las máximas de la experiencia que son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se han de juzgar en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de estos casos, pretenden tener validez para otros nuevos<sup>14</sup>. En materia de riesgo durante el embarazo gozan de gran predica-

mento las recomendaciones de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia<sup>15</sup>. En análogo sentido puede acreditarse el riesgo a través de un *protocolo intermutuas*<sup>16</sup>.

Una *encuesta a los trabajadores* puede contribuir a determinar la existencia de riesgos, como sucedió en una empresa dedicada al cuidado y asistencia personal integral a personas con graves discapacidades psíquicas, que realizó una encuesta a los trabajadores de la empresa en la que se destaca en el concreto apartado «estado de gestación de la trabajadora» que no se podían levantar pesos y tampoco contactos con residentes agresivos<sup>17</sup>.

Sin embargo el mecanismo de la prestación no se puede alterar por *acuerdo colectivo*. Cabe citar un caso el que se ha suscrito entre empresa y representantes de los trabajadores un acuerdo según el cual desde el primer momento en que se sepa del estado de embarazo se pasará a causar baja laboral, se ha entendido que en materia de prestaciones de cobertura básica por el Sistema de la Seguridad Social mal cabe que terceros puedan disponer sobre derechos y deberes cuya responsabilidad, al menos principal, no les corresponde<sup>18</sup>.

En todo caso no se debe pretender aplicar reglas de tipo matemático o automáticas<sup>19</sup>. Por ello no tienen por qué prevalecer los informes médicos sobre las recomendaciones de la SEGO<sup>20</sup>. La Guía SEGO únicamente informa de pautas generales en sus orientaciones para la valoración del riesgo laboral y la incapacidad temporal durante el embarazo elaboradas, que no valen obviamente para aquellos casos

«La prueba en el proceso civil», Civitas, 3ª edición, 2002, p. 50, siguiendo a STEIN.

<sup>15</sup> En adelante SEGO. Sus materiales se pueden consultar en su web [sego.es](http://sego.es), siendo de especial importancia el informe que elaboró a petición del INSS sobre riesgos del embarazo en el trabajo.

<sup>16</sup> STSJ Murcia 557, 1 julio 2008 (rec. 450/2008).

<sup>17</sup> STSJ Navarra 101, 27 marzo 2002 (rec. 101/2002).

<sup>18</sup> STSJ Madrid 745, 3 octubre 2014 (rec. 2828/2014).

<sup>19</sup> STSJ Castilla y León, Burgos, 800, 18 noviembre 2015 (rec. 709/2015).

<sup>20</sup> STSJ Madrid 702, 31 octubre 2011 (rec. 3807/2011).

<sup>12</sup> STSJ País Vasco 2153, 20 julio 2010 (rec. 1170/2010).

<sup>13</sup> GUASP DELGADO, J., «Juez y hechos en el proceso civil», Bosch, 1943, pp. 14 y 15.

<sup>14</sup> ROSENBERG, L., SCHWAB, K.H., GOTTBALD, P., Zivilprozess-recht, Beck, 15. Auflage, 1993, pp. 647-648. MONTERO AROCA, J.,



en los que aparezcan circunstancias particulares que, valoradas por facultativo del servicio de salud<sup>21</sup>. Pudo optar nuestro legislador por un criterio baremado en la configuración del riesgo, pero no ordenó así la prestación. En esa tesitura, la elaboración de las «Orientaciones» elaboradas por la SEGO no pueden tener más valor que el que su nombre indica, de meros consejos, que podrá servir de guía útil a los facultativos que hayan de extender esas certificaciones en orden a señalarles unas pautas que les orienten sobre lo que suele ser habitual, pero en modo alguno pueden prevalecer éstas sobre la decisión final del citado facultativo. Conclusión robustecida desde la lectura de esas mismas «Orientaciones», que se encargan de precisar que se trata de criterios generales, no dándose recomendaciones concretas, ya que ello implicaría valorar circunstancias singulares, no pudiendo contemplarse las múltiples posibilidades existentes<sup>22</sup>.

No estamos ante un sistema *numerus clausus*. Los riesgos no reflejados en los Anexos VII y VIII del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, pueden ser tenidos en cuenta ya que nos podemos encontrar ante condiciones de trabajo que impliquen riesgo<sup>23</sup>.

Los riesgos deben valorarse a la luz de la circunstancia de que suele mediar una progresiva, casi incontrolable confianza o aun exceso de confianza en la prestación de la actividad laboral<sup>24</sup>.

En caso de discrepancia entre el informe emitido por los facultativos del servicio de salud y la certificación que expiden los médicos de la mutua, el conflicto debe resolverse en el sentido más favorable para la protección de la integridad física del feto o de la mujer ges-

tante<sup>25</sup>. Sin embargo se ha admitido que aun cuando el facultativo de la mutua haya expedido el certificado médico desde otra ciudad sin reconocer médicamente a la trabajadora, no por ello queda privado de eficacia probatoria<sup>26</sup>.

No tienen virtualidad probatoria cuando no existe una concreta individualización por parte de los informes médicos, o de la evaluación de riesgos. No se señala la fecha a partir de la cual dicho riesgo adquiere sustantividad, ni se establecen las actuaciones o condiciones concretas del trabajo que pueden ser considerados como agentes «nocivos»<sup>27</sup>.

En algunos casos se maneja el concepto de *hecho notorio*, como en un supuesto en el que la trabajadora era ATS. El tribunal declara que no cabe olvidar que la trabajadora es ATS y que, por tanto, desarrolla una actividad sanitaria y que, siguiendo las directrices elaboradas por la Comisión Europea (Directiva 92/85/CEE), se ha identificado en estos casos la presencia de peligros en esos puestos de trabajo tales como riesgos generados por agentes físicos, biológicos, químicos como lo corrobora que, precisamente, su puesto de trabajo tenga previsto un complemento especial como es el de peligrosidad<sup>28</sup>.

### 2.3. Riesgo y patología

La prestación por riesgo no surge porque exista un daño, sino precisamente para evitarlo, pues lo que se protege precisamente es el riesgo<sup>29</sup>. El requisito de no estar en una situación de IT previa no es de índole meramente burocrática, sino que es constitutivo del derecho a la prestación<sup>30</sup>. Se parte del

<sup>21</sup> STJS Galicia 1113, 22 febrero 2013 (rec. 4083/2010); STSJ Galicia 1208, 29 febrero 2012 (rec. 2420/2009).

<sup>22</sup> STSJ País Vasco 1375, 11 mayo 2010 (rec. 754/2010).

<sup>23</sup> STSJ Castilla y León, Burgos, 604, 15 octubre 2009 (rec. 621/2009)

<sup>24</sup> STSJ Murcia 157, 1 marzo 2010 (rec. 24/2010).

<sup>25</sup> STSJ Murcia 1040, 1 diciembre 2008 (rec. 926/2008).

<sup>26</sup> STSJ Murcia 216, 16 marzo 2009 (rec. 151/2009).

<sup>27</sup> STSJ Navarra 332, 29 diciembre 2009 (rec. 132/2009).

<sup>28</sup> STSJ Galicia 2644, 2 mayo 2012 (rec. 3206/2011).

<sup>29</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R., y GIL PLANA, J., Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, Civitas, 2010, p. 147.

<sup>30</sup> STSJ Castilla-La Mancha 605, 20 abril 2010 (rec. 12/2010).

presupuesto de que la embarazada sana es la que tiene derecho a la prestación reclamada, que busca evitar lesiones o enfermedades en el feto. Mientras que, para enfermedades de cualquier otra naturaleza la prestación que procede es la IT, y este precepto cuando habla de riesgos que no tengan que ver con el embarazo (la propia constitución de la embarazada, abortos previos, etc...), o de patologías que no tengan que ver con el trabajo (problemas derivados del embarazo, diabetes gestacional, lumbalgia típica del embarazo, etc.), no están previstas para la prevención y no la cura<sup>31</sup>. Se concluye que si una mujer embarazada en el periodo contemplado en la norma, tiene patologías derivadas del embarazo o presenta riesgos derivados de cualquier circunstancia ajena a su profesión o puesto, no le corresponde. Se considera que la protección de la prestación reconocida, tiene que ser la misma que la de la mujer embarazada, pues el embarazo no es una enfermedad<sup>32</sup>. Sin que el reconocimiento de IT por enfermedad común administrativamente, determine cosa juzgada en un posterior proceso sobre la prestación por riesgo durante el embarazo ya que este efecto solo dimana de resoluciones judiciales firmes<sup>33</sup>.

Supuesto que no hay que confundir con aquél en el que es la situación suspensiva de incapacidad temporal la que se superpone a la de riesgo por maternidad (y no al revés). O, dicho de otra forma, la previa suspensión del contrato de trabajo por esta causa, impide que pueda haber suspensión del contrato de trabajo por IT por más que los partes de baja extendidos configuren una apariencia de tal<sup>34</sup>.

*La interpretación literal de la norma conduce a un resultado restrictivo, de manera*

que el derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo está directamente vinculado con la situación de suspensión del contrato de trabajo por ese concreto riesgo. Situación suspensiva que, por tanto, no puede darse cuando el contrato de trabajo se encuentra ya previamente suspendido. Sin perjuicio de que cesada la primera causa de suspensión contractual, pueda operar la segunda, si es que subsiste la situación determinante de la misma<sup>35</sup>.

Pero esta doctrina no es absoluta ya que se ha declarado que tampoco destruye la protección de esta situación por la prestación debatida el que la actora estuviera en incapacidad temporal por ciática durante el periodo al que la sentencia ciñe su eficacia, evidenciando únicamente que no podía realizar esa actividad laboral durante el mismo<sup>36</sup>.

Asimismo cuando inicialmente no se concede la prestación por la mutua nos encontramos con supuestos de IT por contingencias comunes con «diagnóstico embarazo»<sup>37</sup>. Estos casos han recibido respuestas diversas por parte de los tribunales. Por ejemplo en un supuesto en el que se le ha reconocido a la trabajadora la situación de IT por contingencias comunes derivada de «embarazo normal», la fecha de devengo de la prestación por riesgo en el embarazo posteriormente reconocida debe ser la del proceso de IT<sup>38</sup>.

Una *doctrina ecléctica* entiende que no supone un obstáculo insalvable que existe esta situación de IT por enfermedad común en el momento de la solicitud, sin embargo los efectos se producirán cuando se acuerde el alta de dicho proceso por enfermedad común. Por tanto tendrá efectos no desde la solicitud sino desde el alta del proceso de IT. No influyendo en contra que la trabajadora iniciara nuevo

<sup>31</sup> MUR TORRES, J., Derecho de la Seguridad Social, T. I, Cometa, 2008, p. 417.

<sup>32</sup> Aclara que el riesgo tiene «relación», evitando una excesiva causalización BENAVENTE TORRES, M<sup>a</sup> I., El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural, Laborum, 2016, p. 77

<sup>33</sup> STSJ Cantabria 908, 18 diciembre 2014 (rec. 718/2014).

<sup>34</sup> STSJ País Vasco 2898, 12 diciembre 2006 (rec. 2133/2006).

<sup>35</sup> STSJ País Vasco 2898, 12 diciembre 2006 (rec. 2133/2006).

<sup>36</sup> STSJ País Vasco 2123, 11 septiembre 2012 (rec. 1921/2012).

<sup>37</sup> STSJ Madrid 1002, 16 diciembre 2011 (rec. 4733/2011).

<sup>38</sup> STJS Navarra 210, 10 junio 2011 (rec. 113/2011).

proceso de IT por embarazo de riesgo<sup>39</sup>. De la misma forma se resolvió un supuesto en el que el contrato de la trabajadora permanecía ya suspendido por IT, se entiende que sería preciso que cesase la incapacidad temporal para que el contrato pudiera quedar suspendido por la causa de riesgo durante el embarazo, y hasta no recibir el alta médica no podría solicitar la suspensión de su contrato de trabajo por causa de riesgo durante el embarazo<sup>40</sup>.

Sin embargo existe un importante sector de la doctrina de duplicación que realiza una *interpretación muy amplia de la norma* en sentido favorable a la asegurada. Cabe traer a colación un supuesto en el que la trabajadora presta servicios como peluquera cuyos riesgos son posturales y por agentes químicos, se entiende que no cabe invocar como causa genérica de denegación de la prestación aquí reclamada la previa situación de baja de la trabajadora por contingencias comunes, pues esté en activo o de baja por incapacidad temporal, siempre que la actividad laboral constituya o haya constituido un riesgo para la salud de la madre o del feto se habrá generado el derecho a esta prestación<sup>41</sup>. De la misma forma, en un supuesto de IT por bipedestación prolongada y carga de pesos en el trabajo corresponde la prestación ya que no se trata de una patología<sup>42</sup>. En estos supuestos es posible el reconocimiento posterior de la prestación por riesgo en el embarazo, lo que no supone ningún efecto retroactivo sino el normal funcionamiento<sup>43</sup>.

Un supuesto específico es el de *embarazo de riesgo*. Cabe traer a colación un asunto en el que el embarazo de la trabajadora estaba calificado como de embarazo de riesgo, por haber existido abortos espontáneos previos, dos en concreto, y una posible diabetes gestacional, que sería coherente con los abortos ante-

riores, preexistiendo el embarazo de riesgo. No obstante ello, se considera que la situación de embarazo de riesgo deviene en riesgo para el embarazo a consecuencia de la injerencia de las actividades propias de su profesión habitual<sup>44</sup>. Idéntica solución se encontró en un supuesto en el que al no haber causado IT, ni tan siquiera haberla solicitado, se entiende que un elevado riesgo de aborto es incompatible con el trabajo<sup>45</sup>. Por tanto, si bien hay una causa genérica, también es cierto que el embarazo en sí mismo considerado se podría interpretar como una situación de cierto riesgo para la salud. Lo decisivo es que ese riesgo, propio e intrínseco del embarazo, se pueda ver acrecentado o activado con la prestación de servicios. Será entonces cuando se produzca la puesta en marcha del mecanismo de protección legalmente configurado a tal fin<sup>46</sup>.

En los casos de *embarazo de riesgo*, una interpretación amplia supone una *equiparación entre riesgo y patología*<sup>47</sup>. La solución no puede ser matemática ni formal, sino que es obligado efectuar un análisis del caso concreto, sin olvidar el tipo de situación protegida que se proyecta hacia un colectivo históricamente discriminado (el de las mujeres) pues biológicamente, sólo ellas pueden verse afectadas por la imposibilidad de prestar servicios por razón del embarazo. En ciertas ocasiones, riesgo específico laboral y riesgo genérico clínico pueden coincidir, como ocurre en los supuestos de los embarazos de alto riesgo, entendiéndose aquellos casos en los que por incidir durante la gestación determinadas circunstancias sociales, médicas, obstétricas o de otra índole, se acompañan de una morbilidad y mortalidad perinatal superior a la de la población en general. La existencia de factores clínicos, como

<sup>44</sup> STSJ Castilla y León, Burgos, 800, 18 noviembre 2015 (rec. 709/2015)

<sup>45</sup> STSJ Murcia 218, 16 marzo 2009 (rec. 153/2009).

<sup>46</sup> STSJ Cataluña 4260, 1 junio 2004 (rec. 2219/2003).

<sup>47</sup> En ciertas ocasiones, riesgo específico laboral y riesgo clínico genérico pueden coincidir RODRÍGUEZ SANTOS, E., «Riesgo durante el embarazo e incapacidad temporal en los supuestos de alto riesgo», *Aranzadi Social Doctrinal*, nº 8, 2012, BIB 2012\3373, p. 5.

<sup>39</sup> STSJ Asturias 60, 7 enero 2011 (rec. 2513/2010).

<sup>40</sup> STSJ Asturias 2311, 25 mayo 2007 (rec. 2563/2006)

<sup>41</sup> STSJ Asturias 85, 8 enero 2010 (rec. 2670/2009).

<sup>42</sup> STSJ Madrid 1002, 16 diciembre 2011 (rec. 4733/2011).

<sup>43</sup> STSJ Madrid 1002, 16 diciembre 2011 (rec. 4733/2011).

los sociodemográficos, antecedentes reproductivos y médicos y las propias complicaciones del embarazo actual, puede desembocar en una patología que determine la imposibilidad real de la mujer para trabajar. Uno de los supuestos más comunes de alto riesgo en el embarazo es «la amenaza de aborto». Desde la perspectiva laboral, para determinar cuál es la prestación que corresponde en estos casos debe valorarse la predominancia del factor clínico o del profesional, analizando los requerimientos del puesto de trabajo, la situación clínica y los riesgos que pueden ser asumidos. La imposibilidad de prestar servicios laborales como dependiente de la actora, deriva de un riesgo objetivo vinculado a su estado de gestación (embarazo de alto riesgo). Dicho riesgo, podría suponer un daño irreparable para el feto (aborto espontáneo), motivo por el cual no puede tildarse de causa externa, ajena o no relacionada con las condiciones del puesto de trabajo. No puede en modo alguno quedar excluido de las prestaciones por riesgo durante el embarazo, pues es claramente un ejemplo paradigmático de la situación de necesidad que se pretende proteger mediante las citadas prestaciones, al derivar directamente por razón del estado de embarazo de la actora, que nunca se hubiese visto impedida para trabajar de no ser por su estado de gestación<sup>48</sup>. En un supuesto análogo, encontrándose embarazada de la trabajadora de 6 semanas, causó baja médica por contingencias comunes, con el diagnóstico de «hemorragia vaginal». La prestación no puede ser denegada porque la trabajadora estuviera en situación de incapacidad temporal, ya que las prestaciones son distintas, los supuestos a que responden también, y la existencia de una incapacidad temporal de la trabajadora, por causa precisamente relacionada con su embarazo, no tiene otro efecto que supeditar el comienzo de la prestación al momento en que se extinga la IT, caso de que ésta se prolongara más allá de la fecha en que la empresa, previos los informes pertinentes,

tuvo que suspender el contrato para no causar más riesgo a la embarazada<sup>49</sup>.

## 2.4. Riesgo específico

El artículo 26 de la LPRL establece la regulación jurídica esencial sobre la materia y fija como determinante de la protección que las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto. Es importante, por tanto, la dicción legal, que se muestra extensiva frente a concepciones restrictivas, al hablar de «poder», es por ello esencial determinar si tal posibilidad existe en un grado apreciable para lo que debe relacionarse con el artículo 15.4 LPRL. Constando la existencia de riesgos no neutralizados, y difícilmente neutralizables, y la existencia de riesgos está enlazada por la ley a las condiciones de un puesto de trabajo que pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto y, en ese sentido, debe ser interpretada la expresión agentes, procedimientos o condiciones susceptibles de presentar un riesgo específico (artículo 26.1 LPRL), esto es, no se trata tanto de hacer una división entre riesgos genéricos y específicos, pues, aparte de las dificultades que ofrece tal calificación, podría darse prevalencia a un nominalismo sobre la realidad del riesgo real, sino de evaluar si en el puesto de trabajo y desarrollo de la actividad laboral se dan circunstancias identificables y concretas que supongan un riesgo asociable al mismo y, en tal sentido, propio de él, que supongan un riesgo para la salud de las trabajadoras o del feto. La interpretación no debe ser restrictiva, pues la Ley habla de que «puedan influir negativamente». Se trata de proteger una situación que aparece, como consecuencia de la propia ley, como más vulnerable, y si se aplicasen los criterios con absoluta rigidez se llegaría a la consecuencia de que la trabajadora en ningún momento podría desarrollar el trabajo en cuestión. Tal

<sup>48</sup> STSJ Islas Canarias, Las Palmas, 352, 29 abril 2016 (rec. 121/2016).

<sup>49</sup> STSJ Aragón 334, 4 abril 2007 (rec. 190/2007).

consecuencia no es la querida por la ley, pues debe partirse del cambio cualitativo producido con la situación que se pretende proteger. No resulta convincente reconocer un riesgo y negar la protección. Lo decisivo es si existe, o no, un riesgo real. Existencia o no que exige ponderar el riesgo, conforme se concibe en la legalidad, para que se opere coherentemente, en aras a una protección más real<sup>50</sup>.

Se plantea la cuestión de la trascendencia a efectos prestacionales del *riesgo potencial*<sup>51</sup>. La protección legal alcanza tanto a las situaciones que implican un riesgo cierto para la salud de la embarazada o del feto, como a aquellas otras en que el peligro es potencial, es decir, basta con un cierto grado de probabilidad fundada de que el peligro puede materializarse para que nazca la obligación empresarial de adoptar las medidas adecuadas para eliminar la exposición, pero sin que sean suficientes meras suposiciones o conjeturas carentes de cualquier apoyo objetivo<sup>52</sup>.

Por ello independientemente del riesgo intrínseco que ostenta la realización de las tareas propias del puesto de trabajo desempeñado, y que afectarían en términos generales a cualquier profesional, independientemente de su estado de embarazo, es cierto que hace surgir un riesgo o peligro adicional, no solo para la trabajadora, sino también para el feto<sup>53</sup>.

Sobre los riesgos potenciales se ha entendido en sentido contrario que cuando no existe riesgo alguno, salvo la remota posibilidad de fallos, pero que en todo caso ya no afectaría a la trabajadora, sino a todo el colectivo<sup>54</sup>. De igual forma se considera que el reparto en mo-

tocicleta no constituye un riesgo para el embarazo<sup>55</sup>. Siguiendo idéntica filosofía se ha declarado que constituye un riesgo del puesto para cualquier trabajador la *posibilidad de golpe* en el abdomen, pero sin la incidencia necesaria para diferenciar a la embarazada del resto de las trabajadoras, y lo mismo cabe decir de la presencia de agua en el suelo con *posibilidad de caída*, lo que constituye riesgo general que evaluado debe corregirse con la medida de seguridad correspondiente de emplear calzado de seguridad<sup>56</sup>.

No se concede la prestación cuando estamos en presencia de *riesgos generales*, así en el supuesto de educadora en piso de acogida se entiende que no resulta acreditado el riesgo específico por embarazo invocado por la trabajadora, esto es, el riesgo derivado de las agresiones personales pues con independencia de que la mutua demandada aprecia el mismo, lo cierto es que la exposición a dicho riesgo no es actual ni diferente del que tienen otras trabajadoras en su situación; y dicho riesgo potencial (agresiones) no figura como riesgo específico en el RD 298/2009 de 6 de marzo, por lo que no resulta objetiva ni técnicamente posible incluir aquel faltando en definitiva la constatación de la efectiva existencia de un riesgo específico íntimamente relacionado con las condiciones de trabajo de la actora, presupuesto necesario para acceder a la prestación.

Se han tratado bajo esta perspectiva restrictiva los *riesgos hipotéticos*. Cabe traer a colación un supuesto en el que las funciones de la trabajadora consisten en velar por el cuidado y seguridad de los menores que presentan situaciones de desprotección y malos tratos que suelen ir acompañados de trastornos psiquiátricos que afectan al menor así como suelen afectar al entorno familiar directo así como de alteraciones de conducta derivadas de la dependencia a sustancias tóxicas y conductas delictivas. La existencia de hasta catorce incidencias, de las cuales cuatro han

<sup>50</sup> STSJ Murcia 157, 1 marzo 2010 (rec. 24/2010).

<sup>51</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «El peligro potencial como presupuesto del riesgo durante el embarazo», *Aranzadi Social Doctrinal*, 2002, BIB 2003\144, p. 4.

<sup>52</sup> STJS País Vasco 2186, 18 septiembre 2012 (rec. 1967/2012).

<sup>53</sup> STSJ Castilla-La Mancha 231, 15 febrero 2010 (rec. 1058/2009).

<sup>54</sup> STSJ Galicia 754, 12 febrero 2016 (rec. 821/2015).

<sup>55</sup> STJS Valencia 1829, 10 julio 2014 (rec. 477/2014).

<sup>56</sup> STSJ Valencia 2540, 8 septiembre 2009 (rec. 3360/2008).

acontecido respecto de otras trabajadoras embarazadas en los dos años anteriores, demostrando con ello un potencial riesgo. Sin embargo no se constata la realidad de que ninguna de esas incidencias hayan tenido con ocasión o por consecuencia a la trabajadora solicitante de la prestación, con lo que son genéricas y de terceros, con lo que tan solo demuestran esa afirmación general de posibilidad de riesgo ya conocida. La alusión a la necesidad de una singular protección por riesgos genéricos, sin diferenciación respecto de otros específicos, que pudieran afectar a cualquiera de los trabajadores (agresiones) con independencia de circunstancias y factores subjetivos (embarazo) no permiten la protección en conductas de peligro potencial o mera suposiciones o conjeturas carentes de cualquier otro apoyo objetivo<sup>57</sup>.

Se considera un *riesgo general* la posibilidad de sufrir un golpe, un empujón u otra acción violenta en el desarrollo de la actividad laboral, puede hacer necesaria la adopción de las medidas previstas en el mentado precepto para garantizar la salud del feto, pues, como es notorio, el impacto físico y emocional de un ataque de esas características puede ser sensiblemente mayor cuando la víctima es una trabajadora encinta, dada su mayor vulnerabilidad, y repercutir negativamente en el embarazo. El mandato legal alcanza tanto a las situaciones que implican un riesgo cierto para la salud de la embarazada o el feto, como a aquellas otras en que el peligro es potencial, basta que exista cierto grado de probabilidad fundada de que el mismo puede materializarse, para que nazca la obligación empresarial de adoptar las medidas adecuadas para eliminar la exposición a ese riesgo, pero sin que sean suficientes meras suposiciones o conjeturas carentes de cualquier apoyo objetivo<sup>58</sup>. La determinación de la naturaleza, del grado y de la duración de la exposición al riesgo y de las actuaciones precisas para reducir/eliminar

los factores que configuran esa situación, no puede realizarse en abstracto, atendiendo a la profesión que se ejerce, sino a las concretas circunstancias en que se desempeña. La mera posibilidad teórica de que una educadora encinta sufra una agresión por parte de un menor, no puede ser admitida como riesgo durante el embarazo en orden a su protección específica, sino concurre ninguna circunstancia de hecho que avale tal probabilidad<sup>59</sup>.

También se ha considerado *riesgo general* y *no específico* cuando por la situación de embarazo se ha prescrito que la actora se mantenga al margen de cualquier tipo de stress no resulta acreedora de la prestación de riesgo durante el embarazo. La trabajadora no presenta incapacidad específica para su trabajo, sino para todo tipo de trabajo ya que ha de mantenerse al margen de cualquier tipo de stress, por lo tanto no es su trabajo concreto el que constituye un riesgo para la salud de la madre o del feto, sino que es cualquier tipo de actividad que le pueda producir ese stress, lo que no se compadece con la contingencia de riesgo durante el embarazo<sup>60</sup>. En un supuesto de gran semejanza el informe de la ginecóloga, refiere riesgo de aborto y recomienda reposo absoluto (lo cual engloba cualquier actividad y no sólo la específica del puesto de la trabajadora). Es decir, esta recomendación, no guarda una relación con su puesto de trabajo, sino que constituye una consecuencia de la situación de embarazo<sup>61</sup>.

Una variante de la interpretación restrictiva por riesgos genéricos es la denegación debida a *reducción del riesgo por la adopción de medidas de protección*<sup>62</sup>.

Siguiendo la mencionada línea interpretativa sobre *reducción del riesgo* se encuentra la posibilidad de uso de *equipos de protección*<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> STSJ País Vasco 1054, 13 abril 2011 (rec. 736/2011).

<sup>58</sup> Sobre la prueba a través de indicios, ZEISS, W., Zivilprozessrecht, Möhr, 4. Auflage, 1980, p. 158.

<sup>59</sup> STSJ País Vasco 2153, 20 julio 2010 (rec. 1170/2010).

<sup>60</sup> STSJ Galicia 5800, 30 noviembre 2012 (rec. 993/2010).

<sup>61</sup> STSJ Navarra 332, 29 diciembre 2009 (rec. 132/2009).

<sup>62</sup> STJS Murcia 945, 26 noviembre 2012 (rec. 365/2012).

<sup>63</sup> STSJ Murcia 1051, 4 diciembre 2009 (rec. 1012/2009).

De esta forma *las medidas preventivas convierten riesgos específicos en genéricos*. Los riesgos se encuentran adecuadamente controlados y solo en supuestos muy excepcionales pueden afectar indiscriminadamente a todos los trabajadores, circunstancia esta que, de producirse, convertiría el riesgo en un riesgo genérico y no en uno específico para la trabajadora embarazada<sup>64</sup>.

### 3. INEXISTENCIA DE OTROS PUESTOS EXENTOS DE RIESGO

La empresa ha de elaborar conjuntamente con los representantes de los trabajadores una lista de puestos exentos de riesgo durante el embarazo<sup>65</sup>.

En cuanto al debate sobre existencia o no de puestos de trabajo alternativos, cabe entender que no resulta posible el traslado a otro puesto de trabajo cuando la trabajadora es la única empleada de la plantilla.

Se entiende que la *carga de la prueba* de la existencia de riesgos en los otros puestos en el exterior de la mina le corresponde a la trabajadora<sup>66</sup>.

La *formación* y la *antigüedad* son factores a tener en cuenta cuando se realice la valoración de la existencia de puestos exentos de riesgo<sup>67</sup>.

El cambio de puesto de trabajo o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas o criterios que se apliquen en los supuestos de *movilidad funcional* y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto<sup>68</sup>. Sin embargo, se ha considerado posible ir más allá de la movilidad funcional

efectuando el cambio incluso a un puesto no correspondiente al grupo o categoría equivalente<sup>69</sup>.

### 4. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO

La suspensión del contrato de trabajo es un requisito necesario para conceder la prestación<sup>70</sup>. La situación de suspensión contractual no se vincula a que la trabajadora tenga derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo. El modo en que interaccionan fluye en una única dirección: la prestación exige la suspensión del contrato por esa causa; ésta, en cambio, es ajena a que se tenga o no derecho a la prestación. O, dicho de otra forma, el trabajador tiene derecho a la suspensión del contrato aunque carezca de derecho a la prestación económica: su contrato se suspende porque el desempeño de la actividad laboral tiene riesgos para la salud de la trabajadora o del feto y no porque se le proteja económicamente cuando existan estos riesgos<sup>71</sup>.

Dado que la prestación de riesgo durante el embarazo está configurada mediante el paso de la situación activa a la suspensión del contrato y cobro de la prestación, cabe preguntarse cómo se resuelve el supuesto de una trabajadora en situación de excedencia por cuidado de hijos<sup>72</sup>. En este caso no se puede aceptar la tesis de que la trabajadora no podía ser dada de alta cuando tras su excedencia por cuidado de hijo debido a que no medió prestación efectiva de servicios, al haber sido baja

<sup>69</sup> STSJ Navarra 349, 18 octubre 2012 (rec. 318/2012); STSJ País Vasco 1054, 13 abril 2011 (rec. 736/2011). Se aplicará primero la funcional y, de no haber puesto adecuado, podrá acudir a la movilidad fuera del grupo profesional BENAVIDES VICO, Prestaciones de la Seguridad Social, Lex Nova, 2ª Edición, 2014, p 330.

<sup>70</sup> STSJ Castilla y León, Burgos, 800, 18 noviembre 2015 (rec. 709/2015)

<sup>71</sup> STSJ País Vasco 1375, 11 mayo 2010 (rec. 754/2010).

<sup>72</sup> Sostiene que no es precisa la reincorporación efectiva ARETA MARTÍNEZ, M., «¿Es necesario que la trabajadora embarazada se encuentre en activo para que nazca la contingencia de riesgo durante el embarazo?», *Aranzadi Social Doctrinal*, 2002, BIB 2002\530, p. 6.

<sup>64</sup> STSJ Navarra 53, 9 febrero 2017 (rec. 8/2017).

<sup>65</sup> STSJ Murcia 515, 16 julio 2010 (rec. 484/2010); STSJ Murcia 748, 21 septiembre 2009 (rec. 733/2009).

<sup>66</sup> STSJ Asturias 86, 18 enero 2013 (rec. 2807/2012).

<sup>67</sup> STSJ Asturias 2253, 31 octubre 2014 (rec. 2005/2014).

<sup>68</sup> STSJ Navarra 141, 30 abril 2002 (rec. 122/2002).

médica el día antes de su reincorporación por riesgo de embarazo, por lo que, supuestamente se habría mantenido ininterrumpidamente la trabajadora en situación de suspensión de su contrato de trabajo (motivada primero por la excedencia por cuidado de hijo y posteriormente por prestación por riesgo de embarazo). En estos supuestos cabe entender que se reanuda, siquiera sea teóricamente, la relación laboral y finaliza la excedencia por cuidado de hijos, que suponía la preexistencia del contrato de trabajo, la prestación efectiva de servicios y el alta en la Seguridad Social, así como la posterior suspensión del mismo conforme a los artículos 45 y 46 ET, de modo que aceptada la reincorporación a partir de una determinada fecha, el hecho de que en ésta se encuentre la trabajadora en situación de IT por riesgo durante el embarazo, aunque comporte nueva suspensión del contrato por tal motivo, no impide la reanudación del alta referida (para causar nueva baja por ese también nuevo motivo) porque no se trata del supuesto relativo a quienes se incorporan por primera vez al sistema<sup>73</sup>.

Cabe destacar que en un supuesto en el que las trabajadora habían dejado de prestar servicios solo por un día, se entendió que el hecho de que las demandantes no trabajasen aquel día no significa que sus contratos no siguieran activos y vigentes o que hubiesen quedado en suspenso, sino que tal circunstancia pudo deberse simplemente a que dada la distribución diaria de su jornada laboral anual les correspondiera librar por lo que habrá de estar a la documentación facilitada por la empresa<sup>74</sup>.

En un supuesto en el que la trabajadora estuvo disfrutando vacaciones y posteriormente inició IT por depresión, por lo que se le denegó el acceso a la prestación de riesgo durante el embarazo<sup>75</sup>. Asimismo se ha entendido que no es razonable que la mutua asuma

la prestación con unos efectos previos a los de la solicitud de la trabajadora cuando no consta razón alguna que haga ver que se intentó el paso a la situación protegida con anterioridad a la misma, cuando no consta que el paso a tales vacaciones viniera impuesta por negativa empresarial a suspender contrato o de la mutua al pago de la prestación reclamada<sup>76</sup>. En sentido contrario se ha considerado que existiendo una concreta individualización por parte de los informes médicos y de la evaluación de riesgos efectuada, la prestación debe reconocerse, sin que a ello obste el hecho de que la actora se encontrase disfrutando de vacaciones cuando solicitó la prestación<sup>77</sup>. Sin embargo puede afirmarse que la situación respecto de las vacaciones es negativa para la mujer en el sentido de que cuando la fecha de disfrute de las vacaciones ha sido fijada de modo colectivo no siempre se podrán alterar de forma individual<sup>78</sup>.

Cabe preguntarse qué sucede en los casos en que ya se ha reclamado la prestación y ésta no se tramita o se deniega indebidamente, entendiéndose que en esos casos en el período posterior a la denegación o durante el silencio administrativo, no cabe exigir la concurrencia del requisito de suspensión del contrato de trabajo<sup>79</sup>.

## 5. RECONOCIMIENTO, VISICITUDES Y EXTINCIÓN

### 5.1. Solicitud

La solicitud se presentará ante la Entidad Gestora o mutua que le corresponda, acompa-

<sup>76</sup> STSJ País Vasco 1541, 17 septiembre 2013 (rec. 1532/2013).

<sup>77</sup> STSJ Navarra 15, 17 enero 2011 (rec. 354/2010).

<sup>78</sup> MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., «El derecho a vacaciones anuales y la suspensión por riesgo durante el embarazo y por maternidad», *Aranzadi Social Doctrinal*, nº 1, 2005, BIB 2005\802, p. 6

<sup>79</sup> STSJ País Vasco 1541, 17 septiembre 2013 (rec. 1532/2013).

<sup>73</sup> STSJ Madrid 49, 30 enero 2004 (rec. 6388/2003).

<sup>74</sup> STSJ Madrid 745, 3 octubre 2014 (rec. 2828/2014).

<sup>75</sup> STSJ Murcia 114,21 febrero 2011 (rec. 870/2010).



ñada de forma preceptiva de una certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo en aquellos casos en los que no obre ya en poder de la entidad gestora o colaboradora. Asimismo declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora o, cuando éstos existan, sobre la imposibilidad técnica u objetiva, de realizar el traslado correspondiente, o que no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. La declaración deberá reflejar la fecha en la que la trabajadora ha suspendido la relación laboral, e irá acompañada de informe sobre estos particulares emitido por el servicio de prevención propio de la empresa, siempre cuando cuente con la especialidad preventiva de vigilancia de la salud, o por entidad especializada que desarrolle para la empresa, en base al correspondiente concierto, las funciones de servicio de prevención ajeno<sup>80</sup>. No es suficiente que la empresa, declare que existe un riesgo y que no hay otro puesto disponible de trabajo, cuando no se ha acreditado haber intentado situar a la actora en cualquiera de los puestos administrativos *ad hoc*<sup>81</sup>.

Tras haber reconocido la prestación la mutua puede dictar nueva resolución dene-gándola por un cambio de criterio<sup>82</sup>. Cuando el informe médico expedido por el facultativo de la mutua reconoce de forma categórica y sin fisura, que la trabajadora se encontraba sometida en su puesto de trabajo a condiciones que podían influir negativamente en su salud o en la del feto, por lo que no podría seguir desarrollándolo. De ello no se deduce que necesariamente los efectos de reconocimiento por la mutua se deban hacer coincidir con el informe médico de su propio facultativo<sup>83</sup>.

La Entidad Gestora no puede fundar su negativa a reconocer la prestación en la utili-

zación de un formulario normalizado incorrecto cuando los hechos están claros<sup>84</sup>. En el procedimiento administrativo siempre se puede aportar documentación mediante un escrito de subsanación o aprovechar el trámite de reclamación previa para aportar la documentación omitida<sup>85</sup>. La fecha de efectos de la prestación corresponde a la suspensión acordada por la empresa y no a la fecha de solicitud de la trabajadora<sup>86</sup>.

## 5.2. Suspensión de la prestación

Se ha planteado la cuestión de los efectos de la *suspensión de la actividad de empresa*. Cabe citar el supuesto de una empresa que se encontraba en concurso de acreedores y se produjo un despido colectivo por la vía del artículo 64 Ley Concursal. Se entiende que la extinción del subsidio es ajustada a derecho. Lo que genera el derecho a la prestación es el riesgo para la madre o el feto durante la situación de embarazo derivado de la prestación de servicios en un puesto de trabajo que genere aquel y que no pueda ser sustituido por otro. Es decir, relación embarazo riesgo, de forma que si desaparece uno de los elementos la prestación no tiene objeto. Ignorar esta posibilidad llevaría al absurdo de que el cese voluntario de la trabajadora y nueva contratación en otra actividad sin riesgo, obligaría al pago de la prestación porque no está prevista esta causa en el precepto<sup>87</sup>.

En sentido opuesto, en un caso en el que la empresa es una compañía aérea cuya licencia para operar fue suspendida, la mutua comunica a la trabajadora a la que había reconocido la prestación de riesgo durante el embarazo que a la vista de las circunstancias extinguía la prestación. La actora inició un proceso de IT deri-

<sup>80</sup> BLASCO LAHOZ, J.F., Seguridad Social, Tirant Lo Blanch, 3ª edición, 2014, p. 596.

<sup>81</sup> STJS País Vasco 11 septiembre 2001 (rec. 1351/2001).

<sup>82</sup> STSJ Murcia 711, 13 diciembre 2010 (rec. 636/2010).

<sup>83</sup> STSJ Castilla-La Mancha 1073, 8 octubre 2012 (rec. 963/2012).

<sup>84</sup> STSJ Andalucía, Sevilla, 4238, 3 diciembre 2009 (rec. 302/2009).

<sup>85</sup> STSJ Andalucía, Sevilla, 4238, 3 diciembre 2009 (rec. 302/2009).

<sup>86</sup> STSJ Islas Baleares 527, 15 octubre 2002 (rec. 479/2002).

<sup>87</sup> STSJ Galicia 4126, 14 julio 2015 (rec. 2501/2014).

vado de contingencias comunes por amenaza de aborto. A pesar de la revocación de la autorización de vuelo a la empresa por la Administración competente, el puesto de la actora seguía siendo el mismo, que no había podido ser cambiado por otro compatible con su estado, continuando en la situación de suspensión contractual, pues su puesto en la empresa continuaba entrañando el riesgo causante de la prestación que venía disfrutando, como se deduce del propio artículo 26.3 LPRL que mantiene la suspensión del contrato de trabajo mientras persista la imposibilidad de la trabajadora para reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado. Por ello ha de concluirse que la trabajadora tenía derecho a la prestación disfrutada hasta que concurriese alguna de las circunstancias legalmente previstas para su finalización, sin perjuicio de las compensaciones pertinentes respecto del subsidio de IT<sup>88</sup>.

Otro supuesto que ha despertado dudas es el *ERE suspensivo*. En el caso concreto la empresa incluye en ERE suspensivo a una beneficiaria de la prestación de riesgo por embarazo. La mutua declara que se suspende el abono de la prestación correspondiendo al servicio de empleo el pago de prestación por desempleo. Esta decisión no se ajusta a derecho ya que determinado el riesgo para la salud de la propia trabajadora embarazada o para el feto y la imposibilidad de adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada para evitar la exposición a dicho riesgo, o el cambio a puesto de trabajo o a función diferente y compatible con su estado, el contrato de trabajo se suspende por ministerio legal y, suspendido, resulta ajeno a la aplicación por parte del empleador de cualquier medida derivada de autorización administrativa otorgada en expediente de regulación de empleo, simplemente porque, suspendido el contrato de trabajo, resulta suspendido totalmente el contenido de la relación laboral<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> STSJ Islas Canarias, Las Palmas, 1286, 31 julio 2013 (rec. 1454/2011).

<sup>89</sup> STSJ Aragón 267, 31 mayo 2013 (rec. 248/2013). Esta doctrina está avalada por la STS 10 diciembre 2014 (rcud.

### 5.3. Extinción de la prestación

En supuesto de despido nulo, la readmisión acordada por al empresa tras la demanda de nulidad del despido supone, con carácter retroactivo, que ha seguido existiendo relación laboral y que por tanto durante la misma subsistía la situación de riesgo protegida, de manera que pese a haberse extinguido vuelve a renacer tras la readmisión. Y ello sin perjuicio de que la actora deba devolver las cantidades que en su caso haya percibido como salarios de tramitación o prestación por IT<sup>90</sup>.

### 5.4. Fraude de ley

El fraude de ley es una noción compleja que comporta la vulneración de una norma prohibitiva o imperativa que se produce de una manera oblicua, es decir, mediante un acto amparado formalmente en el texto de una norma (la denominada norma de cobertura) que persigue en realidad un resultado contrario al ordenamiento jurídico que, como tal, no queda protegido por aquella norma<sup>91</sup>.

El fraude de ley no puede confundirse con el simple engaño o fraude en sentido de «acción contraria a la verdad y la rectitud» a que se refiere el Diccionario de la Lengua.

La existencia de fraude de Ley no se presume y ha de ser acreditado por el que lo invoca<sup>92</sup>, en todo caso sí podrá acreditarse su existencia –como la de abuso del derecho– mediante pruebas directas o indirectas, admitiendo entre estas últimas las presunciones, cuando entre los hechos demostrados y el que

3152), como destaca PANIZO ROBLES, J.A., «El cese de la actividad de la empresa no es cusa que extinga por sí misma, la prestación por riesgo durante el embarazo», *Información Laboral*, nº 4, 2015, BIB 2015(693, p. 2.

<sup>90</sup> STSJ Islas Canarias, Las Palmas, 124, 30 enero 2015 (rec. 559/2014).

<sup>91</sup> Por totas, STS 18 marzo 2014 (rec. 1687/2013).

<sup>92</sup> SSTs 16 febrero 1993 (rcud. 2655/1991); 18 julio 1994 (rcud. 137/1994); 21 junio 2004 (rcud. 3143/2003); y 14 marzo 2005 (rcud. 6/2004).

se trata de deducir hay «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano»<sup>93</sup>.

Los supuestos de fraude de ley son muy casuísticos. Cabe traer a colación un caso en el que la perceptora de una prestación de riesgo por embarazo ha sido sancionada por la Entidad Gestora a la extinción de prestación por concurrir fraude. La trabajadora era autónoma inicialmente en el negocio de sus padres y por tanto cotizaba a tiempo completo. Luego pasa necesariamente a régimen general (por edad o cese en la convivencia de sus padres) con jornada reducida al 25%. Queda embarazada, con la experiencia negativa de un embarazo anterior, que puede hacer previsible el descanso necesario para evitar riesgos de frustrar un nuevo embarazo. Inopinadamente a los dos meses de embarazo, su padre que desconoce el embarazo le ofrece trabajar a tiempo completo y ella acepta. Por su parte, sin aparente conocimiento de la hija de ello, estaba planificando reestructuración de plantilla con despidos para los últimos meses de embarazo. Sin incremento de demanda ni de actividad y que es verano. Siguiendo presentes en la empresa él y su esposa. No se acredita que en verano haya más ventas, siendo baja en septiembre y no es sustituida. Admitiendo la crisis en la empresa (despidos, préstamo), se interpreta que la medida es contraria a un mayor incremento de costes salariales y cotización, concluyendo por ello que es realmente dirigida a incrementar la prestación de seguridad social de la hija, sin que responda a necesidad empresarial alguna. Y, por último que, si realmente no hay connivencia de la hija con los padres, estando completamente al margen de la acción fraudulenta, debería confirmarse la sanción impuesta, concediendo a la hija acción contra los empresarios por el daño producido. Por decisión inconsistente en términos empresariales. No se comparte este criterio administrativo ya que el hecho

de que la trabajadora primero lo fuese por cuenta propia, dada su relación de parentesco directo con los titulares de la empresa, para después (años antes a la baja), pasase a Régimen General, debido a circunstancias objetivas (edad, independencia familiar), ningún fraude por sí justifica. Se acreditan otros motivos (crisis grave empresarial económica que motiva en meses próximos otras decisiones como despidos objetivos, cambio de destino de la empresa, préstamo hipotecario de entidad) en los que funda su decisión<sup>94</sup>.

Sí se entendió que concurría fraude en un caso en el que la actora se dio de alta en RETA, en una actividad de camarera, en una empresa familiar, cuando estaba embarazada de 15 semanas; y solicita certificado de riesgo cuando está embarazada de 21 semanas, siendo lo cierto que la finalidad de darse de alta en RETA fue la de cobrar dicha prestación, no explicándose como pretende la parte actora que dicha alta obedeciera a la necesidad de atender un club, cuando lo cierto es que continuó el alta durante el embarazo y las 16 semanas posteriores al parto, coincidente con el devengo de prestaciones económicas por dichas circunstancias; y se cursara la baja justamente a la finalización de tales prestaciones. La actividad en su caso era entonces ya de riesgo para su estado de embarazo, cuando se inició la actividad laboral, y aun así se cursó el alta. No cabe apreciar un trato discriminatorio por realizar la tramitación del alta en RETA, posteriormente al conocimiento de su embarazo; antes bien, lo que existe es una clara presunción de fraude, al tramitar dicha alta, a las 15 semanas de embarazo, en una actividad cuyas funciones por sí mismas podrían ser de riesgo para una mujer embarazada; funciones como las de continua bipedestación, o cargar pesos; incluso de mayor riesgo al principio del embarazo, que ya avanzado éste; sin que la parte actora haya desvirtuado tal presunción. Estos hechos llevan a concluir que concurre el fraude<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> SSTs 29 marzo 1993 (rec. 795/1992); 4 febrero 1999 (rec. 896/1998); 24 febrero 2003 (rec. 4369/2001); 21 junio 2004 (rcud. 3143/2003).

<sup>94</sup> STSJ Cantabria 387, 15 mayo 2017 (rec. 172/2017).

<sup>95</sup> STSJ Andalucía, Sevilla, 725, 8 marzo 2017 (rec. 986/2016).

Se ha entendido inexistente el fraude en un supuesto en el que la trabajadora fue contratada cuando se encontraba de 22 semanas de gestación, estableciéndose la situación de riesgo para los trabajos declarados en las 18 semanas de gestación. No se considera fraude de ley ya que la trabajadora que ya había sido contratada con anterioridad por la misma empresa y existe la posibilidad de incurrir en discriminación por razón de sexo<sup>96</sup>.

En otro supuesto tampoco se entendió que concurriese fraude en el caso de una temporera embarazada con anterioridad al alta. Las personas incluidas en el campo de aplicación del régimen general, causarán derecho a las prestaciones del mismo, cuando reúnan el requisito de estar afiliada y en alta en este régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la situación protegida. Y ello no significa que deba quedarse embarazada la trabajadora después del alta sino que exista estando en alta o situación asimilada a ella, riesgo para el embarazo. No es obligatorio, por tanto que el hecho causante sea anterior al alta, sino que el embarazo corra riesgos estando en alta<sup>97</sup>.

## 6. CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN

Para el cálculo del subsidio por riesgo durante el embarazo, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación por IT, derivada de contingencias profesionales.

El artículo 36.2 RD 295/2009 establece que en las situaciones de *pluriempleo* se tendrán en cuenta las siguientes particularidades:

a) Cuando la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo se declare en todas las actividades que realice simultáneamente la trabajadora, para la determinación de la base reguladora del subsidio se computarán todas sus bases de cotización en

las distintas empresas, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización.

b) Si la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo se declare en una o en algunas de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no en todas, en el cálculo de la base reguladora del subsidio sólo se tomarán las bases de cotización correspondientes a las empresas en las que se produce la suspensión del contrato de trabajo, aplicando, a estos efectos, el límite que corresponda a la fracción o fracciones del tope máximo que aquéllas tengan asignado.

El artículo 36.3 RD 295/2006 regula la cuantía de la prestación en las situaciones de *pluriactividad* mediante una remisión al artículo 48 de la norma reglamentaria que dispone que En los supuestos en que la trabajadora realice simultáneamente actividades incluidas en varios regímenes del sistema de la Seguridad Social:

a) Cuando la situación de riesgo durante el embarazo afecte a todas las actividades desempeñadas, tendrá derecho al subsidio en cada uno de los regímenes si reúne los requisitos exigidos de manera independiente en cada uno de ellos.

b) Cuando la situación de riesgo durante el embarazo afecte a una o a alguna de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no a todas, únicamente tendrá derecho al subsidio en el régimen en el que estén incluidas las actividades en que exista dicho riesgo.

La percepción del subsidio será compatible con el mantenimiento de aquellas actividades que la trabajadora ya viniera desempeñando con anterioridad o pudiera comenzar a desempeñar y no impliquen riesgo durante el embarazo.

En el caso de trabajadoras contratadas a *tiempo parcial*, la base reguladora diaria del subsidio será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediata-

<sup>96</sup> STSJ Extremadura 218, 6 abril 2017 (rec. 36/2017).

<sup>97</sup> STSJ Murcia 711, 13 diciembre 2010 (rec. 636/2010).

mente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión laboral, entre el número de días naturales comprendidos en dicho periodo.

De ser menor la antigüedad de la trabajadora en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan.

Cuando se trate de trabajadoras contratadas para la *formación*, la base reguladora será equivalente al 75 por 100 de la base mínima de cotización vigente (art. 34.5 RD 295/2009).

Para los colectivos de *artistas y de profesionales taurinos*, la base reguladora será el promedio diario que resulte de dividir por 365 la suma de las bases de cotización de los doce meses anteriores al hecho causante, o el promedio diario del periodo de cotización que se acredite, si éste es inferior a un año (art. 34.6 RD 295/2009).

En ningún caso, el promedio diario que resulte podrá ser inferior, en cómputo mensual, a la base mínima de cotización que en cada momento corresponda a la categoría profesional de la trabajadora.

## 7. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL INSS EN CASO DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL

Se ha planeado en muchas ocasiones la eventual responsabilidad del INSS respecto de la mutua que ha adelantado las prestaciones en caso de insolvencia de la empresa. Alguna doctrina de suplicación ha respondido de forma favorable, al entender que la regulación del riesgo durante el embarazo, tanto la situación protegida tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales, como la prestación económica de incapacidad temporal, que se concederá a la trabajadora, que derivada de contingencias profesionales. Las particularidades establecidas por la legislación versan sobre las diferencias entre el tratamien-

to de esta prestación por riesgo de embarazo de la prestación de incapacidad temporal por contingencias profesionales, a la que se asimila expresamente. Esas particularidades están referidas al día del nacimiento y extinción de la prestación, a la cuantía de la misma y a la gestión, donde expresamente se dice que la gestión y pago de la prestación económica por riesgo durante el embarazo corresponderá a la entidad gestora o a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales. Nada se dice de otras particularidades en la prestación como la responsabilidad subsidiaria del INSS en caso de insolvencia empresarial. Precisamente las particularidades se han especificado por el legislador de forma expresa<sup>98</sup>.

Sin embargo la doctrina mayoritaria, avallada por el Tribunal Supremo, se ha manifestado en contra de la responsabilidad subsidiaria del INSS en supuestos de insolvencia empresarial. El mecanismo de responsabilidad subsidiaria que históricamente se atribuía al Fondo de Garantía y en la actualidad está a cargo del INSS, va referido a contingencias profesionales «lesivas», mientras que la prestación por riesgo tiene una indudable naturaleza «preventiva», como lo evidencian no sólo su presupuesto –el riesgo–, sino que tenga origen en el art. 26 LPRL.

Lo cierto es que la cualidad «profesional» no se predica de la «contingencia» riesgo durante el embarazo, sino tan sólo de la «prestación» o subsidio, por lo que la decisión legislativa obedeció en exclusiva al deseo de proteger más adecuadamente a la trabajadora y no a rectificar una naturaleza –la de la contingencia– que inicialmente se hubiese calificado de forma incorrecta.

No solamente no existe disposición –legal o reglamentaria alguna– que atribuya la

<sup>98</sup> STSJ Madrid 742, 21 noviembre 2012 (rec. 1728/2012); STSJ Valencia 2263, 28 octubre 2013 (rec. 997/2013)

responsabilidad subsidiaria al INSS, sino que hay un dato del que indirectamente inferir que tal posibilidad ha de excluirse, cual es que las sucesivas disposiciones legales que desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, en el extremo referido a «las aportaciones de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social para el sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social...» (entre otras cosas, para atender esa necesidad de responsabilidad última de garantía), no han sufrido modificación alguna<sup>99</sup>.

## 7. TUTELA JUDICIAL

### 7.1. Objeto

El objeto se ciñe a reclamar el reconocimiento de la prestación y, en su caso, mensualidades no abonadas. También existen supuestos en los que se combate el acuerdo de extinción o suspensión de la prestación. No existe norma que ampare la petición de intereses de demora cuando la prestación se reconozca en vía judicial<sup>100</sup>.

### 7.2. Determinación de contingencia y acumulación objetiva de acciones

En muchos supuestos el rechazo a causar la prestación desde un proceso previo de IT motivo que posteriormente se solicite por la trabajadora afectada la determinación de contingencia. Se plantean varias cuestiones en relación con este tipo de solicitudes. La primera es si el cambio afecta únicamente a la IT que pasa a ser considerada por contingencias profesionales cuando el embarazo se ve afectado por el trabajo o, si además, puede

alcanzarse una declaración por el tribunal en el sentido de que el período discutido pase a considerarse como de riesgo durante el embarazo. A estas cuestiones se añade el problema de si se está ante una acumulación de acciones (IT y riesgo durante el embarazo) y si tal acumulación es lícita.

Cabe traer a colación un caso en el que la trabajadora acudió a la mutua, solicitando la prestación de riesgo durante el embarazo, sin que se reconociera el derecho a dicha prestación ni se diera por parte de la empresa la suspensión de su contrato de trabajo. Escasos días más tarde se le extendió el parte de baja por los servicios médicos de salud con el diagnóstico de lumbago, contingencia común que en nada refería la situación de riesgo mencionada, baja por enfermedad común que fue aceptada por la trabajadora pues permaneció en dicha situación hasta la víspera del parto. Mientras se encontraba en situación de incapacidad temporal la trabajadora inició el expediente administrativo de determinación de contingencia para solicitar que se declarara que tal período de incapacidad era imputable a la contingencia de riesgo durante el embarazo. Probándose que la empresa no disponía de puesto de trabajo acorde con la situación de la trabajadora la única posibilidad era la suspensión del contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 26.3 LPRL en relación con el artículo 45.1.d) ET, cosa que no ocurrió. Por tanto, desapareció así la posible situación de riesgo para el embarazo desde el momento en que la embarazada causó baja, si bien por enfermedad común<sup>101</sup>.

En sentido diverso se ha entendido que en un supuesto en el que se interesó la determinación de contingencia respecto de una IT previa por enfermedad común, se entiende que lleva a la negación de la consideración de la situación de riesgo durante el embarazo como enfermedad profesional. Porque la situación de riesgo durante el embarazo no

<sup>99</sup> STS 19 mayo 2014 (rcud. 522/2013) y la siguiente doctrina de duplicación STSJ Galicia 725, 15 febrero 2016 (rec. 609/2015); STSJ Andalucía, Granada, 676, 18 marzo 2015 (rec. 2802/2014); STJS Valencia 561, 10 marzo 2015 (rec. 2040/2014); STSJ Islas Baleares 282, 4 septiembre 2014 (rec. 219/2014)

<sup>100</sup> STSJ Murcia 1066, 9 diciembre 2008 (rec. 954/2008).

<sup>101</sup> STJS País Vasco 1954, 29 junio 2010 (rec. 976/2010).

es una enfermedad profesional. No es aplicable la exigencia de encontrarse en el listado de tales, ni tampoco la prueba de que es el trabajo desarrollado la causa de la enfermedad profesional (a los efectos de considerarse como accidente de trabajo). La consecuencia es que se considere que la IT tiene origen profesional<sup>102</sup>.

Tampoco hay doctrina unánime sobre el tema de la acumulación de la IT y la prestación de riesgo durante el embarazo. De un lado se ha entendido que no se puede acumular la acción sobre IT con la de prestación por riesgo durante el embarazo pues tienen distinta causa de pedir<sup>103</sup>. Sin embargo, en sentido opuesto se consideró que con independencia de la calificación jurídica otorgada por la parte actora a los hechos enjuiciados, se ejercita una acción de determinación de contingencia de IT, porque tanto en el encabezamiento de la demanda, como en el suplico de la misma, se solicita expresamente la determinación de contingencia de la IT, de forma un tanto confusa, se señala en el suplico que la IT es derivada de riesgo durante el embarazo, por lo que cabría afirmar que se ha producido una acumulación de acciones, al mencionarse expresamente ambas en el suplico de la demanda. Dicha acumulación en ningún caso origina indefensión a las partes, por cuanto al margen de la calificación jurídica efectuada, los hechos son los que son, no fueron ocultados y, eran conocidos. En dicho supuesto en la instancia se consideró que la IT procedía de contingencia profesional. Sin embargo en suplicación se entendió que la contingencia correcta es la de riesgo derivado del embarazo, dado que la actividad laboral en su puesto constituía un riesgo para la salud de la madre o del feto, por lo que la baja laboral ha de tener el carácter profesional<sup>104</sup>.

## 7.3. Partes procesales

### 7.3.1. Acumulación subjetiva de acciones

En algunos supuestos son varias las trabajadoras que accionan. Tratándose de una acumulación subjetiva de acciones, hay que estar al artículo 25.3 LRJS, según el cual, podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno o varios actores tengan contra uno o varios demandados, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos. En estos supuestos la identidad o, cuando menos, conexidad de la *causa petendi* es innegable cuando lo que se discute es la determinación de la fecha de efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo de ambas accionantes y, por ende, la concreción de su base reguladora, sin que esté en cuestión la procedencia de la prestación, que fue reconocida a cada una de ellas, de suerte que carece de cualquier relevancia el puesto de trabajo que conforme a su categoría profesional venían desempeñado, al igual que la cuantía de sus bases de cotización por contingencias profesionales en los meses que precedieron al hecho causal. Lo trascendente es otra cosa, por lo que dado que la causa de pedir coincide en cuanto a los hechos nucleares, sin que se vea condicionada por circunstancias singulares que no suponen, por ende, la indebida acumulación subjetiva de acciones denunciada<sup>105</sup>. Por ello está admitido que varias trabajadoras acumulen sus demandas sobre riesgo durante el embarazo frente a la misma empresa<sup>106</sup>.

En cuanto a la *llamada de un tercero al juicio*, se plantea la necesidad de llamar como parte procesal, en vez de como testigo, a los padres de una trabajadora que ha sido sancionada por fraude al ampliar su jornada ya

<sup>102</sup> STSJ Castilla-La Mancha 434, 18 marzo 2010 (rec. 1433/2009).

<sup>103</sup> STSJ Murcia 218, 16 marzo 2009 (rec. 153/2009).

<sup>104</sup> STSJ Galicia 5934, 12 diciembre 2012 (rec. 873/2010).

<sup>105</sup> STSJ Madrid 745, 3 octubre 2014 (rec. 2828/2014).

<sup>106</sup> STSJ Navarra 205, 13 junio 2002 (rec. 210/2002).

existente el embarazo. Los padres son los empleadores y como tales también han resultado sancionados en otro expediente administrativo. Se rechaza que deban comparecer como partes aunque lo debatido en el proceso pueda afectar a la impugnación correspondiente que han realizado los padres frente a la sanción a ellos impuesta<sup>107</sup>. En muchos supuestos se demanda igualmente al servicio de salud<sup>108</sup>.

### 7.3.2. Legitimación del sindicato y actuación en representación de sus afiliados

#### A. El interés legítimo presupuesto de la legitimación y elementos integrantes

El planteamiento de los arts. 7º y 28 CE conduce a concluir que dentro del ámbito de actuación de los sindicatos tienen *capacidad genérica* para representar los intereses de los trabajadores. Sin perjuicio de ello se hace preciso señalar que no basta con la simple condición de organización sindical para que la relación jurídica procesal pueda quedar regularmente constituida. Ha de tratarse de un sindicato que tenga una *relación directa con el objeto del litigio* por su *implantación en el ámbito del conflicto*, porque la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad<sup>109</sup>.

El *concepto de implantación* no puede ser confundido con el de *representatividad* en el sentido que éste último es valorado por el ET para atribuir legitimación para la negociación colectiva de eficacia general o para la representación institucional. De forma que si bien cuando un sindicato reúna los requisitos de

representatividad necesarios en el ámbito de que se trate poseerá *implantación* suficiente, lo contrario no es exacto. La *implantación* cabe relacionarla asimismo con los *finés de la concreta organización sindical* según se recoja en sus estatutos y con el *nivel de afiliación*. La *implantación* constituye la medida para constatar la existencia de un vínculo o conexión entre la organización sindical y el conflicto<sup>110</sup>.

La constante revisión de la idea de vínculo o conexión entre la organización sindical y el objeto del proceso introduce nuevos elementos que perfilan los instrumentos conceptuales anteriormente expuestos. La legitimación del sindicato ha de localizarse en la *noción de interés profesional o económico*. Este interés viene identificado con la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio, y no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial<sup>111</sup>.

Asimismo el interés debe ser *cualificado y específico*, esta condición se cumple cuando la ventaja o utilidad se hace extensible a los afiliados al sindicato y a otros trabajadores en caso de prosperar la acción entablada<sup>112</sup>. La *intervención anterior* del sindicato en la Mesa de negociación contribuye a sustentar la legitimación del sindicato<sup>113</sup>.

La *intensidad de la proyección general* o el *contenido de generalidad* contribuyen igualmente a la constatación de la legitimación de la organización sindical<sup>114</sup>. La mayor intensidad puede provocarla la alegación de discrimina-

<sup>110</sup> STC 37/1983 dictada en un supuesto sobre legitimación para plantear conflicto colectivo.

<sup>111</sup> STC 101/1996 dictada en un supuesto de impugnación, vía contencioso – administrativa, de un acuerdo sobre dotación de plazas de profesorado universitario.

<sup>112</sup> STC 7/2001.

<sup>113</sup> En el supuesto analizado por la citada STC 101/1996 el acuerdo impugnado se dictó por la Junta de Gobierno de la Universidad, trayendo causa de las actuaciones de una Mesa de Negociación en las que participaba el sindicato impugnante. El acuerdo de la Junta desconoce parcialmente las actuaciones de la Mesa de Negociación; motivando por ello la impugnación por el sindicato.

<sup>114</sup> STC 24/2001.

<sup>107</sup> STSJ Cantabria 387, 15 mayo 2017 (rec. 172/2017).

<sup>108</sup> STSJ Murcia 933, 27 octubre 2008 (rec. 825/2008); STSJ Murcia 416, 11 mayo 2009 (rec. 379/2009).

<sup>109</sup> STC 210/1994 que enjuiciaba un supuesto en el que una organización sindical instó judicialmente el encuadramiento de un grupo de trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social que hasta el momento figuraban en el Régimen Especial Agrario.



ción<sup>115</sup>. El *contenido de generalidad* se refuerza cuando la ventaja o utilidad repercute a la totalidad del personal y no a personas concretas<sup>116</sup>.

### B. Legitimación del sindicato en reclamación de la prestación de riesgo durante el embarazo

La Unión sindical de CC.OO. de Navarra y la federación de enseñanza de CC.OO. interesan en el presente procedimiento se reconozca a las educadoras que trabajan en la empresa la prestación de riesgo durante el embarazo desde el mismo momento en que sea conocido dicho embarazo, y que se revoque la decisión de la mutua de no reconocerles dicha prestación hasta los 18 o 20 meses de embarazo. Ninguna de las trabajadoras que han solicitado la prestación ha impugnado el reconocimiento, solicitando que el mismo se efectuara con fecha anterior a la semana 18 o 20 de gestación. Se acredita en el proceso tanto la implantación del sindicato accionante en el ámbito de la controversia, como el interés de oposición a una práctica que se estima irregular de la Mutua code mandada. Y en principio la materia no puede considerarse ajena a las finalidades propias de un sindicato, pues el interés legitimador se define por la defensa de la salud pública de trabajadores afiliados al sindicato. En este caso la legitimación no puede ser reconocida al sindicato recurrente. En efecto, en primer lugar la pretensión consiste en un interés genérico y abstracto en preservar la aplicación del derecho en un determinado sentido, sin que ello influya en la esfera de intereses propios ni del sindicato ni de ningún trabajador singularmente identificado. El sindicato no puede comparecer en un proceso cuando lo que se pretende es un

modo concreto de ser la prestación misma de riesgo durante el embarazo. Y el interés ahora ejercido se debe vertebrar bien en el debate legislativo, bien en el desarrollo general y reglamentario del régimen de prestaciones de la Seguridad social por la administración, pues el poder judicial esta necesariamente constreñido a tomar decisiones que se refieran a conflictos efectivos entre sujetos determinados, pues de lo contrario los jueces salen de su ámbito propio para dictar normas jurídicas<sup>117</sup>. En segundo lugar la legitimación del sindicato pervertiría también el sentido de la cosa juzgada, que no se puede extender a situaciones, hipotéticas de futuro e indeterminadas. En efecto los conceptos «educadora» y «empresa» cuando se les priva de su realidad material inmediata, referida a unas trabajadoras concretas, y se proyectan en una realidad hipotética y futura, se convierten en conceptos indeterminados. Si se admitiese la pretensión genérica ejercitada, bastaría con que la asociación nuevo futuro llamase a una trabajadora «educadora» para que tuviese derecho a la prestación, lo que ampliaría desmesuradamente la cosa juzgada, permitiría defraudar los principios de funcionamiento de las prestaciones de la Seguridad social, y explica el porqué de la limitación de la legitimación centrada en el interés real en el proceso defiende la coherencia del proceso mismo<sup>118</sup>.

### C. Posibilidad de que intervenga el sindicato en representación de sus afiliados

En el supuesto anteriormente reseñado el sindicato no pretende la impugnación de ningún acuerdo concreto de la mutua, sino lo que pretende es una condena de futuro de carácter indeterminado de la mutua, lo que significa un proceso de objeto indeterminado, sin legitimación y también sin acción. Si la legitimación vincula el proceso a la afirmación de la titularidad de un

<sup>115</sup> La STC 24/2001 analizaba la legitimación de una organización sindical para impugnar, vía contencioso-administrativa, las bases de una convocatoria de concurso-oposición para la provisión de plazas de bomberos. El sindicato impugnante denunciaba la infracción del derecho a la igualdad por razón de sexo debido a que se establecían unas pruebas físicas únicas con independencia del sexo.

<sup>116</sup> STC 84/2001.

<sup>117</sup> Discrepa JOVER RAMÍREZ, C., «Riesgo durante el embarazo y legitimación sindical», *Aranzadi Social Doctrinal*, nº 6, 2011, BIB 2011\1336, p. 5.

<sup>118</sup> STSJ Navarra 371, 15 noviembre 2010 (rec. 299/2010).

derecho en cuanto existente, la acción vincula el proceso al debate sobre la existencia efectiva de ese derecho en unos sujetos concretos y determinados. En el caso concreto se atribuye la prestación de riesgo por embarazo a la mujer trabajadora, y el sindicato la podrá ejercitar en su nombre bien en virtud de un apoderamiento personal, bien en defensa de un colectivo concreto de trabajadores que representa, aunque sea representación genérica por tener implantación, pero lo que no puede es debatir en un proceso singular, en la que no hay ningún sujeto activo identificado, el modo de ser de la prestación misma, o el criterio administrativo de la aplicación de la norma, lo que con se debe regular con carácter general, solo cuando se pueda establecer una vinculación causal entre una embarazada concreta, o con un interés general manifestado en convenio colectivo, la pretensión del sindicato se podrá estimar que el sindicato ejercita es titular de una acción, en nombre propio o por representación sindical<sup>119</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R., y GIL PLANA, J., Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, Civitas, 2010
- ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J.L., Instituciones de Seguridad Social, Civitas, 17ª edición, 2000
- ARENAS VIRUEZ, M., Riesgo durante el embarazo: causa de suspensión del contrato de trabajo y causa de despido nulo, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales – Mergablum, 2003.
- ARETA MARTÍNEZ, M., «¿Es necesario que la trabajadora embarazada se encuentre en activo para que nazca la contingencia de riesgo durante el embarazo?», *Aranzadi Social Doctrinal*, 2002, BIB 2002\530
- BENAVENTE TORRES, M<sup>a</sup> I., El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural, Laborum
- BENAVIDES VICO, Prestaciones de la Seguridad Social, Lex Nova, 2ª Edición, 2014
- BLASCO LAHOZ, J.F., Seguridad Social, Tirant Lo Blanch, 3ª edición, 2014
- GUASP DELGADO, J., «Juez y hechos en el proceso civil», Bosch, 1943
- JOVER RAMÍREZ, C., «Riesgo durante el embarazo y legitimación sindical», *Aranzadi Social Doctrinal*, n° 6, 2011, BIB 2011\1336
- MOLINA GÓNZALEZ-PUMARIEGA, R., «El derecho a vacaciones anuales y la suspensión por riesgo durante el embarazo y por maternidad», *Aranzadi Social Doctrinal*, n° 1, 2005, BIB 2005\802
- MONTERO AROCA, J., «La prueba en el proceso civil», Civitas, 3ª edición, 2002
- MUR TORRES, J., Derecho de la Seguridad Social, T. I, Cometa, 2008
- PANIZO ROBLES, J.A., «El cese de la actividad de la empresa no es cusa que extinga por sí misma, la prestación por riesgo durante el embarazo», *Información Laboral*, n° 4, 2015, BIB 2015\693
- RIVAS VALLEJO, P., «El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado Reglamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo», *Aranzadi Social Doctrinal*, n° 20, 2001
- RODRÍGUEZ SANTOS, E., «Riesgo durante el embarazo e incapacidad temporal en los supuestos de alto riesgo», *Aranzadi Social Doctrinal*, n° 8, 2012, BIB 2012\3373
- ROSENBERG, L., SCHWAB, K.H., GOTTBALD, P., Zivilprozess-recht, Beck, 15. Auflage, 1993
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «El peligro potencial como presupuesto del riesgo durante el embarazo», *Aranzadi Social Doctrinal*, 2002, BIB 2003\144
- ZAPIRAÍN BILBAO, A., «Denegación de emisión de certificación médica sobre existencia de riesgo durante el embarazo», *Aranzadi Social Doctrinal*, n° 11, 2012, BIB 2012\287
- ZEISS, W., Zivilprozessrecht, Möhr, 4. Auflage, 1980

<sup>119</sup> STSJ Navarra 371, 15 noviembre 2010 (rec. 299/2010); STSJ País Vasco 932, 28 mayo 2013 (rec. 860/2013).

**RESUMEN**

El objeto del presente estudio es la prestación de la Seguridad Social de riesgo durante el embarazo. Cuando existen riesgos para el embarazo relacionados con el trabajo, destacando este aspecto de relación entre embarazo y trabajo, frente a causalidad. La legislación prevé que se adopten medidas necesarias de evitación de exposición con adaptación de condiciones o tiempo de trabajo que puede conllevar cierta movilidad a un puesto de trabajo diferente y compatible, incluso a puesto no correspondiente a su grupo profesional o categoría equivalente más allá de la movilidad funcional. El devengo prestacional aparece ante la imposibilidad del traslado a un puesto de trabajo compatible. Aunque el hecho de trabajar durante el embarazo no suponga la asunción automática de un riesgo para la salud de la madre o del feto, o al menos no diferente ni superior al que asume cualquier embarazada desempleada, y sin perjuicio de los predicables riesgos propios potenciales e intrínsecos, no es menos cierto que este estado físico de embarazo permite hablar de cierta vulnerabilidad a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pueden ser ineludibles en el ámbito laboral. El subsidio de riesgo durante el embarazo fué profundamente reformado mediante Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Tras dicha reforma no sólo la prestación económica tiene origen profesional, sino que en lo que se refiere a su gestión y pago deja de ser competencia exclusiva de la entidad gestora para permitir la intervención de las entidades colaboradoras o mutuas. Con anterioridad las mutuas sólo participaban para emitir las certificaciones previas de situaciones de riesgo. La situación tutelada es la de que exista un riesgo, no una patología ya diagnosticada, a la que no se refiere la norma. A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26, apdo. 3, de la LPRL, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. La prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales. Por su parte el citado artículo 26 LPRL dispone que la evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 LPRL deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos. El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en

los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto. Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d) ET, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado. Ello debe entenderse sin perjuicio de que los riesgos constatados puedan afectar a otras trabajadoras. Las circunstancias ambientales genéricas pueden concretarse y especificarse si se identifican y son propias de la actividad de una trabajadora y no deben excluirse porque puedan darse en otros lugares o en diversas circunstancias, sino que operan en la correspondiente evaluación porque la trabajadora las soporta y pueden manifestarse en perjuicio de la misma o del feto, siendo protegido el *nasciturus*. No parece lógico, a la luz de la Ley y de su teleología, excluir de su protección y ámbito los riesgos reales que concurren materialmente, no dando prevalencia a una clasificación de controversia academicista, bizantinismo o, simplemente, de corte nominalista, pues debe atenderse a la existencia del riesgo real, ofreciendo una protección real frente a él, y, para el caso de que se haya detectado un riesgo real que supone un riesgo para los titulares protegidos. La posibilidad teórica no puede ser admitida como riesgo específico y concreto en orden a la necesidad de una protección detallada durante el embarazo, sino concurren otros efectos indiciarios que demuestren una organización del trabajo con imposible alejamiento de frecuentes focos de riesgo que deben traer como satisfacción probatoria la concreta y personal actividad de la propia trabajadora y no referencias de otros posibles sucedidos.

**Palabras Clave:** Embarazo; riesgo; suspensión del contrato de trabajo; prestación.

**ABSTRACT**

The purpose of this study is to the risk during pregnancy subsidy of social security. There are risks to pregnancy which are related to work, highlighting the relationship aspect between pregnancy and work versus causality. Statutory provisions foresee the adoption of necessary measures to avoid exposure with adaptation of conditions or working time. This can lead to some mobility to a different and compatible workplace, even to a position not corresponding to her professional group or equivalent. That kind of mobility is beyond the functional mobility. The social benefit appears before the impossibility of moving to a compatible job. Although working during pregnancy does not automatically assume a risk to the health of the mother or the fetus. At least it does not mean a different risk or greater than that assumed by any unemployed pregnant woman regardless of potential risks related to pregnancy. It is also true that this physical state of pregnancy allows us to speak of a certain vulnerability to agents, procedures or working conditions that may be unavoidable in the workplace. The risk subsidy during pregnancy was profoundly reformed through Organic Law 3/2007 of March 22, for effective equality of women and men. After this reform, not only the economic benefit has a professional origin, but also its management and payment ceases to be an exclusive jurisdiction of Social Security entity to allow the intervention of the collaborating or mutual entities. Previously, the mutual companies only participated by issuing the prior certifications of risk situations. The situation protected is the existence of a risk, not an already diagnosed pathology, which is not foreseen by the law. For the purposes of the economic benefit for risk during pregnancy, the protected status is the period of suspension of the employment contract in the cases in which the working woman must change jobs to another job compatible with her condition, in the terms provided for in Article 26, subsection 3 of the LPRL. The protection becomes enabled when such change of post is not technically or objectively possible, or cannot reasonably be demanded for justified reasons. The benefit corresponding to the risk situation during pregnancy will have the nature of professional contingencies benefit. Article 26 of the LPRL provides that the risk assessment referred to in Article 16 LPRL must include the determination of the nature, degree and duration of the exposure of female workers in pregnancy or recent birth to agents, procedures or working conditions that may adversely affect the health of workers or the fetus in relationship with a specific risk. If the results of the assessment reveal a risk to safety and health or a possible impact on the pregnancy or lactation of such workers, the employer shall take the necessary measures to avoid exposure to risk by adapting conditions or working time of the worker. Such measures shall include, when necessary, the non-performance of night work or shift work. When adaptation of conditions or working time is not possible or, despite such adaptation, the conditions of a job may have a negative influence on the health of the pregnant worker or the fetus, as certified by the Medical Services of the National Institute of Social Security or Mutuals, depending on the entity with which the company has agreed to cover the professional risks. The worker will perform a job or function different and compatible with her state according to the report of the doctor of the Health Service who attends her. The employer must determine, in consultation with the workers representatives, the risk-free jobs. The change of position or function shall be carried out in accordance with the rules and criteria that are applied in the cases of functional mobility and shall take effect until such time as the state of health of the worker allows her to return to the previous position. If such a change of position is not technically or objectively possible, or cannot reasonably be demanded for justified reasons, it may be stated that the worker concerned has moved to the situation of suspension of the contract for risk during pregnancy referred to in Article 45 (1) ET, during the period necessary for the protection of her safety or health and for as long as it is impossible to return to her previous position or to another position compatible with her condition. It does not matter that the risks identified may affect other workers. Generic environmental circumstances can be specified if they are identified. These circumstances are specific to the activity of a worker and should not be excluded

because they can occur in other places or in different circumstances, but they operate in the corresponding assessment because the worker suffers them and they can endanger the pregnant worker or the fetus. It does not seem logical, in the light of the Law and its teleology, to exclude the real risks from its protection and scope, giving prevalence to an academic or simply nominalist classification. If it is acknowledged the existence of a real risk, then it must be offered real protection against it. The theoretical possibility cannot be admitted as a specific risk in terms of detailed protection during pregnancy. If there are no other indications that show a risky organization then the worker cannot enjoy the protection. The risk must be in connection with the worker herself and not related to previous cases.

**Keywords:** Pregnancy; risk; suspension of labour contract; social benefit.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL



# La prestación por paternidad

# Paternity benefits

IÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN\*  
PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS\*\*

---

## 1. LA REGULACIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO DEL PERMISO POR PATERNIDAD

**S**in la participación del padre no puede haber un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, lo que obviamente dificulta el acceso y, sobre todo, la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo. En la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio del 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar se alienta a los Estados miembros a evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad, manteniendo al mismo tiempo los derechos laborales. En esta norma, por primera vez, quedaría caracterizado el permiso por paternidad como figura diferenciada del permiso por maternidad y también del permiso parental, como un derecho exclusivo del padre a ausentarse con mantenimiento de sus derechos, incluida la

retribución con motivo del nacimiento de un hijo.

Posteriormente, la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo señala en su art. 2.7 que su contenido no afectará al Derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso por paternidad. Los Estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que al término de dicho permiso tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia. Por tanto otorga una protección a los trabajadores que disfruten de un permiso por paternidad similar a la prevista para las trabajadoras para el permiso por maternidad. La Directiva 2006/54 regula el permiso por paternidad en términos prácticamente idénticos a los establecidos en la Directiva 2002/73, que inciden en configurar— del modo descrito— el alcance de esta figura<sup>1</sup>. Del contenido de su regulación habrá que deducir varias cosas:

---

\* Abogado. Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad «Francisco de Vitoria».

\*\* Profesora Universidad Loyola Andalucía.

---

<sup>1</sup> Así pues, en su artículo 16 la Directiva 2006/54, de septiembre y recientemente también por la Directiva 2006/54/



- Primero.— El Derecho comunitario no exige el reconocimiento de un permiso por paternidad a los Estados miembros, pero sí la posibilidad de reconocerlo, siempre ajustándose a las reglas contenidas en las Directivas 2002/73 y 2006/54, que detallaremos a continuación. La regulación del permiso por paternidad no es, por tanto, una obligación de los Estados miembros.
- Segundo.— El Derecho comunitario caracteriza el permiso por paternidad como un derecho específico, distinto del permiso por maternidad y parental, exclusivo del padre.
- Tercero.— El Derecho comunitario no establece una duración mínima al permiso por paternidad en caso de ser reconocido por los Estados miembros, como sí lo hace para el permiso de maternidad o el parental.
- Cuarto.— El Derecho comunitario reconoce garantías para la eficacia del permiso por paternidad similares a las del permiso por maternidad. Durante su ejercicio el trabajador no podrá ser despedido, ni tampoco en el momento de su reincorporación (ni en el período posterior a la misma). Se mantendrán los derechos inherentes al contrato de trabajo durante su transcurso, incluida la retribución, así como el beneficio de una prestación adecuada.

Asimismo, habría que hacer una breve alusión a la regulación del permiso por adopción en las dos Directivas, tanto la 2002/73 (art. 2.7.)

---

CE, de 5 de julio, sobre aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), que señala : «...Los Estados miembros que reconozcan estos derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no le resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia».

como la 2006/54 (art. 16), en términos prácticamente idénticos a los establecidos para el permiso por paternidad. Respecto a las exigencias de transposición en el Derecho interno del derecho al permiso por paternidad a cumplir por los Estados miembros, como más adelante veremos, las modificaciones introducidas en la LOI, reflejadas ya en el Proyecto normativo de junio de 2006, darán, sobrado cumplimiento a las garantías para su ejercicio establecidas en la referida normativa comunitaria. A saber, además de la presunción de nulidad del despido y la extinción por causas objetivas durante su transcurso, existente ya en la Ley 39/1999 para el permiso por maternidad y adopción, que alcanzará también en la LOI al permiso por paternidad; se ampliará la extensión temporal de dicha garantía al momento de la reincorporación tras su disfrute, siempre que no hayan transcurrido más de nueve meses, y también, como novedad, contendrá una previsión para que quien lo disfrute se beneficie de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que haya podido tener derecho durante su transcurso.

## 2. CARACTERIZACIÓN DEL PERMISO POR PATERNIDAD

Este nuevo permiso se encuentra más próximo en su caracterización al permiso en caso de adopción o acogimiento que al supuesto de la maternidad biológica; al estar desprovisto de toda connotación fisiológica, relativa al cuidado de la salud de los sujetos beneficiarios. No en vano en el Derecho Comunitario en concreto en la Directiva 2002/73, modificada por la 2006/54, el permiso por paternidad se regula conjuntamente –incluso en el mismo precepto– con el de adopción y en términos prácticamente idénticos. El reconocimiento de este permiso por paternidad supone la posibilidad de ampliación de facto del período de tiempo del que dispone la familia para atender las necesidades generadas por la llegada de un nuevo hijo. Con la intención, una vez más, de promover que las responsabilidades generadas por tal motivo sean asumidas, al menos en alguna parte, por ambos progenito-

res, sin necesariamente minorar el tiempo de descanso que corresponde a la madre y así dar mayor protagonismo al padre en el cuidado de los hijos. Permitiendo que la madre pueda retomar, si ese es su deseo, sus responsabilidades profesionales– evitando con ello los posibles perjuicios profesionales– sin desatender el cuidado del hijo que quedaría, aunque por un lapso de tiempo corto, a cargo del padre.

Diversas son, por tanto, las finalidades perseguidas con el reconocimiento de un permiso por paternidad en la LOI, entre las que cabría mencionar:

- Intensificar el catalogo de medidas de conciliación
- Compensar las trabas, siquiera en el plano legal, a la participación del padre en el cuidado de los hijos, derivadas de la configuración del permiso por maternidad biológica.
- Aumentar el protagonismo del padre en el cuidado de los hijos desde su llegada a la familia
- Ampliar el abanico de posibilidades de reparto entre ambos progenitores de los derechos reconocidos para el cuidado de los hijos recién nacidos, adoptados o acogidos.
- Flexibilizar el disfrute de los derechos acomodándolo a las necesidades y características de cada familia.
- Repartir el riesgo profesional de la asunción de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres.
- Abrir una nueva vía para dar cabida a las nuevas realidades familiares en el disfrute de los derechos de conciliación de vida laboral y familiar

### 3. SITUACIONES PROTEGIDAS EN EL PERMISO POR PATERNIDAD

A partir de enero de 2017 los trabajadores que se conviertan en padres podrán disfrutar

de 4 semanas de permiso por paternidad. Hasta entonces, los padres han venido disfrutando de 15 días de descanso (13 días más 2 por el Estatuto de los Trabajadores). Desde el 1-01-17 el permiso se amplió a 28 días.

Esta medida se produce con motivo de la modificación del artículo 48 bis del Real Decreto Legislativo 1/1995, sobre la suspensión del contrato de trabajo por paternidad (art.48.7 ET), que indica que en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo.

La prestación por paternidad es independiente de la de la madre y compatible con el disfrute compartido de la de maternidad, siempre que sea cedido por la madre.

La cuantía del subsidio es del 100% de la base reguladora de la prestación de Incapacidad Temporal, derivada de contingencias comunes, al igual que la prestación por maternidad.

El disfrute de la suspensión del contrato por esta causa, puede realizarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial de un mínimo del 50%.

Para «los trabajadores por cuenta propia de los regímenes especiales, el periodo de descanso podrá iniciarse a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, y hasta que finalice la suspensión del contrato por maternidad; o bien, inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión por maternidad».

Por lo que respecta a «los trabajadores incluidos en el Estatuto Básico del Empleado Público, el periodo de descanso se ejercerá a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se cons-

tituye la adopción, salvo que la legislación aplicable prevea el momento del disfrute del permiso en otros términos».

#### 4. PREVISIÓN EXPRESA DE MANTENIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE QUIENES DISFRUTAN DEL PERMISO POR PATERNIDAD

La consecución de la igualdad de trato entre hombres y mujeres<sup>2</sup> precisa del mantenimiento de las condiciones de trabajo, incluida la retribución, de los trabajadores y trabajadoras que ejercitan sus responsabilidades familiares; o, dicho de otro modo, la igualdad de oportunidades se

<sup>2</sup> Esta vertiente de la tutela de la igualdad, encuentra dificultades en nuestro Derecho interno debido, en primer lugar, a la falta de acompañamiento general existente entre el Derecho comunitario y el Derecho de los Estados Miembros, a la que hay que añadir la fragmentación en el Derecho Comunitario de esta materia en un buen número de disposiciones, de contenidos diversos y no siempre homogéneos. Precisamente, con la intención de evitar esta fragmentación, se ha elaborado la Directiva 2006/54, de 5 de julio.

La Directiva 76/207/CEE; presentaba numerosas deficiencias por razón del tiempo en que se aprobó, su contenido había quedado desfasado, constituyendo un marco de proclamaciones aún muy genéricas; finalmente esta norma fue modificada por la Directiva 2002/73/CE, de 3 de junio. La necesidad de actualización y la falta de concreción de la Directiva 76/207 generó una nutrida y sólida Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, decisiva en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres y que, sólo en parte, sería incorporada por la Directiva 2002/73/CE. Tan importante cuerpo de doctrina ha satisfecho el doble objetivo de perfilar y dotar de toda su significación a la prohibición de discriminación y garantizar la eficacia de las normas comunitarias sobre la materia, constituyendo ésta una de las cuestiones sobre las que el Tribunal ha tenido que pronunciarse más frecuentemente. Dicha doctrina se resume en la siguiente formulación: el ejercicio de los derechos reconocidos a las mujeres con ocasión del embarazo y la maternidad en las Directivas comunitarias sobre igualdad no puede dar lugar a un trato desfavorable en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo; en caso contrario, se estaría garantizando una igualdad meramente formal y no real, ya que los trabajadores femeninos tienen más probabilidades que los trabajadores masculinos de encontrarse en tales situaciones [al respecto, *vid.* asunto *Gillespie y otros* (TJCE 1996, 20); *Thibault* (TJCE 1998,70), *Alabaster* (TJCE 2004/80), y también Sentencia de 27 de octubre de 1998 (TJCE 1998, 255), *Boyle y otros* (C-411796, Rec. Pg. I-640; Sentencia de 18 de noviembre de 2004 (TJCE 2004/345)].

sustenta en la prohibición de discriminación por el ejercicio de dichas responsabilidades. El reconocimiento de un derecho como el permiso por paternidad, de carácter voluntario, que abre a los trabajadores nuevas posibilidades para compatibilizar el trabajo y la vida familiar, de nada serviría, si no llevara aparejados mecanismos de garantía que eviten los perjuicios derivados de su disfrute.

Esta doctrina del TJCE sobre mantenimiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores con responsabilidades familiares ha sido traída hasta nosotros a través de un número cada vez mayor de pronunciamientos jurisprudenciales recaídos sobre la materia, en los últimos años. En reiteradas ocasiones, nuestros Tribunales, con el Supremo a la cabeza<sup>3</sup>, han puesto de manifiesto la insuficiencia de la normativa para evitar que las responsabilidades familiares perjudiquen a quienes las asumen. La superación de dichas dificultades, a juicio de nuestros Tribunales y en aras de la seguridad jurídica, corresponde al legislador<sup>4</sup>.

Las exigencias de igualdad en las condiciones de trabajo de los trabajadores con responsabilidades familiares, ampliamente reconocidas en el Derecho comunitario y plasmadas en la doctrina del TJCE, en relación con el

<sup>3</sup> Sentencia de 14 de marzo de 2005 (JUR 2005/102679), en la que recoge la doctrina unificada en un supuesto que había generado cierta litigiosidad en el que las trabajadoras que reducían su jornada por razón de la guarda legal de un menor e inmediatamente veían extinguido su contrato de trabajo cobraban una prestación inferior a la que les hubieran correspondido de no reducir su jornada por motivos familiares, el TS concedía la prestación en base a la normativa aplicable contenida en la LGSS que no pueden modificar los Tribunales.

<sup>4</sup> Así pues, por todas, respecto a la excedencia por cuidado de hijos, la STS de 28 junio 2002 (RJ 2002/9080) en la que se reconoce a un trabajador que ha disfrutado de una excedencia por cuidado de hijo a computar la duración de ese tiempo de excedencia para la generación de un premio de antigüedad y también, la STSJ de Cataluña, de 31 enero 2003 (AS 2003/453) en el que se toma en consideración el tiempo que la trabajadora disfrutó de una excedencia por cuidado de hijo para el cómputo de la indemnización por despido. También respecto al mantenimiento y, especialmente, la STS de 14 3 2005 (JUR 2005/102679).

permiso por maternidad<sup>5</sup>, resultan extensibles al permiso por paternidad como queda reflejado en las dos directivas comunitarias que lo regulan. La Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo señala en su art. 2.7 que los Estados miembros que reconozcan el derecho al permiso por paternidad garantizarán que al término de dicho permiso los trabajadores tengan derecho a beneficiarse de cualquier mejora a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia. Otorgan así a quienes disfrutan de un permiso por paternidad una protección similar a la prevista para las trabajadoras para el permiso por maternidad. La Directiva 2006/54 regula el permiso por paternidad en términos prácticamente idénticos a los establecidos en la Directiva 2002/73, que inciden en configurar del modo descrito el alcance de esta figura. Dichas exigencias encontraron una cierta respuesta del legislador por lo que se refiere al permiso por paternidad en las previsiones contenidas al respecto en la Ley de Igualdad; como veremos a continuación.

<sup>5</sup> El TJCE, tomando como punto de partida la regulación de carácter mínimo al respecto, de las primeras Directivas (76/207/CEE y 92/85/CE) ha ido perfilando una muy consolidada Jurisprudencia que consagra el criterio de que el disfrute del permiso por maternidad no puede suponer un trato desfavorable para la trabajadora en lo relativo a sus condiciones de trabajo, en el sentido de acarrear la pérdida de derechos como una gratificación económica (Asunto Lewen C-333/97, Rec. pág. I-7243); una calificación profesional para un ascenso; o los derechos generados durante el transcurso del año para la obtención de una pensión. Si las disposiciones referentes al permiso por maternidad no van acompañadas del mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo carecerían de efecto útil (Asunto Boyle C-411/96, Rec. Pág. I-6401.). Conforme a la comentada doctrina del TJCE, la trabajadora vinculada al empresario durante su permiso por maternidad no puede ser privada de su promoción profesional ya que el derecho de todo empleado a ser calificado para su posible promoción profesional forma parte de sus condiciones de trabajo. No computar el tiempo de disfrute del permiso como tiempo de servicios prestados, constituye un trato desfavorable basado en el ejercicio de un derecho derivado de la maternidad STJCE de 30 de abril de 1998 (TJCE 1998/70). Por similares razones, el Tribunal europeo se ha pronunciado a favor también del derecho de la trabajadora, que continúa vinculada por la relación laboral a su empresario durante el permiso por maternidad a acceder a un grado retributivo superior a la vez que un compañero varón que ha empezado a trabajar el mismo día, y no doce semanas después, por haber disfrutado del permiso por maternidad durante éstas.

Así pues, con carácter genérico, el art. 44 LOI constituirá el telón de fondo para preservar la igualdad en las condiciones de trabajo de los trabajadores que ejercitan sus responsabilidades familiares señalando que «...los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio».

## 5. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y PERMISO POR PATERNIDAD

De nada serviría, por tanto, el reconocimiento de un derecho de carácter voluntario al disfrute del permiso por paternidad si su reconocimiento no llevase aparejada la extensión a este nuevo supuesto de ejercicio de las responsabilidades familiares de la garantía de nulidad descrita para el despido disciplinario y la extinción por causas objetivas. Qué duda cabe que el momento de la reincorporación tras su disfrute es también conflictivo para la estabilidad en el empleo de los trabajadores como en el caso del permiso por maternidad. Y por ello, la Ley de Igualdad ha incluido entre las situaciones protegidas con la garantía de la presunción de nulidad la suspensión del contrato de trabajo por paternidad y el momento posterior a su disfrute siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo: A salvo de que se declare la procedencia de la decisión extintiva o del despido por motivos distintos. Estos nuevos supuestos quedarán comprendidos en los arts. 53.4 y 55.5 TRET; con ello, la LOI llevó a cabo, en este concreto aspecto, la transposición de la Directiva 2006/54, de 5 julio.

## 6. PRESTACIÓN POR PATERNIDAD

### 6.1. Situación protegida

En relación al permiso por paternidad y de acuerdo al artículo 183 LGSS, se considera situaciones protegidas la suspensión del con-

trato de trabajo por nacimiento de hijo biológico, adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento, 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, percibiendo el subsidio por paternidad durante el período de suspensión, que por tales situaciones, se disfrute de acuerdo a lo previsto en el artículo 48.7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o durante el período de permiso que se disfrute, en los mismos supuestos, de acuerdo con lo dispuesto en el precepto 49.c) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Del mismo modo, se considera situación protegida, para el supuesto de adopción y acogimiento, la constitución de tutela sobre un menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor.

No obstante, tendrá la misma consideración jurídica que la adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cualquiera que sea su denominación, no siendo equiparable a otras modalidades distintas a las mencionadas anteriormente, establecido en el artículo 22.1 y 22.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

Además, se reconoce a los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social, durante veintiocho días de cese de la actividad, y, asimismo, ofrece la posibilidad de disfrute del descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, en los términos regulados en la Disposición Adicional Primera, apartado 8 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. Hay que mencionar diversas consideraciones con respecto al término «nacimiento de hijo», establecido en el artículo 48.7 del Estatuto de

los Trabajadores y 183 de la Ley General de la Seguridad Social. En comparación al hecho causante de la prestación por maternidad empleando el término «maternidad y supuesto de parto» regulado en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y 45.1d) E.T. Haciendo hincapié en el acceso a la prestación por maternidad en varios supuestos: en el nacimiento de hijo vivo para desarrollar el vínculo materno-filial, en los casos de muerte del hijo (tanto intrauterina, como acaecida durante el parto o postnatal) y, en los supuestos de gestación interrumpida, con el requisito de tener al menos 180 días, independientemente que la criatura en el feto nazca viva o muerta. Mientras que en el caso de paternidad se emplea el término «nacimiento de hijo», el cual sólo podría entenderse cuando procede en caso de nacimiento de hijo vivo. En referencia a esta última frase, la normativa establece que no podrá reconocer el subsidio por paternidad si el hijo o menor acogido fallece antes del inicio de la suspensión o permiso. Sin embargo, una vez reconocido el subsidio, el padre podrá disfrutar del periodo de suspensión contractual pues no se extinguirá, aunque fallezca el hijo o menor acogido. El permiso de paternidad se crea con la finalidad de contribuir en torno a la corresponsabilidad familiar y la conciliación de la vida personal, laboral y profesional de trabajadores/as. Por último, cabe mencionar que la prestación económica de la Seguridad Social viene unida al período de suspensión contractual regulado en el artículo 48.7 ET, en el mismo régimen jurídico que el permiso por maternidad regulado en el artículo 48.4 ET. Sin embargo, existe una diferencia en la duración notablemente inferior en el permiso por paternidad (28 días ininterrumpidos), en comparación al permiso de maternidad (16 semanas), donde todavía queda un amplio recorrido normativo hasta alcanzar la auténtica corresponsabilidad familiar.

## 6.2. Titularidad del derecho

Se distingue entre los supuestos de parto, en cuyo caso el permiso le corresponde en

exclusiva al otro progenitor, y los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, en cuyo caso el permiso le corresponde a uno de los progenitores, a elección de los interesados. No obstante, cuando la licencia de maternidad sea disfrutada en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente puede ser ejercido por el otro.

1) En cuanto al parto, la norma es demasiado lapidaria al referirse al otro progenitor, lo que nos conduce literalmente al otro progenitor biológico, y ello puede dificultar alcanzar solución adecuada en algunos supuestos dudosos, como los que se examinan a continuación:

a. Un supuesto problemático es el de fallecimiento del padre. Hay que tener en cuenta que, si fallece la madre, el padre tiene derecho a la licencia de maternidad, y no por ese fallecimiento se le priva de su derecho al permiso de paternidad. Sin embargo, si fallece el padre, la madre se queda con su licencia de maternidad, sin preverse la transferencia del permiso de paternidad. Y esto redundaría en perjuicio del hijo/a que, en unas circunstancias tan difíciles como el fallecimiento de un progenitor, se encuentra, en cómputo total, con menos período temporal destinado a su cuidado que si no hubiera fallecido. Sin embargo, el RD295/2009 art. 26.8, acoge una solución injustamente restrictiva para un supuesto tan dramático, al contemplar el fallecimiento del beneficiario como causa de extinción del subsidio por paternidad y no contemplar, sin embargo, la posibilidad de transferencia a la madre de lo no disfrutado.

b. Otro supuesto donde una interpretación racional y humana de la norma debería posibilitar el disfrute materno del permiso de paternidad es el de monoparentalidad materna porque la filiación paterna no está determinada legalmente –p.e. en caso de la madre soltera–, o porque, estándolo, no media matrimonio ni unión de hecho con el padre –lo cual le impide a éste asumir sus deberes de cuidado–, o porque, habiendo mediado matri-

monio o unión de hecho, se produjo una crisis matrimonial –nulidad, separación o divorcio–, o de la unión de hecho, que determinó la atribución de la custodia del hijo/a a la madre. Sin embargo, se ha establecido que, en los casos de un solo progenitor que perciba el subsidio por maternidad, no puede acumular el subsidio por paternidad (RD295/2009 art.23.2).

c. A la vista de la solución dada en el RD295/2009 a los supuestos anteriores, no parece posible que, si la madre se casa o se empareja con otra persona, el marido o pareja de la mujer acceda al subsidio por paternidad, salvo:

1) que, no existiendo otra filiación contradictoria (CC art.113), la filiación matrimonial o no matrimonial del hijo/a de la mujer se determine en relación con su marido o pareja (CC art.116 a 126); o

2) que el marido o pareja de la mujer adopte al hijo/a, aunque esto presenta algunas limitaciones –en el caso de parejas no casadas sólo es posible si el otro progenitor no está determinado (CC art.178.2.2º)–, y los inconvenientes de obligar a un trámite burocrático, y, en su caso, del posible conflicto con el padre biológico.

d. Problemática específica plantean los matrimonios de mujeres en los cuales una sea la madre biológica. En el supuesto de existencia de un padre biológico –esté o no legalmente determinada la filiación paterna–, la única posibilidad de disfrute sería que la mujer cónyuge, o pareja de hecho, de la madre biológica adopte al recién nacido, y, a través de la adopción, genere el derecho al permiso de paternidad –con las limitaciones e inconvenientes aludidos en el supuesto anterior–. Así, se ha admitido el derecho al permiso de paternidad de una lesbiana a través de la adopción del hijo de su esposa, aunque no hubiese acreditado –como le exigía el INSS– que disfrutó del descanso después del nacimiento, porque no se le podía exigir que lo disfrutase en precario sin conocer si tendría cobertura social (JSMa-

drid núm 3028-7-08, AS 2491Proc 507/08EDJ 199644).

Tratándose de una maternidad a través de inseminación artificial, el disfrute del permiso de paternidad de la cónyuge de la madre se deriva de la L14/2006 art.7.3 redacc L 19/2015, sobre técnicas de reproducción humana asistida, donde se establece que cuando la estuviese casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

2) En cuanto a la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento también se plantean algunos problemas interpretativos en los supuestos de monoparentalidad. De nuevo lo más razonable –a los efectos de mayor disponibilidad de tiempo para el cuidado del menor adoptado o acogido– sería que se le atribuyese acumulativamente el permiso de paternidad a quien disfrutase la licencia de maternidad. Sin embargo, se ha establecido que, en los casos de un solo adoptante o acogedor que perciba el subsidio por maternidad, no puede acumular el subsidio por paternidad (RD295/2009 art.23.2), con lo que de nuevo se opta por una irrazonable solución restrictiva.

También la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento puede plantear el problema de disfrute múltiple sucesivo del permiso de paternidad por distintas personas, por ejemplo, lo disfrutó el padre biológico, pero medió un divorcio, y luego pretende el disfrute un nuevo cónyuge, que adoptó al hijo/a. Si la finalidad del permiso de paternidad es fomentar la integración de la unidad familiar para facilitar la corresponsabilidad, no debería existir impedimento alguno para, en cuanto se integre un nuevo miembro en la familia, se genere un nuevo permiso (salvo, naturalmente, situaciones de abuso de derecho). Aunque lo más beneficioso para el padre, en estos supuestos, sería disfrutar el descanso de maternidad por adopción, por guarda con fines de adopción o por acogimiento.

### 6.3. Sujetos beneficiarios

A efectos de la normativa de la Seguridad Social, serán beneficiarios los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el régimen de la seguridad social, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 165.1 LGSS. De conformidad con el artículo anterior, deberán estar afiliados y en alta en el régimen de la seguridad social o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento.

También, deben de cumplir con un periodo mínimo de cotización para acceder al subsidio por paternidad regulado en el artículo 184 LGSS. Del mismo, serán beneficiarios del subsidio por paternidad, tanto los trabajadores por cuenta ajena y cuenta propia, incluidos en los distintos Regímenes Especiales del Sistema de la Seguridad Social, cualquier que sea su sexo, con la misma extensión y en los mismo términos y condiciones que para los trabajadores del Régimen General, es decir, tendrán derecho a una prestación económica siempre y cuando reúnan los requisitos de estar afiliados y en alta o situación asimilada en algún régimen del sistema de la seguridad social y acrediten un periodo mínimo de cotización establecido reglamentariamente. Respecto a los trabajadores por cuenta propia, podrán disfrutar de los periodos de suspensión contractual con derecho a percibir el subsidio, tanto respecto de su duración como distribución, con los periodos de descanso laboral establecido para los trabajadores por cuenta ajena, con derecho a disfrutar el subsidio de paternidad desde el nacimiento del hijo o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción, o desde la decisión administrativa o judicial de acogimiento. Del mismo modo, podrán percibir el subsidio por paternidad y maternidad en régimen de jornada parcial, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente. Para reconocer y abonar la prestación por paternidad la LGSS, mantiene la obligación para los trabajadores por cuenta propia incluidos en los

distintos Regímenes Especiales como para los trabajadores pertenecientes al Régimen especial de Empleados del Hogar que sean responsables de la obligación de cotizar, dicho de otro modo, hallarse al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social.

Sin embargo, en estos casos será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos. En relación a este mecanismo y de acuerdo a su regulación en el artículo 28.2, permite al beneficiario que no estuviera al corriente en el pago de las cuotas, pero si cubierto el periodo mínimo de cotización, que la entidad gestora correspondiente avisará al trabajador para efectuar el ingreso en el plazo improrrogable de treinta días naturales. Una vez que el beneficiario, haya ingresado las cuotas adeudas en el plazo, se le considerará al corriente en las mismas a efectos de la prestación. Por otro lado, si el ingreso se realizará fuera de plazo, se concederá la prestación por paternidad con el requisito de aplicar una reducción del veinte por ciento.

En el supuesto de parto, el subsidio corresponderá en exclusiva al otro progenitor, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos en la normativa de Seguridad Social. Del mismo modo, en el supuesto de adopción o acogimiento, el subsidio por paternidad corresponderá solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados. No obstante, cuando el período de suspensión por maternidad sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores y, en consecuencia, perciba íntegramente la prestación, el subsidio por paternidad se reconocerá en favor al otro progenitor, siempre que reúna los requisitos exigidos. En los casos en que solamente exista un progenitor, adoptante o acogedor, si este percibe el subsidio por maternidad, no podrá acumular el subsidio por paternidad. En caso de disfrute compartido de los periodos de descanso o permisos por maternidad, la condición de beneficiario del subsidio por paternidad es

compatible con la percepción del subsidio por maternidad, siempre que el beneficiario cumpla todos los requisitos exigidos. En relación a esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 24 de marzo de 2014 (STSJ 2198/2014)56 y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 26 de febrero de 2015 (STSJ 1498/2015).

En el caso de parto, si la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a las prestaciones por maternidad, de acuerdo con las normas que regulen su actividad, el otro progenitor podrá percibir el subsidio de paternidad, compatible con el de maternidad, si reúne los requisitos exigidos para acceder a ambos subsidios y disfruta de los correspondientes periodos de descanso. En relación a este supuesto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 14 de julio de 2011 (STSJ 1323/2011), donde reconoce el derecho al «otro progenitor «padre al disfrute en primer lugar del permiso de paternidad, siendo compatible seguidamente con el disfrute del permiso por maternidad desde la finalización del permiso paterno. Cuando la madre no tuviera derecho a suspender sus actividades profesionales con derecho a prestaciones de acuerdo con la normativa de la mutualidad de abogacía, el artículo 48.4 ET establece que «el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el tiempo que le hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el disfrute del ejercicio del derecho por paternidad, regulado en el artículo 48.7 ET.»

Cuando la madre resida en un país extranjero y el nacimiento del hijo se haya producido fuera de España, el otro progenitor podrá percibir el subsidio por paternidad, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del periodo de descanso. Finalmente, a diferencia de la prestación por maternidad que tiene un ámbito de protección más amplio, la prestación por paternidad es netamente contributiva. La diferencia concluye, en que la prestación por maternidad también tiene un subsidio no contributivo, ampliando de tal manera los po-



sibles beneficiarios e incluso reconociéndoles dicha prestación económica aun careciendo del periodo mínimo de cotización establecido en el artículo 178 LGSS. Sin embargo, cuando el solicitante del subsidio por paternidad cumpliera los requisitos establecidos reglamentariamente en el artículo 165 LGSS, pero no tuviera cubierto el cumplimiento mínimo de cotización que se le exige, el trabajador podrá suspender su contrato laboral por nacimiento, adopción o acogimiento con derecho de reserva de puesto de trabajo, pero sin acceder a la prestación económica.

#### 6.4. Cuantía

La prestación económica por paternidad (al igual que la de maternidad) consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora establecida para las prestaciones de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso.

Hay normas especiales para los trabajadores a tiempo parcial y para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, que son idénticas a las establecidas, para esos mismos colectivos, en orden a las prestaciones económicas por maternidad.

No obstante las normas anteriores (la general y las dos especiales), el subsidio puede reconocerse mediante resolución provisional en los mismos términos que el subsidio por maternidad.

Es necesario tener en cuenta las siguientes matizaciones:

1) Cuando se trate de trabajadores contratados para la formación, la base reguladora es equivalente al 75% de la base mínima de cotización vigente, como ocurre con la maternidad.

2) Excepcionalmente, la base reguladora del subsidio se modifica en los mismos casos que el de maternidad.

A la pregunta de si son extensibles al subsidio de paternidad las mejoras del subsidio de maternidad pactadas en convenio colectivo, las cuales, habida cuenta que tanto el subsidio de maternidad como el de paternidad alcanzan el 100% de la base reguladora correspondiente, se aplican cuando no se cumpla la exigencia de carencia, la respuesta afirmativa resulta bastante difícil de argumentar. Es verdad que la regulación, tanto en el ámbito laboral como en la protección social, de la paternidad se equipara a la regulación de la maternidad. Pero aquí estamos ante mejoras voluntarias regidas por la voluntad de quienes las pactaron, y en esa voluntad no aparece incluida la paternidad, sino solo la maternidad. A los negociadores colectivos les corresponde el incluir a la paternidad.

#### 6.5. Nacimiento, anulación, denegación y suspensión y extinción, de la prestación económica

Se tiene derecho al subsidio por paternidad desde el mismo día en que dé comienzo el periodo de suspensión o permiso correspondiente, de acuerdo con las normas en cada caso aplicables. Y se extingue por el transcurso del plazo de duración, por reincorporación voluntaria al trabajo o actividad, por causar el beneficiario pensión de jubilación o de incapacidad permanente, o por fallecimiento del beneficiario. No se establece la posibilidad de traslado al otro progenitor de la parte no disfrutada del permiso.

El derecho al subsidio por paternidad puede ser denegado, anulado o suspendido por las mismas causas establecidas para la maternidad.

La percepción del subsidio por paternidad (como el de maternidad) es incompatible con el abono de salarios o retribuciones correspondientes al mismo periodo, como consecuencia del disfrute del permiso por parto o del permiso por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, previstos en el Estatuto Básico

del Empleado Público art.49.a) y b), con excepción de las percepciones concedidas en concepto de acción social o las complementarias de la mencionada prestación de Seguridad Social, y sin perjuicio de lo establecido para los supuestos de disfrute del descanso a tiempo parcial y en los casos de pluriempleo y pluriactividad (RD295/2009 art.23.9).

1) Se entiende que los menores de edad, adoptados o acogidos, que sean mayores de 6 años presentan alguna discapacidad cuando ésta se valore en un grado igual o superior al 33%.

2) En el supuesto de trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos regímenes especiales, se consideran situaciones protegidas las referidas anteriormente durante 4 semanas de cese de actividad o, en su caso, durante el periodo que corresponda en caso de ampliación de la duración (en los mismos términos que los trabajadores por cuenta ajena.), y la posibilidad de disfrute del descanso en régimen de jornada a tiempo parcial (RD295/2009disp.adic.1ª).

3) Resulta irrelevante que, en caso de parto, éste se haya producido fuera de España, siempre que el progenitor reúna los requisitos exigidos y disfrute del periodo de descanso (RD295/2009 art.23.8).

El derecho al subsidio por paternidad se extinguirá por las causas reguladas en el artículo 26.8, del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. Las causas extintivas son:

1. Por el transcurso del plazo de duración del periodo suspensivo correspondiente al de paternidad.

2. Por incorporación voluntaria al trabajo o actividad.

3. Por causar el beneficiario derecho a pensión de jubilación o incapacidad permanente.

4. Por fallecimiento del hijo o menor acogido. No obstante, la prestación económica por paternidad, de conformidad al artículo 180 LGSS, y en los mismos términos que la presta-

ción por maternidad puede ser denegada, anulada o suspendida cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes periodos de descanso. En relación a esto, cito el apoyo en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 2 Julio de 2012, (STSJ 1328/2012).

Cuando el trabajador se encuentre en situación de paternidad y durante las mismas se extinga su contrato por alguna de las causas previstas en el artículo 267.1, seguirá percibiendo la prestación por paternidad hasta que se extinga el periodo correspondiente a dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. En este caso no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo del nivel contributivo el tiempo que hubiera permanecido en situación de paternidad. Sin embargo, cuando el trabajador este percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de paternidad, se le suspenderá la prestación por desempleo y la cotización a la seguridad social y pasará a percibir la prestación por paternidad gestionada directamente por su entidad gestora (INSS). Una vez extinguida la prestación por paternidad, se reanudará la prestación por desempleo, por la duración que restaba por percibir y la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión. El período de paternidad que se inicia durante la percepción de la prestación por desempleo, considerado como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

## 6.6. Gestión de la prestación

La gestión de prestación económica por paternidad, al igual que la maternidad, corresponde directa y exclusivamente a la entidad gestora correspondiente, de conformidad a la

disposición adicional octava de LGSS. Dicha entidad gestora, es el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y el pago del subsidio será realizando directamente por ella, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, de conformidad al artículo 29 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación por paternidad se iniciará a instancia del trabajador, mediante solicitud dirigida a la dirección provincial de la entidad gestora correspondiente, según el régimen de encuadramiento, de la provincia en que tenga el trabajador el domicilio. Por último, el director provincial de la entidad gestora correspondiente (INSS), una vez que ha comprobado la documentación presentada y las solicitudes acreditadas, dictará resolución expresa y notificará en el plazo de treinta días, contados desde la recepción de la solicitud del trabajador, el reconocimiento o denegación del derecho a la prestación económica por paternidad. Concluyendo, y de acuerdo con la disposición transitoria séptima de la LOIEHM, que se encarga de establecer el régimen transitorio de los derechos en materia de paternidad, será aplicación en los supuestos de nacimiento, adopción o acogimiento que se produzca o constituya a partir de su entrada en vigor.

### 6.7. Situaciones asimiladas al alta

Para el subsidio de paternidad se establecen, exactamente las mismas situaciones asimiladas al alta que se establece, para el subsidio de maternidad (RD295/2009 art.4). Siguiendo esa lógica de equiparación, en relación con las situaciones que, aunque no aparezcan incluidas en ese RD 295/2009 art.4, han sido consideradas jurisprudencialmente asimiladas al alta para el subsidio de maternidad, debemos entender que también lo serán para el subsidio de paternidad.

En cuanto a las situaciones asimiladas al alta en excedencias por cuidado de familiares, también se excluye (RD295/2009 disp.adic.4ª),

de su aplicación a la paternidad (en los mismos términos que la maternidad).

### 6.8. Carencia

La exigencia de una determinada carencia que coincide con la establecida, para la licencia de maternidad, en el supuesto de ser el trabajador mayor de 26 años en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

1) La LGSS art.184 contiene una peligrosa deslegalización, al referirse, además de al alta y a la carencia, a las demás condiciones que reglamentariamente se determinen, aunque el RD295/2009 no ha hecho uso de ella.

2) Si el alta y la carencia se verifican a la fecha de inicio de la suspensión, y ésta depende dentro de ciertos parámetros (ET art.48.7) de la decisión del titular del derecho, éste siempre va a poder manejar los tiempos como mejor le beneficien para el acceso al subsidio, solicitándolo en aquel momento del arco temporal en que se encuentre en alta o situación asimilada y con carencia.

3) En los casos en que solamente exista un progenitor, adoptante o acogedor, si éste percibe el subsidio por maternidad, no puede acumular el subsidio por paternidad. Y en caso de disfrute compartido de los periodos de descanso o permisos por maternidad, la condición de beneficiario del subsidio por paternidad es compatible con la percepción del subsidio por maternidad, siempre que el beneficiario cumpla los requisitos exigidos.

4) En situaciones de pluriactividad, puede percibirse el subsidio en cada uno de los regímenes en el que se reúnan los requisitos exigidos. Si sólo los acreditan en uno, se ha de reconocer un único subsidio computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas en dicho régimen. Si, en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos para acce-

der al derecho, se totalizan las cotizaciones efectuadas en todos aquellos siempre que no se superpongan, y se causa el subsidio en el régimen en el que se acrediten más días de cotización. En situaciones de pluriempleo, el trabajador puede causar el subsidio en cada empleo, si disfruta el correspondiente periodo de descanso y, a efectos de base reguladora, se han de tener en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización. En ambos casos (pluriactividad y pluriempleo), el disfrute de los descansos y prestaciones por paternidad en cada uno de los empleos o actividades se efectúa de forma independiente e ininterrumpida, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso.

5) Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a la prestación económica por paternidad con las particularidades establecidas, para los supuestos de maternidad. Tales particularidades no son de aplicación a los trabajadores contratados a jornada completa que, no obstante, disfruten los periodos de descanso por paternidad en régimen de jornada a tiempo parcial.

Dentro de las normas específicas del RD295/2009, hay una regla de elasticidad para verificar la carencia según la que el lapso de tiempo inmediatamente anterior al inicio del descanso, en el que debe de estar comprendido el periodo mínimo de cotización exigido, se incrementa en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada por el trabajador y la jornada habitual en la actividad correspondiente y exclusivamente en relación con los periodos en que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada inferior a la habitual.

6) En el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de las cotizaciones (LGSS art.47), es requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que los interesados se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, aunque el subsidio sea reconocido, como con-

secuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena. A tal fin, es de aplicación el mecanismo de la invitación al pago (D2530/1970), cualquiera que sea el +régimen del Sistema de la Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado en el momento de acceder al subsidio o en el que éste se cause.

### 6.9. Paternidad, incapacidad temporal y extinción del contrato

La concurrencia de situaciones de incapacidad temporal y de descanso por paternidad no influyen en la duración del descanso por paternidad, ni si la enfermedad se inició antes del parto, ni si se inició durante dicho descanso, dando lugar a una regulación basada en el mismo principio de irrelevancia que el inspirador de la regulación cuando se trata de prestaciones por maternidad, aunque la regulación no es exactamente igual por la necesidad de adaptación a las especialidades del descanso por paternidad, distinguiendo:

a) Procesos de incapacidad temporal iniciados antes del descanso: se mantienen en sus propios términos hasta el momento de inicio del descanso por paternidad, y, si transcurrido éste, la anterior situación de incapacidad temporal persistiera, se reanuda. Si el interesado se encontrara en la prórroga de efectos de la situación de incapacidad temporal (LGSS art.174) puede, asimismo, causar la prestación por paternidad, si reúne los requisitos exigidos para ello, interrumpiéndose el cómputo de la indicada situación por prórroga de efectos, que se reanudará, si procede, una vez extinguido el subsidio por paternidad. En todo caso (esto es, tanto si la incapacidad temporal anterior al parto estuviese en periodo ordinario como si estuviese en prórroga de efectos), no se paraliza el procedimiento que, en su caso, se hubiera iniciado, a efectos de declarar la existencia de una incapacidad permanente. Y el reconocimiento del derecho a una pensión derivada de dicha incapacidad permanente (lo cual excluye la declaración de incapacidad

permanente en el grado de parcial) extingue el subsidio por paternidad, sin perjuicio de que, para fijar los efectos económicos de la pensión se apliquen las normas establecidas en relación con el subsidio por incapacidad temporal.

Si en estos casos de trabajador que ve interrumpida una situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales, por pasar a descanso por paternidad, se extinguiere el contrato de trabajo, se aplican las siguientes reglas:

**1.** Si la extinción del contrato se produce antes de iniciarse el descanso por paternidad, causa derecho a la prestación económica derivada de esta última contingencia, interrumpiéndose la incapacidad temporal y el abono del subsidio correspondiente que se sustituye desde el día de inicio de la situación de paternidad por el subsidio asignado legalmente a esta última. También se causa derecho a la prestación económica por paternidad cuando entre la extinción de la IT por alta médica y el inicio de la situación por paternidad no haya solución de continuidad, bien por producirse el alta médica por IT y el inicio del descanso por paternidad el mismo día, bien por tener lugar éste al día siguiente de aquélla.

**2.** Si la extinción se produce una vez iniciado el descanso por paternidad, se mantiene el percibo de la prestación hasta el término de tal situación. De igual modo, si la extinción del contrato de trabajo se produce durante el disfrute de periodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, a partir de este momento se percibe en su totalidad el permiso de paternidad. Una vez extinguido este subsidio, si persistiera la anterior situación de IT, se reanuda el cómputo interrumpido y el abono del subsidio correspondiente, con aplicación de lo previsto en la LGSS art.28, es decir, va a seguir percibiendo la prestación por IT en cuantía igual a la prestación por desempleo, pasando entonces a la situación de desempleo y al percibo –si reúne los requisitos para ello– de la correspondiente prestación, aunque descontando del periodo de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el

tiempo que hubiera permanecido en la situación de IT a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo (pero sin descontar el tiempo que hubiera permanecido en situación de descanso por paternidad).

**b)** Las enfermedades manifestadas durante el descanso por paternidad no suponen la apertura de un proceso de IT hasta el agotamiento del descanso por paternidad. Agotado el periodo de descanso por paternidad, si el beneficiario se encontrase incapacitado para el trabajo, se le considera en situación de IT, iniciándose a partir de este momento, si cumple los requisitos exigidos y sin solución de continuidad (esto es, sin el plazo de espera de 3 días), el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación, con absoluta independencia de los periodos de descanso por paternidad. Si se hubiera extinguido el contrato de trabajo durante el disfrute del descanso por paternidad, el interesado sigue percibiendo la prestación por paternidad hasta su extinción, pasando entonces (LGSS art.284) a la situación legal de desempleo y, en su caso, la prestación por IT (LGSS art.284).

## 6.10. Pago de la prestación

Sin fórmulas de colaboración por parte de las empresas, la gestión es directa por la entidad gestora, que es el INSS, salvo para los trabajadores del mar, que es el ISM, quien efectúa el pago del subsidio en un único pago, aun cuando no haya finalizado el disfrute del periodo de descanso o permiso correspondiente.

## 6.11. Solicitud de la prestación

El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación por paternidad se inicia a instancia del interesado, mediante solicitud dirigida a la Dirección Provincial competente de la entidad gestora correspondiente, según el régimen de encuadramiento, de la Provincia en la que aquél tenga su domicilio,

en los modelos normalizados establecidos por la Administración de la Seguridad Social, solicitud que ha de contener:

- motivo de la solicitud;
- fecha de inicio de la suspensión o permiso;
- datos relativos a la empresa o empresas, si se tratase de trabajadores por cuenta ajena.

No existe plazo especial fijado para la solicitud del subsidio de paternidad, lo que nos remite al plazo general de prescripción de cinco años establecido en la LGSS art. 53, sin que pueda ser de aplicación la limitación de retroacción de efectos a 3 meses establecida para las prestaciones de tracto sucesivo, al ser la de paternidad una prestación abonada en un pago único (TSJ Valladolid 2-7-12, EDJ 170866 EDJ 2012/170866 Rec 1100/12). En sentido contrario, se ha aplicado la retroacción de 3 meses desde la solicitud al no existir razón para excluirla (TSJ Valencia 17-5-16, EDJ 173428), lo que conlleva la pérdida de la prestación si se solicita más allá de 3 meses desde que se pudo reclamar.

## 6.12. Documentación

Junto con la solicitud, es necesario aportar los siguientes documentos, excepto los que ya se hayan aportado para la tramitación de un subsidio por maternidad por los mismos hijos o menores acogidos:

a) Libro de familia o certificación de la inscripción del hijo o hijos en el Registro Civil, siempre y cuando no haya sido transmitido este dato por el Registro Civil; si el hijo ha nacido en el extranjero debe aportarse, en su caso, el certificado de nacimiento validado por el consulado correspondiente.

b) Certificado de la empresa o administración pública en la que conste la fecha de inicio

de la suspensión laboral o permiso, respectivamente.

c) En los supuestos de adopción o acogimiento de uno o más menores, debe aportarse la resolución judicial por la que se constituye la adopción o la resolución administrativa por la que se concede la guarda con fines de adopción o el acogimiento; si se trata de acogimiento simple, debe constar que su duración es, al menos, de un año.

d) Documento que acredite el previo acuerdo con el empresario, cuando el periodo de descanso se disfrute en régimen de jornada a tiempo parcial; cuando sea un trabajador por cuenta propia quien pretenda disfrutar del periodo de descanso en régimen de actividad a tiempo parcial, compatibilizándolo con el subsidio, se presenta el documento acreditativo del interesado en el que se recojan los términos precisos en que se va a realizar el régimen de parcialidad de la actividad y la percepción del subsidio; si la distribución inicialmente acordada del disfrute se modifica, dicha circunstancia debe ponerse en conocimiento de la entidad gestora con carácter inmediato.

Desde el 1-9-2014 queda suprimida la necesidad de aportar, junto con la solicitud de la prestación económica de paternidad, la certificación de cotizaciones a la Seguridad Social de la última o últimas empresas (RD295/2009 art.30.2.3º).

e) Los trabajadores pertenecientes al RETA, con excepción de los incluidos en el Sistema Especial de Trabajadores Autónomos por Cuenta Propia Agrarios y de los TRADE, han de presentar, si la entidad gestora lo estima conveniente, una declaración de situación de la actividad.

Cuando proceda la ampliación del subsidio, son, además, necesarios los siguientes documentos:

f) Título oficial de familia numerosa, aunque sí, no estando reconocida esa condición, la misma se presume, se ha de acreditar tal condición con la presentación del formulario de

haber solicitado el título de familia numerosa; en aquellos supuestos en que no se acredite suficientemente la existencia de una familia numerosa, no puede reconocerse la ampliación de la duración del subsidio por la condición de familia numerosa.

g) Certificación de discapacidad del miembro de la familia discapacitado, con reconocimiento de un grado igual o superior al 33% efectuado, por el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente o por la dirección provincial del IMSERSO en Ceuta y Melilla.

h) Informe médico del hospital público en el que se haya producido el nacimiento del hijo, en el que consten las dolencias relacionadas con su discapacidad y las repercusiones en la futura vida del neonato, y, si el nacimiento se produce en un centro privado, es necesario presentar un informe del facultativo del Servicio Público de Salud.

### 6.13. Resolución

A la vista de la documentación presentada o de los datos acreditados, y una vez comprobados todos los requisitos exigidos para acceder al subsidio, el Director Provincial competente de la entidad gestora correspondiente dicta resolución expresa y notifica en el plazo de 30 días, contados desde la recepción de la solicitud del interesado, el reconocimiento o denegación del derecho a la prestación económica por paternidad. No obstante lo anterior, el subsidio puede reconocerse mediante resolución provisional.

Excepcionalmente, en los supuestos en que hubiese iniciado la actividad de la empresa en el mes anterior al del hecho causante, es necesario presentar un certificado de empresa en el que conste la correspondiente base de cotización, que es la que se considere a efectos del cálculo de la prestación. Se actúa del mismo modo cuando el trabajador esté contratado a tiempo parcial y no sea posible determinar la base reguladora, o en los casos en que las em-

presas hayan sido autorizadas por la TGSS a diferir el ingreso de las cuotas con posterioridad al mes siguiente.

La entidad gestora puede iniciar de oficio el procedimiento para el reconocimiento del subsidio por paternidad, cuando disponga de los datos suficientes para ello, debiendo comunicar al interesado dicha circunstancia en el plazo de 15 días contados desde el día siguiente al del hecho causante.

Se establece la posibilidad de que los Registros Civiles remitan a las entidades gestoras información sobre los nacimientos, adopciones y fallecimientos que inscriban, con respeto a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (RD295/2009 disp.adic.6ª).

### 6.14. Equiparación de efectos de la paternidad con la maternidad

Además de las equiparaciones hasta ahora detalladas, se ha equiparado los siguientes efectos sociales de la paternidad con los efectos sociales de la maternidad:

a) El mantenimiento de la obligación de cotizar durante la situación de paternidad (LGSS art.144.4).

b) El cómputo de las cotizaciones correspondientes a la situación paternidad a los efectos de los períodos previos de cotización exigidos para el derecho a prestaciones (LGSS art.165.3).

c) La consideración del período de paternidad subsistente a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o iniciado durante la prestación por desempleo, como período de cotización efectiva a los efectos de determinadas prestaciones, incluyendo paternidad (LGSS art.165.6).

d) La consideración de la beneficiaria como sujeto causante de las prestaciones por muerte y supervivencia (LGSS art.217.1.b).

e) La consideración como cotizados de diversos períodos de la excedencia por cuidado de hijo o de familiares, o de reducción de jornada por motivos familiares, a los efectos de la paternidad (LGSS art.237.1; RD295/2009disp.trans.2ª).

f) La inclusión de la paternidad en la acción protectora de los trabajadores contratados para la formación (LGSS art.249).

g) El cálculo de la carencia y de la base reguladora del subsidio de paternidad de los/as trabajadores/as a tiempo parcial en idénticos términos al subsidio de maternidad (LGSS art.248.1).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALLESTER PASTOR, M.A., (2011) «La era de la coresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria», Revista de Relaciones Laborales nº 25, págs.53-77
- CAMPS RUIZ, L.M y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M (2013) «Derecho del Trabajo» Valencia, Tirant lo Blanch.
- DÍAZ MARTÍNEZ, C. y DEMA MORENO S. (2013) «Sociología y género», Tecnos.
- FERNÁNDEZ PRIETO, MARTA y CABEZA PEREIRO, JAIME (2012), «Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo», Bomarzo.
- SALA FRANCO, T.; BALLESTER PASTOR, M.A, BAÑO LEÓN, J.M, EMBRID IRUJO, J.M y GOERLICH PESET, J.M (2008) «Comentarios a la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.», La Ley. Fundación de Mujeres (2010) «Conciliación de la vida laboral, familiar y personal», Ministerio de igualdad, Madrid.
- GARCÍA-ATANCE, J.M (2009) «La reforma de las prestaciones de maternidad y paternidad por la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», Revista del Ministerio de trabajo e inmigración, nº 79, págs. 159-186.
- GARCÍA NINET, J.I y GARRIGUES GIMÉNEZ A. (2007), «Comentarios a la ley de igualdad», CISS.
- GARRIGUES GIMÉNEZ A. (2004) «La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social» Consejo económico Social.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ E. y ROBLES CIFUENTES H. (2007) «Los aspectos laborales de la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», Thomson Aranzadi.
- LOUSADA AROCHENA, J.F (2014) «El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres» Tirant monografías 949. – (2008) «Permiso de paternidad y conciliación masculina», Albacete, Bomarzo.
- MERCADER UGUINA, J.R. (2007) «Comentarios laborales de la ley de igualdad entre mujeres y hombres», págs. 494-538, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MERINO CALLE, I. (2015) «La conciliación laboral, personal y familiar; análisis desde una doble vertiente: comunitaria y nacional», R. Jurídica de Castilla y León ° 36, pág. 1-45.
- MONTOYA MELGAR A.; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y.; AGUILERA IZQUIERDO R., CABALLERO SÁNCHEZ R.; FERNÁNDEZ TORRES I.; FUENTES NAVARRO M. y MUÑOZ GARCÍA A. (2007) «Comentarios a la ley de igualdad orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», Thomson Civitas.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; VELASCO PORTERO, T. y GARRIGUES GIMÉNEZ A. (2008) «Igualdad y conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas», Madrid, Dykinson.
- PÉREZ CASTILLO, A. M. (2007) «La prestación por paternidad en los casos de paternidad biológica, adopción y acogimiento.» Revista del Ministerio de trabajo e inmigración, nº extra 3, págs. 183-202.
- RODRÍGUEZ ESCRIBANO, S. (2013) «Permisos parentales, avances y retrocesos en las últimas reformas» Albacete, Bomarzo
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, S. (2010) «Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares» Albacete, Bomarzo.



**RESUMEN**

En este estudio se aborda el régimen jurídico vigente en el derecho español desde enero de 2017 de la prestación por paternidad que corresponde (sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos) a quienes disfrutan del permiso por paternidad; para cuyo análisis en primer lugar se ha procedido a la caracterización del permiso por paternidad realizando un breve examen de esta figura en del derecho de la Unión Europea y después en nuestro derecho interno. En el contexto del derecho de la UE, el permiso por paternidad aparece por vez primera en la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales de 29 de junio del 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, en la que se alienta a los Estados miembros a evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad, manteniendo al mismo tiempo los derechos laborales. Con posterioridad ambas directivas, la 2002/73/CE y la 2006/54, regularán este permiso otorgando a los trabajadores que lo disfruten una protección similar a la prevista para las trabajadoras para el permiso por maternidad. Por su parte en nuestro derecho interno, se reconocerá por primera vez el permiso por paternidad en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres de 22 de marzo de 2007, en dicha norma se caracteriza al permiso por paternidad como una figura más próxima al permiso en caso de adopción o acogimiento que al supuesto de la maternidad biológica; al estar desprovisto de toda connotación fisiológica, relativa al cuidado de la salud de los sujetos beneficiarios. El reconocimiento de este permiso por paternidad supone la posibilidad de ampliación de facto del período de tiempo del que dispone la familia para atender las necesidades generadas por la llegada de un nuevo hijo. Con la intención, una vez más, de promover que las responsabilidades generadas por tal motivo sean asumidas, al menos en alguna parte, por ambos progenitores, sin necesariamente minorar el tiempo de descanso que corresponde a la madre y así dar mayor protagonismo al padre en el cuidado de los hijos. A partir de enero de 2017 los trabajadores que se conviertan en padres podrán disfrutar de 4 semanas de permiso por paternidad. Hasta entonces, los padres han venido disfrutando de 15 días de descanso (13 días más 2 por el Estatuto de los Trabajadores). Desde el 1-01-17 el permiso se amplió a 28 días.

Tras una breve caracterización del permiso por paternidad del que trae su origen la prestación por paternidad, nuestro estudio aborda el análisis en profundidad del régimen legal de dicha prestación en el derecho español, de dicho análisis se concluye:

- Serán beneficiarios de la prestación por paternidad los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el régimen de la seguridad social, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 165.1 LGSS, debiendo estar afiliados y en alta en el régimen de la seguridad social o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento
- La prestación económica por paternidad (al igual que la de maternidad) consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora establecida para las prestaciones de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso.
- La percepción del subsidio por paternidad (como el de maternidad) es incompatible con el abono de salarios o retribuciones correspondientes al mismo periodo, como consecuencia del disfrute del permiso por parto o del permiso por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, previstos en el Estatuto Básico del Empleado Público art.49.a) y b), con excepción de las percepciones concedidas en concepto de

acción social o las complementarias de la mencionada prestación de Seguridad Social, y sin perjuicio de lo establecido para los supuestos de disfrute del descanso a tiempo parcial y en los casos de pluriempleo y pluriactividad (RD295/2009 art.23.9).

- Se tiene derecho al subsidio por paternidad desde el mismo día en que dé comienzo el periodo de suspensión o permiso correspondiente, de acuerdo con las normas en cada caso aplicables. Y se extingue por el transcurso del plazo de duración, por reincorporación voluntaria al trabajo o actividad, por causar el beneficiario pensión de jubilación o de incapacidad permanente, o por fallecimiento del beneficiario. No se establece la posibilidad de traslado al otro progenitor de la parte no disfrutada del permiso.
- Se equiparan las situaciones jurisprudencialmente asimiladas al alta en caso de maternidad y paternidad. En cuanto a las situaciones asimiladas al alta en excedencias por cuidado de familiares, también se excluye (RD295/2009 disp.adic.4ª), de su aplicación a la paternidad (en los mismos términos que la maternidad).
- La concurrencia de situaciones de incapacidad temporal y de descanso por paternidad no influyen en la duración del descanso por paternidad, ni si la enfermedad se inició antes del parto, ni si se inició durante dicho descanso, dando lugar a una regulación basada en el mismo principio de irrelevancia que el inspirador de la regulación cuando se trata de prestaciones por maternidad, aunque la regulación no es exactamente igual por la necesidad de adaptación a las especialidades del descanso por paternidad
- El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación por paternidad se inicia a instancia del interesado, mediante solicitud dirigida a la Dirección Provincial competente de la entidad gestora correspondiente, según el régimen de encuadramiento, de la Provincia en la que aquél tenga su domicilio, en los modelos normalizados establecidos por la Administración de la Seguridad Social.
- Una vez comprobados todos los requisitos exigidos para acceder al subsidio, el Director Provincial competente de la entidad gestora correspondiente (INSS) dicta resolución expresa y notifica en el plazo de 30 días, contados desde la recepción de la solicitud del interesado, el reconocimiento o denegación del derecho a la prestación económica por paternidad. No obstante lo anterior, el subsidio puede reconocerse mediante resolución provisional.

**Palabras clave:** Paternidad; prestación; maternidad; corresponsabilidad; beneficiarios; situaciones protegidas; cuantía prestación.

**ABSTRACT**

This study addresses the legal regime in force in Spanish law since January 2017 of the provision for paternity that corresponds (subject to compliance with certain requirements) to those who enjoy paternity leave; for whose analysis the characterization of paternity leave has been carried out by carrying out a brief examination of this figure in European Union law and later in our domestic law. In the context of EU law, paternity leave appears for the first time in the Resolution of the Council and the Ministers of Labor and Social Affairs of 29 June 2000 on the balanced participation of men and women in the activity professional and family life, which encourages Member States to evaluate the possibility that the respective legal systems recognize working men an individual and non-transferable right to paternity leave, while maintaining labor rights. Both directives, 2002/73 / EC and 2006/54, will subsequently regulate this permit by granting workers who enjoy it protection similar to that provided for women workers on maternity leave. For its part in our domestic law, the paternity leave will be recognized for the first time in the Organic Law for effective equality between men and women of March 22, 2007, in that norm is characterized by paternity leave as a closer figure to leave in the case of adoption or foster care than to the case of biological maternity; since it is devoid of any physiological connotation, relative to the health care of the beneficiary subjects. The recognition of this paternity leave implies the possibility of a de facto extension of the period of time available to the family to meet the needs generated by the arrival of a new child. With the intention, once again, to promote that the responsibilities generated by such a reason are assumed, at least in some part, by both parents, without necessarily reducing the rest time that corresponds to the mother and thus give greater importance to the father in the care of the children. Beginning in January 2017, workers who become parents can enjoy 4 weeks of paternity leave. Until then, parents have been enjoying 15 days of rest (13 days plus 2 for the Workers' Statute). From 1-01-17 the permit was extended to 28 days.

After a brief characterization of the paternity leave from which the paternity benefit originates, our study addresses the in-depth analysis of the legal regime of said benefit in Spanish law, the analysis concludes:

- Paternity benefit will be paid to employed workers included in the social security scheme, provided that the requirements established in Article 165.1 LGSS are met and must be affiliated with and registered in the social security system or in a situation assimilated to discharge, upon the occurrence of the contingency or protected situation in the cases of childbirth, adoption or foster care
- The economic benefit for paternity (as well as maternity) consists of a subsidy equivalent to 100% of the regulatory base established for temporary incapacity benefits derived from common contingencies, taking as reference the start date of the rest period.
- The receipt of the paternity allowance (such as maternity) is incompatible with the payment of wages or salaries corresponding to the same period, as a result of the enjoyment of the childbirth leave or the adoption permit, saved for adoption or foster care, provided for in the Basic Statute of the Public Employee, art. 49 (a) and (b), with the exception of the benefits granted in connection with social action or the complementary ones of said Social Security benefit, and without prejudice to what is established for the part-time rest and in cases of multiemployment and pluriactivity (RD295 / 2009 art.23.9).
- You are entitled to the paternity allowance from the same day the period of suspension or corresponding leave begins, in accordance with the applicable rules in each case. And it is extinguished by the lapse of the period of duration, by voluntary reincorporation to the work or activity, for causing the beneficiary retirement pension or permanent disability, or by death of the beneficiary. There is no possibility of transfer to the other parent of the part not enjoyed the permit.

- The situations jurisprudentially assimilated to discharge are equated in case of maternity and paternity. With regard to the situations assimilated to the discharge in family care leave, it is also excluded (RD295 / 2009 disp.adic.4ª), from its application.
- As regards the situations assimilated to leave in family care leave, the exclusion (RD295 / 2009 disp.adic.4ª) of its application to paternity (in the same terms as maternity) is also excluded.
- The occurrence of situations of temporary incapacity and rest by paternity do not influence the duration of the paternity leave, whether the illness began before the birth, or whether it began during the rest, resulting in a regulation based on the same principle of irrelevance that the inspirer of regulation when it comes to maternity benefits, although the regulation is not exactly the same because of the need to adapt to the specialties of rest by paternity
- The procedure for the recognition of the right to paternity benefit is initiated at the request of the interested party, by means of an application addressed to the competent Provincial Directorate of the corresponding management entity, according to the framing regime, of the Province in which that person has his domicile, in the standardized models established by the Social Security Administration.
- Once all the requisites required to access the subsidy have been verified, the competent Provincial Director of the corresponding management entity (INSS) shall issue an express resolution and notify within 30 days, from the reception of the request of the interested party, the recognition or denial of the right to paternity benefit. Notwithstanding the foregoing, the subsidy can be recognized by provisional resolution.

**Keywords:** Paternity; benefit; maternity; co-responsibility; beneficiaries; protected situations; benefit amount.



# Los subsidios de la Seguridad Social en el Derecho de la Unión Europea

# Social Security allowances in the European Union Law

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA\*

## 1. INTRODUCCIÓN

**A**un cuando no podemos afirmar la existencia de un modelo único de Seguridad Social en la Unión Europea, y particularmente de protección mediante subsidios, sí podemos destacar una tendencia hacia un modelo europeo, animado por el mandato establecido en el artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de favorecer la armonización de los sistemas sociales y la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados.

En este sentido, el esfuerzo normativo de la Unión Europea se dirige en dos vectores, por un lado estableciendo un sistema de coordinación de los sistemas de Seguridad Social que garanticen la libre circulación de trabajadores sin menoscabo de sus derechos lo que exige un mínimo común denominador y para cuya consecución se ha utilizado como instrumento más conveniente el método abierto de coordinación; por otro lado se ha pretendido garantizar ciertos principios, particularmente el de igualdad, con especial consideración de

su vertiente de género, así como la mejora de la protección de la salud y de la seguridad de los trabajadores.

Este trabajo tiene por objetivo analizar la coordinación de los sistemas en materia prestaciones en metálico, y por otro lado, los esfuerzos realizados en el ámbito de la Unión europea en la protección del embarazo, la maternidad y la lactancia.

## 2. LA COORDINACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA DE LAS PRESTACIONES EN METÁLICO. POR ENFERMEDAD, MATERNIDAD, PATERNIDAD Y OTRAS PRESTACIONES ASIMILADAS

### 2.1. La identificación de las prestaciones en metálico

El Capítulo I del Título III del Reglamento (CE) N° 883/2004, de 29 de abril de 2004, sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social regula la coordinación de los subsidios económicos ligados a la protección sanitaria mediante prestaciones en especie, entre los que podemos destacar la prestación de incapacidad temporal pero también otros subsidios económicos como los de maternidad o paterni-

\* Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

dad para los que se requiere la suspensión del contrato de trabajo bien por sufrir un estado mórbido a consecuencia de la enfermedad bien ya sea por el trabajador o un tercero beneficiario dependiente de este.

El subsidio de incapacidad temporal se concibe en los convenios de coordinación de la Unión Europea como una prestación en metálico siguiendo una terminología parecida a la utilizada en nuestro viejo seguro obligatorio de enfermedad de 14 de diciembre de 1942 que reconocía como indemnización o prestación en metálico de asistencia sanitaria una prestación económica antecesora de la actual prestación por incapacidad temporal, o en el artículo 13 del Convenio 102 de la OIT<sup>1</sup>.

También se incluyen en el concepto de prestaciones en metálico otras prestaciones como las de dependencia por cuidados a domicilio como indica el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 5 de marzo de 1998 (asunto Manfred Molenaar C-106/96) al señalar que las prestaciones en metálico de asistencia sanitaria no tienen como fin exclusivo compensar una pérdida del salario sufrida por el beneficiario de la asistencia sanitaria sino también compensar los gastos del cuidado de personas. Para considerarse prestación sanitaria en metálico la asignación debe cumplir tres condiciones: a) el subsidio periódico se debe recibir sin sujeción a la realización previa de determinados gastos ni a la presentación de documentos acreditativos de los gastos ocasionados; b) que la cuantía del subsidio se fije con independencia de los gastos efectuados realmente por el beneficiario para subvenir las necesidades esenciales de la vida; c) que el beneficiario disponga de una amplia libertad en la utilización de las cantidades que se le abonan.

La financiación de las prestaciones en metálico puede realizarse con cargo a coti-

zaciones del seguro de enfermedad o de seguros de pensiones derivadas de contingencias comunes (STJCE de 8 de marzo de 2001 Asunto Friedrich Jauch C-215/99), toda vez que lo trascendente es el carácter accesorio del subsidio a la prestación de asistencia sanitaria propiamente dicha, en el sentido que la complementa directamente a través de uno de los posibles fines (STJCE de 21 de febrero de 2006 Asunto Silvia Hosse C-286/2003). En cambio, no se consideran prestaciones monetarias sino prestaciones de asistencia sanitaria en especie las cantidades en dinero en concepto de reembolsos de gastos sanitarios (STJCE de 16 de julio de 2009 Asunto Petra Von Chamier-Glisczinski C-208/07).

A mi juicio, se incluye en el concepto de prestación en metálico, el subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, regulada en el artículo 190 LGSS. El precepto establece una prestación económica en favor de aquellos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos miembros de la pareja trabajen y uno de ellos reduzca su jornada de trabajo al menos en un 50 %, para el cuidado directo, continuo y permanente del menor a su cargo afectado por un cáncer ya sea un tumor maligno, melanoma, carcinoma, o por una enfermedad grave que requiera el ingreso hospitalario de larga duración, por el tiempo de hospitalización y tratamiento de la enfermedad. En este caso, la prestación se concibe como una prestación económica sustitutoria del salario a consecuencia de la reducción de la jornada de trabajo como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada, no al asegurado sino al beneficiario de este.

Pensemos por ejemplo, en el caso del trabajador español desplazado por su empresa a trabajar a un Estado miembro distinto con su familia, requiriéndose la hospitalización de un hijo menor por una enfermedad contemplada en el artículo 190 LGSS, que determina la reducción de jornada del trabajador. En este caso, la asistencia sanitaria recibida

<sup>1</sup> El artículo 13 del convenio 102 OIT señala respecto a las prestaciones monetarias de asistencia sanitaria que la contingencia deberá comprender la incapacidad para trabajar, resultante de un estado mórbido que entrañe la suspensión de ganancias, según la legislación nacional.

por el hijo en el Estado miembro de estancia se considera una prestación en especie que se facilitará de acuerdo con lo establecido en la legislación en dicho Estado, mientras que la prestación económica por cuidado del hijo menor tendrá la consideración de una prestación sanitaria en metálico que será abonada de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de España con aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 del Reglamento (CE) 883/2004, que a continuación analizaremos.

## **2.2. La determinación de la institución competente para el reconocimiento de la prestación y de la legislación aplicable**

El artículo 21 del Reglamento (CE) 883/2004 establece que el beneficiario de las prestaciones en metálico de asistencia sanitaria que resida o se encuentre en un Estado distinto del Estado competente para el reconocimiento del derecho a la prestación tendrá derecho a dichas prestaciones por parte del Estado competente de acuerdo con la legislación que este aplica.

En este sentido, como regla general las prestaciones en metálico se registrarán por la legislación del lugar de prestación de servicios a diferencia de la regla de determinación de la legislación aplicable en las prestaciones en especie en la que rige la ley del lugar donde se preste la asistencia.

De este modo, según el artículo 11 del Reglamento (CE) 883/2004, los beneficiarios de las prestaciones de incapacidad temporal estarán sujetas a la legislación de un único Estado miembro de la Unión Europea. Así, se presumirá que las personas que perciban una prestación en metálico a consecuencia de haber realizado una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, siguen realizando dicha actividad, salvo que la prestación por enfermedad tuviera una duración ilimitada. Esta precisión es importante porque esto puede dar lugar como ocurre en España a que

la percepción de la prestación económica determine obligaciones laborales en materia de Seguridad Social como el mantenimiento de la obligación de cotizar, y en segundo lugar, porque se entenderá que el trabajador presta servicios a efectos de determinar la legislación aplicable.

Como reglas generales se contemplan las siguientes:

a) La persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de este Estado miembro a efectos de la aplicación de la norma reguladora de su proceso de incapacidad temporal.

b) Todo funcionario que reciba una prestación por incapacidad temporal estará sujeto a la legislación del Estado miembro del que dependa la administración que le ocupa.

c) La persona que reciba las prestaciones por desempleo en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia estará sujeta a la legislación de dicho Estado miembro.

Cuando se realice la actividad por cuenta ajena o por cuenta propia normalmente en el mar a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro se considerará que la actividad se ejerce en dicho Estado. No obstante, si a esta persona se le remunera por una empresa o persona que tenga su sede o domicilio en otro Estado miembro, en trabajador estará sujeto a la legislación de este último Estado si reside en el mismo, considerándose a la empresa o persona que abone la remuneración como empresario a efectos de dicha legislación. Igualmente cuando la actividad se realice como miembro de tripulación de vuelo o de cabina en el marco de una prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o de mercancías se considerará que la actividad se realiza en el Estado miembro en el que se encuentra la base.

Por otra parte cuando el empresario desplaza a un trabajador que realiza una actividad asalariada en un Estado miembro a reali-



zar por su cuenta un trabajo en otro Estado miembro, dicho trabajador seguirá sujeto a la legislación del primer Estado a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicho trabajador no sea enviado en sustitución de otra persona anteriormente desplazada. Del mismo modo, un trabajador autónomo que ejerza normalmente su actividad por cuenta propia en un Estado miembro y se desplace a otro Estado para realizar una actividad similar seguirá sujeto a la legislación del primer Estado miembro, si bien como en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, siempre que la duración previsible de dicha actividad no exceda de los 24 meses<sup>2</sup>.

En el caso en que la persona ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros, el artículo 13.1 del Reglamento (CE) 883/2004 establece que determina que estará sujeta a la legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado. En cambio, si no ejerce una parte sustancial de su actividad en el Estado de residencia se aplicarán las siguientes reglas:

- Se estará sujeto a la legislación del Estado miembro en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador, cuando la persona esté contratada por una empresa o empleador.

- Cuando el trabajador esté contratada por dos o más empresas o empleadores que tengan sus sedes o domicilio en un solo Estado miembro, el trabajador estará sujeto a la legislación del Estado miembro en que tenga sus sedes o domicilios las empresas o los empleadores.

- Cuando el trabajador esté contratado por dos o más empresas o empleadores que tengan sus sedes o domicilio en dos o más Estados, siendo uno de ellos el de residencia, el trabajador estará sujeto a la legislación del Estado miembro, distinto del Estado de residencia, en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador.

- Cuando el trabajador esté contratado por dos o más empresas o empleadores, y al menos dos de ellos tengan su sede o domicilio en Estados miembros diferentes distintos del Estado miembro de residencia, se estará sujeto a la legislación del Estado miembro de residencia.

Por otra parte, para los trabajadores por cuenta propia el artículo 13.2 del Reglamento (CE) 883/2004 establece que el trabajador autónomo que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia en dos o más Estados miembros estará sujeto a la legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro, o la legislación del Estado miembro en el que se encuentre el centro de intereses de sus actividades, si no reside en uno de los Estados miembros en los que ejerce una parte sustancial de su actividad.

Cuando el trabajador ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en diferentes Estados miembros de la Unión Europea, éste trabajador estará sujeto a la legislación del Estado miembro en el que ejerza la actividad por cuenta ajena o, si ejerce dicha actividad en dos o más Estados miembros, a la legislación determinada de acuerdo con las reglas anteriormente indicadas. En el mismo sentido, el trabajador empleado como funcionario en un Estado miembro y que ejerza una actividad por cuenta ajena y/o por cuenta propia en otro Estado u otros Estados miembros, estará sujeto a la legislación del Estado miembro a la que esté sujeta la administración que le emplea.

<sup>2</sup> Véase la Decisión nº A2 de 12 de junio de 2009, relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la legislación aplicable a los trabajadores desplazados y a los trabajadores por cuenta propia que trabajen temporalmente fuera del Estado competente.

Por último hay que señalar que si el beneficiario reside en un Estado miembro distinto, previo acuerdo de las instituciones se podrá facilitar la prestación por el Estado del lugar de residencia o estancia con cargo a la institución competente y de acuerdo con la legislación del Estado de esta última institución.

### **2.3. Cuantía de los subsidios cuando sean abonados en un Estado distinto del competente**

Para calcular las prestaciones cuando son abonadas en otro Estado distinto al Estado competente a consecuencia de un acuerdo efectuado entre el Estado competente y el de estancia o residencia, el Reglamento (CE) 883/2004 dispone, en los apartados 2 y 3 del artículo 21, la aplicación de las siguientes reglas:

- Si la legislación aplicable prevé el cálculo sobre unos ingresos medios o bases de cotización medias, el cálculo se efectuará exclusivamente sobre los ingresos comprobados o las bases aplicables durante los periodos cubiertos en dicha legislación. Así recordemos que el artículo 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, establece que la base reguladora para el cálculo de la cuantía del subsidio de incapacidad temporal será el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador, correspondiente a la contingencia de la que aquella se derive, en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad, por el número de días a que dicha cotización corresponda.

- En cambio, si la legislación aplicable prevé abonar la prestación sobre la base de ingresos a tanto alzado, la institución competente para reconocer y abonar el derecho, computará exclusivamente estos últimos ingresos, o en su caso, el promedio de los ingresos a tanto alzado correspondientes a los periodos cubiertos bajo dicha legislación.

En todo caso, las reglas anteriores se aplicarán por analogía, cuando la ley aplicable

disponga un periodo de referencia concreto que se corresponda parcial o totalmente con periodos cumplidos bajo la legislación de otro u otros Estados miembros.

### **2.4. Procedimiento para el abono de la prestación de incapacidad temporal cuando el trabajador reciba la prestación en Estado miembro distinto del competente**

El artículo 27 del Reglamento (CE) n° 987/2009, de 16 de septiembre de 2009, del Parlamento y del Consejo por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, establece una serie de normas adjetivas que se deben aplicar por parte de las personas aseguradas, las instituciones competentes e instituciones del Estado de residencia o de estancia, cuando el beneficiario deba recibir una prestación en metálico y se encuentre o resida en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente. Estas reglas son las siguientes:

#### *1. Procedimiento que debe seguir la persona asegurada*

Si la legislación del Estado competente determina que la persona asegurada debe presentar un certificado médico que acredite la situación de incapacidad laboral y su duración probable, deberá solicitar dicho certificado al médico del Estado de residencia o de estancia, debiendo ser remitido dicho certificado por el beneficiario a la institución competente en los plazos establecidos.

En este sentido, si por alguna razón, el médico del Estado de estancia o de residencia no expidiera dicho certificado, el interesado se dirigirá a la institución de dicho Estado, que procederá de inmediato a la evaluación médica y a redactar el certificado, que se remitirá a la institución competente en plazo.

Del mismo modo, la persona asegurada deberá cumplir con el resto de las obligacio-

nes que, de acuerdo con la ley, establezca el empleador o la institución competente, tales como participar en actividades destinadas a impulsar y asistir su vuelta al trabajo.

### 2. *Procedimiento que debe seguir la institución del Estado miembro de residencia*

La institución del Estado de residencia o de estancia, a petición de la institución competente para el reconocimiento y pago de la prestación, podrá efectuar cualquier comprobación administrativa o reconocimiento médico del interesado cuando sea necesario de conformidad con la legislación aplicable. De este modo, el informe médico que se emita, y en particular el relacionado con la duración probable de la incapacidad laboral, será remitido sin demora a la institución competente.

### 3. *Procedimiento que deberá seguir la institución competente*

La institución competente abonará las prestaciones en metálico directamente al interesado. No obstante, para abonar dicha prestación se deberá admitir que el certificado de incapacidad laboral emitido en otro Estado miembro tenga el mismo valor que si se emitiera en su Estado. De otro lado, si la institución competente deniega una prestación en metálico, deberá notificar su decisión al interesado e informar de ello a la institución del lugar de residencia o estancia.

Por otra parte el artículo 28 del Reglamento (CE) 987/2009 establece normas especiales de procedimiento para los casos en que el proceso de incapacidad requiera cuidados médicos de larga duración en el caso de estancia o de residencia en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente. En estos casos se aplicarán las siguientes reglas:

a) La persona asegurada deberá presentar una solicitud a la institución competente para que proceda al reconocimiento y pago de la prestación, debiendo dicha institución informar, en el caso, a la institución del Estado de residencia o de estancia.

b) La institución del Estado de residencia o de estancia previa solicitud de la institución competente, deberá comprobar el estado de salud de las personas aseguradas así como la necesidad de recibir un tratamiento de larga duración.

c) La institución competente para el reconocimiento y pago de la prestación económica estará facultada para someter a la persona asegurada al examen de un médico o de otro perito elegido por ella y abonará directamente la prestación del interesado y en su caso, informará de ello a la institución de residencia o de estancia temporal.

d) Las normas anteriores se aplicarán mutatis mutandi cuando la persona asegurada se encuentre en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente.

e) Igualmente las reglas anteriores se aplicarán mutatis a los miembros de la familia de la persona asegurada.

## **2.5. Reglas relativas a la prestación de incapacidad temporal derivada de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales**

Las reglas indicadas en los apartados anteriores serán de aplicación a los subsidios por incapacidad temporal que se causen por un trabajador que haya sufrido un accidente de trabajo o contraído una enfermedad profesional y que resida o efectúe una estancia en un Estado miembro que no sea el Estado miembro competente de acuerdo con lo establecido en el artículo 36.3 del Reglamento (CE) 883/2004<sup>3</sup>.

A este respecto hay que tener en cuenta que se aplicarán las reglas sobre asimilación

<sup>3</sup> PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J. «Las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedad profesional en el ámbito de la Unión Europea: del reglamento 883/2004 a los Reglamentos 987/2009 y 988/2009». «la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009». VVAA. Directora: Cristina Sánchez-Rodas Navarro. Pags. 159 a 181.

de condiciones determinadas en el artículo 5 del Reglamento (CE) 883/2004 en lo referente a la equivalencia de los conceptos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que, o bien hayan sobrevenido o bien se hayan reconocido posteriormente bajo la legislación de otro Estado miembro, cuando se evalúe el grado de incapacidad, el derecho a las prestaciones o la cuantía de las mismas, a condición de que:

a) El accidente de trabajo o enfermedad profesional anteriormente sobrevenido o reconocidos bajo la legislación que ella aplique no hayan dado lugar a prestación, y

b) el accidente de trabajo o la enfermedad profesional sobrevenido, o reconocido con posterioridad no den lugar a indemnización en virtud de la legislación del otro Estado miembro bajo el cual hayan sobrevenido o hayan sido reconocidos.

Recordemos a este respecto que el artículo 5 del Reglamento (CE) 883/2004 establece el principio de asimilación de prestaciones, ingresos, hechos y acontecimientos, señalando al respecto que salvo disposición en contrario determinada en el propio reglamento y teniendo en cuenta las disposiciones particulares establecidas, que si en virtud de la legislación del Estado miembro competente, el disfrute de prestaciones de seguridad social o de otros ingresos produce determinados efectos jurídicos, las disposiciones de que se traten de dicha legislación serán igualmente aplicables en el caso de disfrute de prestaciones equivalentes adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de ingresos adquiridos en el territorio de otro Estado miembro.

Igualmente se dispone que si, en virtud de la legislación de otro Estado miembro competente, se atribuyen efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado tendrá en cuenta hechos o acontecimientos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio.

## 2.6. Reglas relativas a la acumulación de prestaciones en metálico

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 del Reglamento (CE) 883/2004 en el caso de que el titular de prestaciones asistenciales en metálico de duración indeterminada que deban ser consideradas prestaciones de enfermedad y, por tanto, hayan de ser facilitadas por el Estado miembro que sea competente para reconocer las prestaciones en metálico tenga simultáneamente derecho a solicitar a la institución del lugar de residencia o estancia de otro Estado miembro prestaciones en especie con idénticos fines, y una institución del primer Estado miembro deba reembolsar asimismo el coste de estas prestaciones será de aplicación el principio de no acumulación de prestaciones establecido en el artículo 10 del Reglamento (CE) 883/2004 en virtud del cual salvo disposición en contrario, no podrá conferir ni mantener el derecho a disfrutar varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo periodo de seguro obligatorio.

A la aplicación de esta regla se le establece una restricción consistente en que si el beneficiario solicita y recibe la prestación en especie de asistencia sanitaria, se reducirá de la cuantía de la prestación en metálico el importe de la prestación en especie exigido o exigible a la institución del primer Estado miembro que deba reembolsar el coste.

No obstante, dos o más Estados miembros, o sus autoridades competentes, podrán convenir otras medidas o medidas complementarias que no sean menos ventajosas para los interesados que las indicadas en el artículo 34 del Reglamento (CE) 883/2004.

### 1. Procedimiento que deberá seguir la institución competente

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31.1 del Reglamento (CE) 987/2009 la institución competente informará al interesado sobre las reglas anticúmulo aplicables. La efectividad de estas normas deberá garantizar a la per-

sona que no resida en el Estado competente el derecho a prestaciones de un importe o valor total al menos igual al que podría percibir si residiera en ese Estado miembro.

Además, la institución competente informará a la institución del lugar de residencia o estancia sobre el pago de las prestaciones en metálico por cuidados de larga duración.

## 2. *Procedimiento que deberá seguir la institución del lugar de residencia o estancia*

Una vez recibida la información relativa al pago de prestaciones en metálico por cuidados de larga duración la institución del lugar de residencia o de estancia informará de ellos sin demora a cualquier otra institución competente para servir las prestaciones en especie por cuidados de larga duración, así como del tipo de reembolso aplicable.

Por último, hay que señalar que en los casos en que el beneficiario perciba prestaciones de desempleo y debido a la enfermedad padecida, pase a recibir la prestación por desempleo, se suspenderá la prestación por desempleo, norma recogida en el artículo 283 LGSS cuando el subsidio derive de contingencia profesional.

## 3. LA COORDINACIÓN EUROPEA DE LOS SUBSIDIOS POR DEFUNCIÓN

Los subsidios por defunción se definen en el artículo 1.y) del Reglamento (CE) 883/2004 como toda suma abonada de una sola vez en caso de fallecimiento, con exclusión de las prestaciones consistentes en la entrega de un capital, sustitutorias de una pensión, los ingresos efectuados en concepto de reembolso de cotizaciones, así como los incrementos de revalorización o asignaciones complementarias. Así, en España podría tener la consideración de subsidio por defunción la indemnización a tanto alzado prevista en el artículo 227 LGSS.

La sentencia TJCE de 27 de noviembre de 1973 (Asunto Vanderweghe C-130/73) se pro-

nuncia en relación al subsidio de reconciliación que se debe abonar a la viuda en caso de que se vuelva a casar. El Tribunal considera que el objeto y objetivo de la prestación, es por un lado el de desalentar a la viuda el posterior matrimonio por la pérdida de su derecho a la pensión y, por otro lado, aliviar las obligaciones de la institución responsable de los pagos que pudieran durar mucho tiempo. Desde este punto de vista concluye el Tribunal que la concesión del subsidio de reconciliación no debe calificarse como un subsidio por defunción sino que debe considerarse como una pensión de viudedad, y por tanto, debe tratarse como una pensión.

Pues bien, en el caso de transnacionalidad la legislación aplicable para el reconocimiento de estos subsidios será aquella correspondiente al Estado en el que el causante prestaba servicios, es decir, el Estado de la institución en que el causante hubiera estado afiliado y en alta, con independencia en que el causante residiera o falleciera en un Estado miembro distinto del competente, y esto aun cuando el fallecimiento sobrevenga a causa de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del Reglamento (CE) 883/2004.

En el caso de que el fallecimiento del titular de una pensión que percibiera una pensión o pensiones abonadas por un Estado o Estados distintos de aquel en que residiese, los subsidios serán abonados y sufragados por el Estado que abonase con anterioridad la pensión de viudedad en el momento del fallecimiento. Esta norma se aplicará también por analogía a los miembros de la familia del titular de la pensión.

## 4. LAS PRESTACIONES POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD

### 4.1. La aplicación de las reglas de coordinación establecidas para las prestaciones sanitarias monetarias

Como hemos dicho con anterioridad el Capítulo I del Título III del Reglamento (CE) 883/2004 regula la coordinación de las pres-

taciones de enfermedad, de maternidad y de paternidad asimiladas. En este sentido, la asistencia sanitaria recibida durante el embarazo, parto y puerperio en casos de transnacionalidad se rige por lo establecido para las prestaciones sanitarias en especie derivadas de enfermedad es decir de acuerdo con la legislación del Estado miembro de estancia o de residencia, mientras que la coordinación de legislaciones para el reconocimiento y pago de los subsidios por maternidad y por paternidad se rigen por las disposiciones establecidas para las prestaciones en metálico, y particularmente por lo dispuesto en el artículo 21 del Reglamento (CE) 883/2004.

#### **4.2. La situación protegida del subsidio por maternidad en el derecho de la Unión Europea**

El Reglamento (CE) 887/2004 no establece una definición de la situación protegida de la prestación de maternidad o de paternidad, sino que se concibe como una protección ligada a un permiso reconocido por la legislación reguladora de las condiciones de trabajo. En este sentido, la protección del embarazo y de la maternidad se ha realizado en el derecho de la Unión Europea por las normas dirigidas a garantizar la igualdad de trato entre hombre y mujeres a las que se ligan también las normas dirigidas a facilitar la conciliación de la actividad profesional con la vida personal y familiar mediante el disfrute de permisos parentales, y las dirigidas a la protección de la seguridad y salud de las trabajadoras

Entre las normas dirigidas a garantizar la igualdad entre hombre y mujeres podemos indicar para el trabajo por cuenta ajena la Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio de de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación que refunde distintas Directivas anteriores entre ellas, la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación

del principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo y la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social; mientras que para los trabajadores por cuenta propia la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

Ligadas a estas Directivas, se contempla la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, EL CEEP y la CES.

En materia de seguridad y salud en el trabajo de la mujer embarazada, se ha dictado la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

Esta última Directiva establece una serie de definiciones en orden a determinar la aplicación de la Directiva y así señala el artículo 2 de la norma que se entenderá:

a) Por trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y prácticas nacionales.

b) Por trabajadora que ha dado a luz: Cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

c) Trabajadora en periodo de lactancia: Cualquier trabajadora en periodo de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas

nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

La regulación comunitaria permite contemplar dos pretensiones en relación con la concesión de licencias por razón de la maternidad, de un lado la protección de la salud de la madre, por otro lado, la finalidad de atender y proteger al neonato mediante la concesión de un permiso parental.

#### *4.2.1. El permiso de maternidad y la prestación de Seguridad Social como medidas de protección a la madre<sup>4</sup>*

El artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE ordena a los Estados miembros tomar las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas, las trabajadoras que han dado a luz, o las trabajadoras en periodo de lactancia disfruten de un permiso de maternidad con una duración mínima de catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. En este sentido, recordemos que nuestro derecho interno reconoce en el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 49 del Estatuto del Empleado Público permisos con una duración superior al prescrito en el precepto de la directiva.

La Directiva 92/85/CEE parte del presupuesto de que la trabajadora embarazada, la que haya dado a luz y la que se halle en periodo de lactancia, debe considerarse un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles lo que determina que se tomen especiales medidas relativas a la salud y a la seguridad de las trabajadoras, lo que debe ir acompañado de garantías para que el embarazo o lactancia no desfavorezcan a las mujeres en el mercado de trabajo, constituyendo el objetivo de la Directiva promover la seguridad y salud de las traba-

jadoras embarazadas y lactantes (sentencias del TJUE de 18 de marzo de 2014 Asunto C-D. C-167/12 apartado 29; de 11 de octubre de 2007 Asunto Paquay C-460/06 apartado 27 Y de 11 de noviembre de 2010 Asunto Donosa C-232/09 apartado 58). En este sentido, la regulación establecida en la Directiva se concibe como una protección mínima de manera que el hecho de que una normativa conceda a las mujeres un permiso de maternidad de duración superior a catorce semanas no impide considerar que dicho permiso se identifique con un permiso regulado en el artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE, por lo que durante la totalidad del periodo es obligatorio garantizar los derechos inherentes al contrato de trabajo (STJCE de 18 de noviembre de 2004 Asunto Ursula Sass C-284/02).

En las legislaciones de la Unión Europea se establecen permisos lacónicos fieles a la regulación mínima establecida en el artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE, así en Austria de contempla un permiso de 8 semanas antes y otras 8 semanas después del parto, o en Bélgica 6 semanas de duración antes del parto y 9 semanas después del parto, en Chipre 18 semanas; o en Francia o España 16 semanas.

En otras legislaciones la duración del permiso se establece en días, por ejemplo, en Letonia se establece en 112 días, en Grecia en 119 días, en Portugal de 120 a 150 días, o en Rumanía 126 días.

En todos los Estados se prevé una reserva una parte del periodo de protección después del parto en el caso de parto múltiple (Austria, Bélgica, Bulgaria, Chequia, Chipre, Francia, España, Alemania, Lituania), o en caso de parto prematuro (Austria, Alemania, Lituania). También se establece en algunos Estados la ampliación o la suspensión del permiso cuando se produzca la hospitalización del hijo (Bélgica, España, Lituania, Letonia, Holanda); o la posibilidad de compartir parte del permiso (Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chequia, Islandia, Italia o España) mientras que en otros Estados la cesión se prohíbe expresa-

<sup>4</sup> Fuente: Mutual Information System on Social Protection.

mente, como es el caso de Austria). También en algunos Estados se prevé el disfrute de una parte del permiso a tiempo parcial (Suecia o España).

En los Estados nórdicos se suele regular una combinación de los beneficios de maternidad, paternidad y permiso parental, así por ejemplo en Dinamarca se establecen: a) 4 semanas de permiso antes del parto en espera y 14 semanas después del parto, de las que son obligatorias las dos semanas siguientes al parto como beneficio de maternidad o; 2 semanas continuas siguientes al parto de permiso de paternidad, y 32 semanas después de las 14 semanas que pueden ser compartidas entre la madre y el padre como permiso parental.

En Noruega cuando ambos padres tienen derecho al beneficio de maternidad, el periodo máximo del beneficio por nacimiento es de 49 semanas a tasa completa salarial o 59 semanas a una tasa del 80 % del salario. El permiso se puede disfrutar en las 12 semanas anteriores al parto y en todo caso 3 semanas deben ser disfrutadas antes del parto por la madre. Del total del periodo de 10 semanas se reservan para el padre (cuota del padre) y 10 semanas para la madre (cuota de la madre), si bien las primeras 6 semanas posteriores al parto están incluidas en la cuota de la madre, mientras que el resto del periodo se dividirá a petición de los padres. Aparte de las 3 semanas inmediatamente anteriores al parto y de la cuota de la madre, la prestación puede ser asumida por el padre. En este sentido, para que el padre pueda disfrutar del permiso cedido por la madre fuera del periodo de 10 semanas reservado para él, la madre debe trabajar o seguir una educación a tiempo completo aprobada públicamente, o ciertos programas de tiempo completo aprobados y enumerados en la legislación.

El padre también puede obtener la protección cuando una madre no activa es un estudiante o si se le impide cuidar del niño debido a la enfermedad durante un periodo máximo de 40 semanas a tasa completa o 50 semanas a la

tasa del 80 %. Por otra parte si la madre recibe beneficios por incapacidad, el padre puede tomar 10 semanas de beneficios independientemente de las actividades de la madre o estado de salud.

A excepción de las nueve semanas reservadas a la madre, el permiso se puede combinar con el trabajo a tiempo parcial hasta tres años después del parto, para lo que los empleados deberán presentar un acuerdo escrito con este fin con el empleador y en el caso de los trabajadores autónomos con la administración. Igualmente, después de un periodo inicial de recibo de 6 semanas, el retiro del beneficio parental puede ser diferido si se toma dentro de los tres años posteriores al parto.

#### 4.2.2. *La finalidad del permiso de maternidad por parto biológico*

La protección establecida en la Directiva 92/85/CEE parte del presupuesto del trastorno biológico que supone el embarazo en el periodo inmediatamente anterior al parto, y en las primeras semanas inmediatamente posteriores a este en el que la mujer sufre necesariamente unas modificaciones en sus condiciones existenciales de tal envergadura que constituyen un obstáculo a las posibilidades de cuidar del hijo.

En este sentido, el permiso de maternidad consecuente con el parto tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después del parto, y por otra parte la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo de tiempo que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que derivan del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones, tal como señalan la sentencia del TJCE de 12 de julio de 1984 (Asunto Ulrich Hoffmann C-184/83). De este modo en la medida en que el permiso por maternidad biológica y la correlativa prestación en la medida en que su objetivo es la protección de la mujer tanto



en relación con las consecuencias del embarazo como en relación con su maternidad, puede lícitamente reservarse a la madre, con exclusión de cualquier persona, habida cuenta de que únicamente la madre puede verse bajo la presión, no deseable, de reanudar prematuramente su trabajo, de manera que el derecho comunitario no obliga a los Estados miembros a permitir alternativamente, la concesión de tal periodo de descanso al padre, ni siquiera en el caso de acuerdo mutuo entre los progenitores. En parecidos términos se pronuncian las sentencias del TJCE de 18 de noviembre de 2004 (Asunto Ursula Sass C-284/02); de 18 de marzo de 2004 (Asunto Merino Gómez C-342/01); y de 14 de abril de 2005 (Asunto Comisión/Luxemburgo C-519/03).

La lógica del eventual reconocimiento exclusivo de un permiso de maternidad biológica a favor de la madre viene determinada por el hecho de que el ejercicio de las responsabilidades dentro de la familia desequilibra la situación de las madres trabajadoras con respecto a los padres trabajadores, lo que hace necesario adoptar medidas específicas para satisfacer las necesidades concretas de aquellos que tienen responsabilidades familiares<sup>5</sup>. Esta justificación ha sido criticada por parte de la doctrina al considerar que el argumento provoca la perpetuación del rol de la mujer en el cuidado del hijo recién nacido, objetivo que en principio debiera ser cumplido tanto por la madre como por el padre, de manera que se perpetúa una imagen estereotipada de la mujer cargada de responsabilidades familiares<sup>6</sup>.

En todo caso, el Tribunal de Justicia considera que el legislador comunitario se atuvo a los objetivos de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales fundamentales de los Trabajadores, adoptada en el Consejo Europeo

de Estrasburgo el 9 de diciembre de 1998, así como de los establecidos en la Carta Social Europea. De este modo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señala que el permiso de maternidad reconocido a favor de las trabajadoras embarazadas debe considerarse un medio de protección del Derecho Social que reviste particular importancia de manera que el legislador comunitario ha entendido que las modificaciones sustanciales en las condiciones existentes de las interesadas en un periodo limitado de al menos de 14 semanas que precede y sigue al parto constituyen un motivo legítimo para suspender el ejercicio de la actividad profesional, sin que ni las autoridades públicas ni los empresarios pueden cuestionar en modo alguno la legitimidad de dicho motivo (STJCE de 20 de septiembre de 2007 Asunto Sari KiisKi C-116/06).

En la misma línea y siguiendo la doctrina del tribunal comunitario se manifiesta nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia nº 75/2011, de 19 de mayo al indicar que en el permiso de maternidad en el supuesto de parto el legislador persigue como finalidad primordial establecer el derecho de la trabajadora a suspender su contrato de trabajo con reserva de puesto de trabajo durante dieciséis semanas ininterrumpidas, con el incremento que corresponde en caso de parto múltiple, mientras que la finalidad de la correlativa prestación de maternidad de la Seguridad Social la de preservar la salud de la madre trabajadora ante un hecho biológico singular, considerando que una reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo tras el alumbramiento puede ser perjudicial para la completa recuperación, y haciéndolo compatible esa protección de la condición biológica y de la salud de la trabajadora con la conservación de sus derechos profesionales, sin perjuicio de que pueden tenerse en cuenta otros intereses dignos de protección conectados al hecho del alumbramiento, como la lactancia natural y la especial relación de afectividad entre la madre y el neonato. De este modo, apunta el Tribunal Constitucional que en el caso de parto se puede hablar con propiedad de «periodo

<sup>5</sup> RÍOS RODRÍGUEZ, A. «Protección de la maternidad en la Comunidad Europea». Cuadernos de Trabajo Social, nº 4-5, 1991-1992, pag. 167.

<sup>6</sup> DE LA CORTE RODRÍGUEZ, M. «La protección del embarazo y de la maternidad en el Derecho de la Unión Europea». Revista del ministerio de Empleo y Seguridad Social nº 109, 2014. Pag. 145.

de descanso por maternidad», distinguiéndose entre un periodo de descanso obligatorio, y un periodo de descanso voluntario que la madre puede ceder al padre si lo estima oportuno.

En todo caso, corresponde al legislador, en su legítimo ejercicio de su libertad para configurar el sistema de Seguridad Social y de la apreciación de las circunstancias socioeconómicas concurrentes, poder atribuir el reconocimiento de parte del permiso al otro cónyuge con el propósito de contribuir a un reparto más equilibrado de las cargas familiares.

Por otro lado, el reconocimiento del derecho al permiso por maternidad por razón de parto y el reconocimiento del derecho a la prestación determina la protección de la trabajadora frente a cualquier trato desfavorable como consecuencia de disfrutar o haber disfrutado de un permiso de maternidad. De este modo si la mujer sufre un trato desfavorable a consecuencia de un permiso de maternidad está discriminada por razón del embarazo lo que constituye una discriminación directa por razón de sexo en el sentido establecido en la Directiva 76/207/CEE, tal como se indica en la sentencia TJCE de 13 de febrero de 1996 (Asunto Giullispie y otros C-342/93) relativa a la discriminación por razón de sexo que se produce cuando las retribuciones durante la maternidad son inferiores.

En el mismo sentido, se pronuncia la STJCE de 30 de abril de 1998 (Asunto Thibault C-136/95) relativa a la discriminación por razón de sexo producida en la promoción profesional cuando se excluye a las mujeres durante la ausencia del permiso por maternidad en la calificación anual que incide en la promoción; la sentencia TJCE de 18 de marzo de 2004 (Asunto Merino Gómez C-342/01) relativa a la discriminación por razón de sexo que se produce cuando se establece el derecho a disfrutar las vacaciones anuales en el periodo en que se disfruta del permiso de maternidad a fin de que coincida con el fijado con carácter general en el convenio colectivo para el disfrute de las vacaciones anuales de la totalidad de la plan-

tilla; la sentencia TJUE de 20 de septiembre de 2007 (Asunto Kiiski C-116/06) relativa a la discriminación por razón de sexo producida cuando la normativa nacional excluye con carácter general el embarazo como motivo que puede justificar la modificación de la duración de un permiso parental. De igual forma se pronuncia la sentencia TJUE de 16 de febrero de 2006 (Asunto Sarkatzis Herrero C-294/04) al señalar que se considera discriminatorio que no se reconozca a una trabajadora que se encuentre en permiso de maternidad los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, aplazando la toma de posesión de esa trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de la antigüedad.

Como garantía para las trabajadoras embarazadas, que den a luz o estén en situación de lactancia el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE establece que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras durante el periodo comprendido entre el embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado que sean admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo, así cuando se despidan a una trabajadora en estos casos, el empresario deberá dar motivos justificados del despido por escrito, debiendo a su vez los Estados tomar las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras contra las consecuencias del despido declarado ilegal.

En este sentido resulta abundante la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declarando el carácter discriminatorio de los despidos efectuados durante la maternidad, así la sentencia del TJCE de 8 de noviembre de 1990 (Asunto Handel- og Kontorfunktionærernes Forbund u Danmark C-179/88) que señala que se considera que constituye una discriminación

directa basada en el sexo, el despido de una trabajadora por razón del embarazo, como también constituye una discriminación la negativa a contratar a una mujer embarazada (sentencia de 8 de noviembre de 1990 (Asunto Dekker C-177/88), si bien el despido de una trabajadora por razón de repetidas bajas por enfermedad, no originadas en el embarazo ni por parto, no constituye una discriminación directa basada en el sexo, en la medida en que tales bajas por enfermedad darían lugar al despido de trabajadores masculinos en las mismas condiciones. Igualmente la sentencia de 30 de junio de 1998 (asunto Mary Brown C-394/96) considera discriminatorio el despido de una trabajadora en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por una enfermedad causada por dicho embarazo, aun cuando el despido se produzca en virtud de una cláusula contractual que permite al empresario despedir a trabajadores, independientemente de su sexo, después de un número determinado de semanas de ausencia continuada, pues la situación de una trabajadora encinta que se encuentra en un estado de incapacidad laboral causada por los trastornos relacionados con su embarazo no puede compararse con la situación de un trabajador masculino enfermo que se ausente por incapacidad laboral durante el mismo espacio de tiempo.

En parecido sentido se pronuncian las sentencias del TJCE de 5 de mayo de 1994 (Asunto Gabriele Habbermann-Beltermann C-421/92) que declara discriminatorio el despido de una trabajadora contratada para un trabajo nocturno celebrado ignorando empresario y trabajadora dicho embarazo; la sentencia de 14 de julio de 1994 (Asunto Carole Louise Webb C-32/93) que declara discriminatorio el despido de una trabajadora contratada indefinida que en un primer momento debe sustituir a otra trabajadora durante el permiso de maternidad de esta última y que no puede llevar a cabo porque poco después de su contratación se encuentra embarazada.

En cambio, no supone una discriminación por razón de sexo que una cláusula del contrato de trabajo obligue a una trabajadora que haya manifestado su intención de iniciar un permiso de maternidad durante las seis semanas anteriores a aquella en que se prevea que se producirá el parto, que esté en situación de incapacidad temporal retribuida por enfermedad relacionada con su embarazo inmediatamente anterior a dicha fecha y que dé a luz mientras se encuentra en situación de incapacidad temporal por enfermedad, a adelantar la fecha de inicio del permiso de maternidad retribuido al comienzo de la sexta semana anterior a aquella en que se prevea que se producirá el parto o al comienzo del periodo de incapacidad temporal por enfermedad durante el permiso de maternidad del que debe disfrutar como mínimo en virtud de lo establecido en el artículo 8.1 de la directiva 92/85, como también es discriminatoria una cláusula de un contrato de trabajo que limite, en el marco de un plan de pensiones enteramente financiado por un empresario, la adquisición de derechos a pensión durante el permiso de maternidad (sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1998 Asunto Margaret Boyle C-411/96).

Por tanto, como se afirma en la sentencia del TJCE de 18 de noviembre de 2004 (Asunto Sass C-284/02) si la normativa nacional establece un permiso de maternidad destinado a proteger, durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, tanto la condición biológica de la mujer como las especiales relaciones entre la mujer y su hijo, el derecho comunitario exige que el disfrute de este permiso legal de protección, por una parte, no interrumpa ni la relación laboral de la mujer de que se trate ni la aplicación de los derechos inherentes a dicha relación laboral y, por otra parte, no implique un trato desfavorable para esta.

La diferente naturaleza entre la prestación derivada de maternidad biológica y la concedida como un permiso parental como ocurre cuando el permiso se otorga, por razón de la adopción, por guarda con fines de adopción, o acogimiento se manifiesta con nitidez en la sentencia del TJUE de 19 de septiembre de

2013 (Asunto Betriu Montull C-5/2012). Esta sentencia se pronuncia en relación con una cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de los Social en el marco de un procedimiento en el que se reclamaba la posibilidad de que un trabajador en alta en el régimen general de la Seguridad Social español pudiera disfrutar el periodo de maternidad, por el periodo no obligatorio tras el parto, que la madre no podía disfrutar en aquella época al estar afiliada a una mutualidad sustitutoria de la Seguridad Social, en concreto en la Mutualidad de los Procuradores de los Tribunales de España que en aquel momento no protegía por esta contingencia.

La sentencia indica que la Directiva 92/85/CEE no se opone a que la madre de un menor que tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena decida que el padre del menor tiene la condición de trabajador por cuenta ajena disfrute de todo o parte del permiso de maternidad en relación con el periodo posterior al periodo de descanso obligatorio, pero tampoco se opone a que la legislación del Estado miembro no permita que tal padre pueda disfrutar de este permiso en el supuesto en que la madre del menor, trabajadora por cuenta propia por la razón de estar afiliado a una mutualidad sustitutoria carezca de cobertura de la prestación de maternidad, toda vez que la Directiva 92/85, sólo se refiere a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia cuya actividad profesional se ejerza bajo la dirección de un empresario.

Por otra parte la sentencia se pronuncia sobre la eventual diferencia de trato por razón de sexo, entre las madres que tienen la condición de trabajadoras por cuenta ajena y los padres que tiene la misma condición. Así señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto que al estar concebida la prestación por parto como una medida tendente a la protección biológica de la mujer durante el embarazo y con posterioridad a él, y al carecer la madre del menor en su condición de trabajadora autónoma no afiliada a un régimen pú-

blico de seguridad social, la madre del menor no dispone de derecho alguno a tal permiso y por tanto no puede ceder al padre del menor aquello a lo que originariamente no tiene derecho.

De este modo, las Directivas 92/85/CEE sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas y la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una medida nacional que dispone que el padre de un menor, que tiene la condición de trabajador por cuenta ajena, puede, con el consentimiento de la madre, que tiene la condición de trabajadora por cuenta propia, tener derecho a un permiso de maternidad para el periodo posterior a las seis semanas de descanso obligatorio para la madre inmediatamente posteriores al parto salvo en el caso de que exista riesgo para la salud de la madre.

No obstante, los efectos concretos de la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 75/2011, de 19 de mayo o los de la sentencia del TJUE recaída en el asunto Bitreu Montull han quedado superados en el ordenamiento jurídico español, al establecer la disposición adicional decimonovena de la LGSS que las mutualidades de previsión social alternativas al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos deben contener en su acción protectora las prestaciones de maternidad y paternidad, y determinar el párrafo tercero del artículo 48.4 ET que en el caso de que la madre no tuviera derecho a la prestación de maternidad, el otro progenitor tendría derecho a la suspensión de su contrato de trabajo y por ende a la eventual protección del régimen general de la Seguridad Social.

Por otra parte, hay que señalar que la feminización del permiso de maternidad por causas biológicas y de su eventual prestación se desborda si nos atenemos a la existencia de nuevas realidades sociales y de nuevas

técnicas de reproducción. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016 (recurso 3818/2015) reconoce el derecho a la prestación de maternidad biológica a un progenitor masculino en un caso de maternidad mediante gestación por sustitución o subrogada.

#### 4.2.3. *El permiso de maternidad en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento del menor*

Si como hemos visto anteriormente el permiso por maternidad en los casos de parto tiene como finalidad la protección biológica de la madre y la peculiar relación entre ésta y su hijo, en otros casos los Estados miembros de la Unión Europea, bajo la denominación de permisos parentales incluyen permisos de maternidad, paternidad y parentales propiamente dichos<sup>7</sup>. En este sentido permisos como los contemplados en España como de maternidad por adopción, guarda con fines de adopción o por acogimiento del menor tiene por finalidad velar por el cuidado del menor y su integración en el entorno familiar sin perjuicio también de facilitar en este punto la conciliación de la vida familiar y profesional.

En este sentido, aunque la previsión normativa en España de estos permisos no responde estrictamente a la establecida en la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo Marco, revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEPME, el CEEP y la CES, si se aproximan más a su naturaleza que el permiso por maternidad biológica pues en el fondo lo que se pretende es la conciliación de la vida profesional y familiar. Esto permite que tanto el permiso como la prestación puedan ser reconocidos indistintamente al padre o a la madre o se pueda com-

partir bien de forma simultánea o sucesiva y que mutatis mutandi les sea aplicable el régimen previsto para el permiso parental<sup>8</sup>.

Así la sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 2010 (Asunto Pedro Roca Álvarez C-104/09) señala que un permiso que reviste la forma de una autorización de ausencia durante la jornada laboral o bien una reducción de la duración de ésta tiene como efecto favorecer a las mujeres al permitir que la madres que tienen la condición de trabajadoras por cuenta ajena conserven su empleo a la vez que dedican tiempo a su hijo. Este efecto se refuerza por el hecho de que si el padre también tiene la condición de trabajador por cuenta ajena, pueda disfrutar del permiso en lugar de la madre, quien no sufrirá las consecuencias negativas en su empleo a causa del cuidado y la atención dedicados a su hijo, derecho que también debe alcanzar al padre cuando la madre carece del derecho.

El supuesto típico de coordinación de legislaciones en materia de Seguridad Social en este tipo de prestaciones se produciría en los casos en los que el trabajador o trabajadora reside o permanece en un Estado distinto del competente y que a consecuencia de la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento del menor suspendiera la relación laboral con la finalidad de cumplir los objetivos de integración o guarda indicados. En este sentido, a efectos de la coordinación de sistemas, alcanza especial trascendencia el principio de asimilación de condiciones regulado en el artículo 5 del Reglamento (CE) 883/2004, particularmente la asimilación de conceptos como guarda con fines de adopción o acogimiento, aplicándose en todo caso, para la coordinación las reglas de coordinación de las prestaciones monetarias de asistencia sanitaria.

Como ocurría en el caso de la maternidad biológica, las legislaciones de los Estados de la

<sup>7</sup> SERRANO GARCÍA, MJ. «Los permisos de maternidad, paternidad y parentales en los instrumentos jurídicos de la Unión Europea. Revista Relaciones Laborales 13/2012.

<sup>8</sup> Conclusiones del Abogado General en la Cuestión Prejudicial, apartado 76 (Asunto Bitreu Montull C-5/12).

Unión no son uniformes, si bien, prevalecen los Estados en los que los permisos de maternidad por adopción tiene la misma duración que los establecidos para la maternidad biológica, es el caso de las legislaciones de Bulgaria, Hungría, España, Finlandia, Islandia, Italia, Lituania, Malta, Polonia, Suecia o Eslovaquia<sup>9</sup>.

Con carácter general se prevé la prolongación de los permisos cuando las adopciones, acogimientos o guardas con fines de adopción son múltiples, y se establece la posibilidad de adelantar el permiso cuando así lo exijan los trámites burocráticos, alargándose dicho anticipo en los casos de adopción internacional.

Casi todos los Estados establecen un límite en la edad del menor para obtener el permiso, que también es variable, así en España se establece en los seis años, en Chequia en los 7 años, en Chipre en los 12 años, en Noruega en los 15 años, Croacia en los 18 años.

También en todos los Estados se contempla la posibilidad de los padres que puedan disfrutar indistintamente los permisos de maternidad por adopción, bien de forma simultánea o sucesiva e incluso que se pueda disfrutar a tiempo parcial.

Igualmente, como ocurría con los permisos de maternidad biológicos en algunos Estados como Dinamarca, Noruega o Suecia los permisos de maternidad por adopción se pueden combinar con los permisos de paternidad y los permisos parentales estableciéndose una cuota para el padre y otra para la madre.

#### 4.2.4. *La adecuación de la prestación por maternidad*

Como hemos visto el artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE establece que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras en las situaciones de embarazo, cuando den a luz o en situación

de lactancia disfruten del permiso de maternidad, añadiendo el artículo 11 de la Directiva que durante el disfrute del permiso se deberán garantizar los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras, así como una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada a las trabajadoras.

Como vemos la Directiva permite establecer que sea el empresario el que retribuya a la trabajadora durante el disfrute de la licencia o bien que se perciba una prestación de la Seguridad Social durante dicho periodo. Ahora bien se determine uno u otro mecanismo, la compensación a la trabajadora debe ser adecuada. El principio de adecuación se cumple cuando se garantice a la trabajadora unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría en el caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales. Por tanto, durante el permiso de maternidad se debe garantizar a las trabajadoras la percepción de dicho volumen de ingresos tanto si se recibe una remuneración, una prestación o una combinación de remuneración y prestación<sup>10</sup>.

En este sentido el legislador de la Unión Europea ha pretendido garantizar que durante su permiso de maternidad se mantenga una retribución íntegra, como si continuase ocupando efectivamente, como los demás trabajadores, su puesto de trabajo o al menos un importe equivalente a la prestación prevista por las legislaciones nacionales de Seguridad Social para las interrupciones del trabajo por razones de salud (Sentencia del TJUE de 1 de julio de 2010 Asunto Susanne Gasmayr C-194/08, que ya fue adelantada en la sentencia TJCE de 27 de diciembre de 1998 Asunto Margaret Boyle C-411/96) que señala que no

<sup>10</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A.; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; CEBRIÁN CERRILLO, A. «la maternidad y paternidad de la Unión Europea. Comentario a la Directiva 2006/54/CE; su inmediata incorporación por la futura Ley de igualdad y el propósito reparador de éste respecto de algunos defectos transitorios de la Directiva 92/85/CE. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 67. Pags. 241 a 273.

<sup>9</sup> Fuente: Mutual Information System on Social Protection

se pretende garantizar la percepción de unos ingresos mayores que aquéllos que, en virtud del contrato de trabajo, el empresario se halla obligado a pagarle en caso de incapacidad temporal por enfermedad.

La remuneración engloba todas las gratificaciones satisfechas directa o indirectamente por el empresario a la trabajadora durante el permiso de maternidad en razón de la relación de servicios que ha sido interrumpida (STJCE de 13 de febrero de 1996 Asunto Gilliespie C-342/93), mientras que el concepto de prestación comprende todo ingreso que perciba la trabajadora durante el permiso de maternidad y que no satisfaga el empresario en virtud de la relación de trabajo.

En este sentido, la sentencia TJCE de 21 de octubre de 1999 (Asunto Susanne Lewen C-333/07) señala que la Directiva 92/85/CEE pretende garantizar a las trabajadoras durante su permiso de maternidad unos ingresos determinados tanto si dichos ingresos de abonar como una retribución, una prestación o una combinación de ambas, de manera que una gratificación de Navidad abonada con carácter voluntario por el empleador y que se abone principal o exclusivamente como incentivo al trabajo futuro y/o fidelidad a la empresa no encaja en el concepto de remuneración sino en el de gratificación y por tanto, no debe ser garantizada durante el permiso de maternidad. Tampoco se considera remuneración a estos efectos, el complemento por disponibilidad en el lugar de trabajo que se abona a los trabajadores en función de la duración del servicio efectuado durante las horas extraordinarias y del promedio de actividad desarrollada por la trabajadora durante ese tiempo, pues no se está obligado a abonar los componentes de la remuneración o los complementos que dependen del ejercicio de condiciones singulares y que tiende a compensar los inconvenientes inherentes a ese ejercicio, si bien la remuneración o la prestación garantizada se puede determinar en función del salario medio percibido por el trabajador durante las 13 semanas anteriores a la prohibición de trabajar

(Sentencia TJUE de 1 de julio de 2010 Asunto Gassmayr).

Desde esta perspectiva se acomoda al derecho de la Unión Europea la exclusión de la base de cotización para calcular la base reguladora de la prestación de maternidad las percepciones por horas extraordinarias, las mejoras voluntarias establecidas por el trabajador que no se encuentren ligadas a la realización de un trabajo desempeñado y en general cualquier percepción que tuviera carácter extrasalarial.

En cambio, cuando la retribución percibida por la trabajadora durante el permiso de maternidad se establezca, al menos en parte, sobre la base del salario percibido antes del inicio de dicho permiso, todo aumento del salario que se produzca entre el comienzo del periodo cubierto por el salario de referencia y la finalización del permiso debe integrarse en los conceptos salariales que se utilizan para el cálculo de la retribución percibida por la trabajadora durante el permiso, de manera que tal exigencia ni se limita únicamente al supuesto en que el aumento les sea aplicado retroactivamente al periodo cubierto por el salario de referencia (sentencia del TJUE de 30 de marzo de 2004 Asunto Michelle K. Alabaster C-147/02).

En todo caso, hay que señalar que el artículo 11.1 de la directiva 92/85/CEE solo prevé una protección mínima en relación con el derecho a ingresos de las trabajadoras embarazadas, por lo que nada impide que la legislación de los Estados miembros o en su caso los interlocutores sociales puedan prever el mantenimiento de todos los componentes de la remuneración y de todos los complementos a los que la trabajadora tenía derecho antes del embarazo y de su traslado provisional a otro puesto de trabajo (Sentencia TJUE de 1 de junio de 2010 (Asunto Sanna María Parviainen).

Por otra parte, los Estados miembros tendrán la facultad de someter el derecho a la remuneración o a la prestación a la condición de que la trabajadora cumpla los requisitos que

contemplan sus legislaciones para tener derecho a las mismas, si bien entre dichos requisitos no se pueden contemplar en ningún caso, periodos de trabajo previo superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto, tal como dispone el artículo 11.4 de la Directiva 92/85/CEE.

### 4.3. El permiso de paternidad

La resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales reunidas en el seno del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la participación de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar se planteó el objetivo de la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, de forma paralela con el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres en la toma de decisiones en la actividad profesional y empresarial. Estos dos objetivos constituían dos supuestos especialmente importantes para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, por lo que se alentó a los Estados miembros a elaborar estrategias globales e integradas encaminadas a lograr la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, teniendo en cuenta entre otras medidas las de evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconocieran a los hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad con motivo del nacimiento o adopción de un hijo, manteniendo sus derechos en materia laboral y establecido con independencia de la duración del permiso de maternidad.

Por su parte la Directiva, hoy derogada, 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modificaba la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo, dejaba en manos de los Estados la posibilidad de establecer permisos de

paternidad al considerar que la norma comunitaria no afectaría al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos de paternidad y/o adopción, si bien ordenaba a los Estados miembros que reconocieran tales derechos que tomaran las medidas necesarias para proteger a los trabajadores –hombres y mujeres– del despido garantizando el reintegro al puesto de trabajo que ocupaban.

En la misma línea la Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en su artículo 16 dispone que la Directiva no afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos de paternidad y/o de adopción, de manera que los Estados miembros que reconozcan tales derechos deben tomar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores –hombres y mujeres– del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o al que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.

La decisión de dejar libertad a los Estados para establecer o no permisos de paternidad y para su configuración provoca que no todos los Estados hayan establecido en su ordenamiento jurídico permisos y prestaciones de Seguridad social durante el disfrute de estos y que sean de diversa duración. Así en Bélgica el permiso se establece en diez días, en Bulgaria se configura como una licencia pagada de 15 días, en Finlandia el permiso puede llegara hasta los 54 días, en Francia 11 días en caso de partos múltiples 18 días; en Hungría 5 días y 7 en caso de parto múltiple, en España 4 semanas; en Irlanda dos semanas, en Lituania 2 días; en Italia 1 día; en Letonia 10 días naturales, en Luxemburgo y en Malta se conceden dos días; en Portugal 15 días; en Eslovaquia 15 días; en Suecia 10 días y en Reino Unido dos semanas<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Fuente: Mutual Information System on Social Protection.



La Comisión Europea ha efectuado con fecha 26 de abril de 2017 una comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones con una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores en la que se plantea el establecimiento de un permiso obligatorio de paternidad.

La Iniciativa aborda la infrarrepresentación de las mujeres en el mercado de trabajo y apoya su progresión profesional mediante una política moderna de conciliación de la vida familiar y la vida profesional, así como contribuir a los objetivos previstos en el Tratado de igualdad entre hombres y mujeres en lo que respecta a las oportunidades del mercado laboral y la igualdad de trato en el trabajo. Igualmente se propone ayudar a los empleadores a retener a los trabajadores, mejorar la motivación y la productividad de los empleados, reducir el absentismo y evitar que se desaproveche el talento, mejorar las tasas de empleo y reducir la pobreza y la exclusión social.

Como presupuesto la Comisión considera que ha quedado demostrado que la disponibilidad de unas fórmulas adecuadas de permisos tiene una gran influencia en el mercado femenino, y que igualmente la existencia y el uso de estas fórmulas para los padres, o el segundo progenitor, también tiene un impacto considerable en la participación de las mujeres en el mercado de trabajo. Y alivia algunas responsabilidades familiares de las madres, con lo que se facilita la reincorporación de las mujeres al mercado de trabajo.

En este sentido, la Comisión propone una directiva sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional, con la que se mantendrán los derechos existentes y se utilizarán como base para unos derechos nuevos y mejorados tanto para las mujeres como para los hombres, respetando la libertad individual de los trabajadores y sus familias sin impedir que los Estados miembros puedan establecer unas normas más estrictas si lo desean.

La combinación de medidas legislativas y no legislativas que propone la comisión establece un marco de políticas que tiene por objetivo:

- Incrementar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y reducir la brecha de género, incluida la brecha salarial y en materia de pensiones.

- Dar a los trabajadores más oportunidades y una mayor posibilidad de elección para equilibrar sus responsabilidades profesionales y de cuidado de personas mediante la actualización y la modernización del marco jurídico y de las políticas de la actualidad prestando una especial atención al papel de los hombres.

- Dar apoyo a las políticas familiares de los Estados miembros, lo que incluye hacer frente a los desafíos demográficos y sociales.

- Abordar las carencias de las instalaciones de servicios para el cuidado de personas y eliminar los desincentivos económicos para los segundos perceptores de un empleo remunerado.

Pues bien, la comisión propone una Directiva que mejore la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de progenitores y cuidadores y que preserve y se fundamente en los derechos existentes, en particular con arreglo a la Directiva sobre el permiso parental. En dicha directiva se proponen los siguientes nuevos derechos:

- Posibilidad de flexibilidad (fragmentado o a tiempo parcial) al disfrutar de los cuatro meses de derecho a permiso parental remunerados al nivel de la baja por enfermedad. Este permiso podrá disfrutarse hasta que el niño cumpla los doce años, y no puede transferirse este derecho entre los progenitores.

- Un derecho a diez días laborables de permiso de paternidad cuando nace un niño, remunerados al nivel de la baja por enfermedad.

- Un derecho a cinco días de permisos al año por trabajador, remunerados al mismo ni-

vel que la baja por enfermedad, para cuidar a familiares gravemente enfermos o dependientes.

– Un derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para los padres de niños de hasta 12 años de edad y trabajadores con responsabilidades familiares.

Estas medidas se deberán acompañar con otras no legislativas como el seguimiento de la trasposición de la Directiva y la promoción de su cumplimiento; realizar un seguimiento de la concepción del reparto equilibrado entre las mujeres y los hombres de los permisos relacionados con la familia y las fórmulas de trabajo flexible; mejorar los datos de la toma de permisos relacionados con la familia y las fórmulas de trabajo; proporcionar financiación para nuevos proyectos pilotos y apoyo a las medidas de conciliación de la vida familiar y la profesional; compartir las mejores prácticas; o mejorar la calidad, la asequibilidad y el acceso a los servicios de cuidado de niños y de cuidados de larga duración, así como abordar los desincentivos para que los progenitores y los cuidadores trabajen.

## 5. LOS SUBSIDIOS POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

La Directiva Marco 89/391/CE, de 12 de junio, sobre medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, planteaba la necesidad de proteger a determinados grupos expuestos a riesgos, indicando en el artículo 15 que los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica, encomendando el artículo 16 de la Directiva al Consejo aprobar previa propuesta de la Comisión directivas específicas en materia de prevención de riesgos laborales.

Fruto de esta encomienda se dictaron diversas directivas de aplicación y desarrollo, entre ellas como décima la Directiva 92/85/

CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, la que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

La Directiva encuentra su fundamento en el artículo 118 A del Tratado de las Comunidades europeas, actual artículo 152 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que obliga al Consejo a establecer mediante directivas, las disposiciones mínimas para promover la mejora del medio de trabajo, con el fin de mejorar la seguridad y salud de los trabajadores, así como en el Punto 19 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores adoptada por el Consejo Europeo de Estrasburgo de 9 de diciembre de 1989, por los Jefes de Estado y de Gobierno de once Estados miembros, que dispone, que todo trabajador debe disfrutar en su medio de trabajo de condiciones satisfactorias de protección de su salud y de su seguridad y que deben adoptarse medidas adecuadas para proseguir la armonización en el progreso de las condiciones existentes en este campo.

Desde esta perspectiva en la Directiva se constata que la trabajadora embarazada, que haya dado a luz en periodo de lactancia, debe considerarse por muchos motivos, un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles y que deben tomar medidas relativas a su salud y seguridad; que la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que ya haya dado a luz o en periodo de lactancia, no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres; que determinadas actividades pueden presentar un riesgo específico de exposición de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, así como agentes, procedimientos y condiciones de trabajo peligrosos y que, por lo tanto, dichos riesgos deben ser evaluados y el resultado de esta evaluación comunicado a las trabajadoras y/o a sus representante; que para el caso en que el resultado de dicha evaluación revele un riesgo para la seguridad o la salud de la trabajadora,

debe establecerse un dispositivo encaminado a la protección de la trabajadora; que la trabajadora embarazada y en periodo de lactancia no debe realizar actividades cuya evaluación ha revelado un riesgo de exposición a determinados agentes o condiciones de trabajo particularmente peligrosos que pone en peligro la seguridad o salud; que es conveniente adoptar disposiciones para que la trabajadora embarazada, la que haya dado a luz o se encuentre en periodo de lactancia no esté obligada a realizar un trabajo nocturno cuando ello sea necesario desde el punto de vista de su seguridad y salud; que la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o que se encuentre en periodo de lactancia hace necesaria que se reconozca un derecho a un permiso de maternidad de cómo mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, y obligatorio un permiso de maternidad de cómo dos semanas inmediatamente posterior al parto.

La Directiva 92/85/CEE considera fundamental que la protección gravite sobre el principio de igualdad asegurando que los permisos derivados a consecuencia de los riesgos protegidos deben ir acompañados del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y una prestación adecuada<sup>12</sup>. La protección de la mujer embarazada o lactante ante los riesgos que pudieran afectar a su salud, a la del feto o a la del lactante ha de ser contemplada necesariamente desde la perspectiva de la igualdad, y así con cierto sentido de la oportunidad, la trasposición de la directiva en España se efectuó en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, concretamente en sus disposiciones adicionales duodécima y decimoctava, configurándolas como contingencias de carácter profesional<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> BENAVENTE TORRES, M.I. «Prevención de riesgos laborales y maternidad», en Igualdad de Género en el Trabajo, Estrategias y Propuestas.

<sup>13</sup> COSSIO RODRIGUEZ, M<sup>o</sup>. P. «Estudio conjunto de las prestaciones por riesgos durante el embarazo y durante la lactancia

El artículo 4 de la Directiva 92/85/CE establece que para cualquier actividad que pueda presentar un riesgo específico de exposición a alguno de los agentes, procedimiento o condiciones de trabajo cuya lista no exhaustiva figura en el anexo I<sup>14</sup>, el empresario, directamente o por medio de los servicios de protección y prevención deberá determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición en las empresas o el establecimiento de que se trate, de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia para poder apreciar cualquier riesgo para la salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia de dichas trabajadoras, y para determinar las medidas que de-

natural». Estudios sobre la Seguridad social. VVAA. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet. Pag. 623.

<sup>14</sup> La Lista no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo establecida en el anexo I se recogen los siguientes agentes, procedimientos y condiciones de trabajo:

A) Agentes físicos, cuando se considere que pueden implicar lesiones fetales y/o provocar un desprendimiento de la placenta, en particular: a) Choque, vibraciones o movimientos; b) Manutención manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular dorsolumbares; c) Ruido; d) Radiaciones ionizantes; e) Radiaciones no ionizantes; f) Frío y calor extremos; g) Movimientos y posturas, desplazamientos (tanto en el interior como en el exterior del establecimiento), fatiga mental y física y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o lactante.

2) Agentes biológicos. Agentes biológicos de los grupos 2, 3 y 4 en el sentido de los números 2, 3 y 4 de la letra d) del artículo 2 de la Directiva 90/679/CEE, en la medida en que se sepa que dichos agentes o las medidas terapéuticas que necesariamente traen consigo ponen en peligro la salud de las mujeres embarazadas y del niño aún no nacido, y siempre que no figuren todavía en el Anexo II.

3) Agentes químicos. Los siguientes agentes químicos, en la medida en que se sepa que ponen la salud de las mujeres embarazadas y del niño aun no nacido, y siempre que no figuren en el Anexo II: a) Las sustancias etiquetadas R 40; R 45, R 46 y R 47 por la Directiva 67/548/CEE, en la medida en que no figuren todavía en el anexo II; b) Los agentes químicos que figuran en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE; c) Mercurio y derivados; d) Medicamentos antinómicos; e) Monóxido de carbono; f) Agentes químicos peligrosos de penetración cutánea formal.

B) Procedimientos:  
Procedimientos industriales que figuran en el anexo I de la Directiva 90/394/CEE.

C) Condiciones de trabajo:  
Trabajos de minería subterránea.

berán adoptarse. Igualmente, en la empresa o establecimiento de que se trate, se comunicará a todas las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz y a las lactantes y/o a sus representantes, los resultados de la evaluación y todas las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo.

Las consecuencias de la evaluación se indican en el artículo 5 de la Directiva, señalando el precepto que si los resultados de la misma se revelen riesgos para la seguridad o la salud, así como alguna repercusión en el embarazo o la lactancia de una trabajadora, el empresario tomará las medidas necesarias para evitar, mediante una adaptación provisional de las condiciones del trabajo o en su caso, del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, que esta trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo. En este sentido, si la adaptación de las condiciones de trabajo o en su caso, del tiempo de trabajo no resulta técnica u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada. Si tampoco el cambio de puesto de trabajo resulta técnica u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y prácticas nacionales, durante todo el periodo necesario para la protección de la salud.

Es durante esta dispensa del trabajo en la que algunas legislaciones determinan el reconocimiento de retribuciones abonadas por el empresario o un subsidio económico abonado por la Seguridad Social, o una combinación de remuneración y prestación que permita garantizar un determinado nivel retributivo en los términos establecidos en el artículo 11 de la Directiva 92/85/CEE, precepto que tratamos al estudiar la adecuación de la prestación de maternidad. En este sentido, en España se ha optado por garantizar la protección a través de una prestación de Seguridad Social calificada como derivada de contingencia profesional y superior al límite establecido en el

artículo 11 de la Directiva, es decir superior a la prestación que se deberá percibir por incapacidad temporal.

La Directiva se aplica tanto al sector público como al privado, incluidas las administraciones y organismos públicos, y su protección únicamente está dirigida a los riesgos que estén relacionados con agentes, procedimientos y condiciones del puesto de trabajo desempeñado o cuando no estándolo, sea conveniente en base a otros riesgos extra laborales la suspensión del contrato de trabajo y la concesión de la correlativa prestación, por lo que se hace necesaria la realización de una serie de procesos y valoraciones individualizadas relativas a los procesos productivos, la organización de la empresa, y el estado físico de la embarazada o los condicionamientos en la lactancia<sup>15</sup>.

De este modo el riesgo durante el embarazo o durante la lactancia no se puede presumir cuando concurren circunstancias que puede suponer un peligro en abstracto para la trabajadora, el feto, o el lactante, por lo que hay que atender a los riesgos específicos teniendo en cuenta además la imposibilidad de la adaptación de las condiciones de trabajo o del cambio de puesto de trabajo<sup>16</sup>. En este sentido, se ha pronunciado reiteradamente nuestro Tribunal Supremo al requerir precisión sobre los concretos agentes nocivos detectados efectivamente en el puesto y de los efectos que los mismos pueden tener sobre la madre o sobre el lactante<sup>17</sup>, siendo necesario conocer con detalle la naturaleza, grado y duración de la exposición al riesgo.

<sup>15</sup> SÁNCHEZ TRIGUERO, C. «La protección Social por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural: Régimen Jurídico». Estudios sobre seguridad Social. WAA. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. «La regulación de la lactancia en el ordenamiento laboral: algunas cuestiones pendientes». Revista Derecho de las Relaciones Laborales nº 5 Mayo de 2017. Lefebvre El Derecho. Pag. 435.

<sup>17</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2013 (recurso 1563/2012).

La evaluación de los riesgos del puesto de trabajo, indicada en el artículo 4 de la Directiva 92/85/CEE, debe ser interpretada conjuntamente con las Directrices a las que hace referencia la propia Directiva en su artículo 3. Este último precepto prevé la aprobación por la Comisión, en concertación con los Estados miembros y la asistencia del Comité Consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el trabajo, de una serie de directrices que tendrán por objeto servir de guía para la evaluación de los riesgos del puesto de trabajo, y que deben ser comunicadas por los Estados miembros a los empresarios y trabajadores y a sus representantes. Estas Directrices fueron hechas públicas en la Comunicación COM/2000/0466, de la Comisión sobre directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado luz o en periodo de lactancia.

En este sentido, las Directrices determinan que la evaluación cualitativa y cuantitativa de los riesgos representa la fase más delicada del proceso, ya que la persona que lleva a cabo la evaluación ha de ser competente y tener debidamente en cuenta la información pertinente, incluida la que facilite la propia mujer embarazada o lactante o sus consejeros, a la hora de aplicar los métodos adecuados para decidir si el peligro detectado conlleva efectivamente una situación de riesgo para las trabajadoras.

La evaluación debe tener en cuenta en principio, los aspectos preventivos de las normas de prevención, entre otras la Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, pero además hay que tener en cuenta todos los aspectos. En efecto, la evaluación debe tener en cuenta los aspectos particulares, ya que el embarazo se contempla como un estado en permanente evolución que varía en función de cada trabajadora, que además no sólo afecta a la trabajadora embarazada sino también al feto y al lactante,

de manera que una evaluación única puede no ser suficiente al ser el embarazo un proceso dinámico y no estático, a lo que hay que añadir que los diversos riesgos afectan en distinto grado a las mujeres, a los fetos y a los niños, tanto durante el embarazo como después del parto, debiéndose tener en cuenta los consejos médicos y las preocupaciones de las trabajadoras.

Por otra parte, las Directrices establecen dos cuadros de riesgos, de un lado los riesgos generales y situaciones asociadas, y de otro, los riesgos derivados de peligros específicos. Los primeros hacen referencia a los riesgos a los que pueden enfrentarse la mayoría de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz recientemente o en periodo de lactancia. En cambio, en la evitación de riesgos derivados de peligros específicos hay que tener en cuenta que la combinación de diversos factores implicados pueden provocar los peligros, lo que determina que dado el carácter dinámico y evolutivo del embarazo que hemos indicado anteriormente y la influencia de las características personales de la trabajadora, del feto o del lactante provocan que las mismas condiciones de trabajo puedan plantear distintos problemas de salud y seguridad a cada mujer en función de la fase del embarazo, o tras la reincorporación al trabajo, o durante la lactancia, de manera que algunos problemas pueden preverse y afectan en general a todas las mujeres mientras que otros dependen de circunstancias individuales y del historial médico personal.

Un problema que se plantea desde una perspectiva comunitaria y particularmente desde el punto de vista de la prohibición de discriminación de las trabajadoras en el sentido establecido en el artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo de 5 de julio de 2006, y es el de la carga de la prueba de la existencia del riesgo y de la imposibilidad de la realización de las actividades previas adaptación del puesto de trabajo o cambio de puesto de trabajo.

La cuestión ha sido planteada prejudicialmente ante el TJUE por la Sala de lo Social

del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dando lugar a la Cuestión prejudicial C-531/15 Asunto Elda Otero Ramos contra el Servicio Galego de Saude y el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

El supuesto de hecho versa sobre la solitud de la prestación por riesgo durante la lactancia natural denegada por la entidad gestora por considerar que la trabajadora no se encontraba en un puesto de trabajo sometido a un riesgo específico, y tras la presentación de una demanda, la decisión de la entidad gestora fue confirmada por el Juzgado de lo Social. En el ramo de prueba obrante en los autos aparecían dictámenes discrepantes, por un lado una declaración empresarial en la que se afirmaba que el puesto de trabajo desempeñado por la demandante era de los considerados sin riesgo en la relación de puestos de trabajo que había confeccionado la empresa, previa consulta con representantes de los trabajadores, así como un informe del Doctor del Servicio de Medicina Preventiva-Prevención de Riesgos Laborales, según el cual se consideraba a la trabajadora apta para la realización del trabajo durante la lactancia materna; por otro lado se aportaba informe de la superior jerárquica de la trabajadora, a la sazón Jefa de servicio de la unidad de urgencias del Hospital en que la trabajadora prestaba servicios en el que se establecía determinados riesgos que podían afectar negativamente a la lactancia materna.

Tras el planteamiento del recurso de suplicación, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia plantea en primer lugar si resultan aplicables las reglas sobre la carga de la prueba, establecidas en el artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE, para determinar la existencia de riesgo durante la lactancia natural. En segundo lugar, de resultar afirmativa la primera contestación, se plantea si se pueden considerar hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta por la existencia de riesgos para la lactancia natural en el ejercicio de la profesión de enfermera acreditados a través de un informe fundado emitido por un médico que es a la vez el jefe

del servicio de urgencias del hospital donde la trabajadora presta servicios. En tercer lugar se plantea que en el caso de contestación afirmativa a la segunda pregunta, si se pueden considerar demostrativas y sin ningún cuestionamiento, de que ha habido una vulneración del principio de igualdad, los informes relativos a la relación de puestos de trabajo y del servicio de medicina preventiva del hospital, sin que contengan especificaciones acerca de cómo se ha alcanzado las conclusiones en dichos documentos. Por último, se cuestiona que en el caso de respuesta negativa a la tercera pregunta ¿a quién corresponda la carga de acreditar, una vez que se acredite la existencia de riesgos la imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo sin riesgo para la lactancia, o la imposibilidad de proceder al cambio del puesto de trabajo?

La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación establece en su artículo 19 de dicha Directiva, que los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante.

Estas reglas sobre la carga de la prueba serán también aplicables en la medida en que exista discriminación por razón de sexo, por la Directiva 92/85/CEE. Igualmente, el artículo 2.2.c) de la directiva 2006/54/CE dispone que el concepto de discriminación incluirá el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso de maternidad en el

sentido de la directiva 92/85/CEE, lo que incluyen también a la madre lactante, pues únicamente una madre que haya dado a luz recientemente produce la leche requerida para amamantar a un niño.

Pues bien, según el Abogado General la expresión «trato menos favorable» incluye la aplicación incorrecta de los requisitos del artículo 4.1 de la Directiva 92/85/CEE a una mujer que está en periodo de lactancia, de manera que si ello ocurre, se priva a la persona afectada de la protección que debería obtener de acuerdo con dicha disposición se produciría un trato desfavorable que constituye una discriminación directa por razón de sexo, a lo que hay que añadir que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Directiva 2006/54/CE esta norma se aplica sin perjuicio de las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular referida al embarazo y la maternidad.

De esta forma en la medida en que la demandante alega que no se ha llevado a cabo una evaluación en los términos establecidos en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85/CE puede constituir un trato menos favorable de una trabajadora lactante lo que implica una eventual discriminación por razón de sexo de manera que el corresponde a la demandante acreditar la existencia de un indicio racional de que el artículo 4.1 de la Directiva 92/85/CEE ha sido interpretado o aplicado incorrectamente.

A partir de aquí no puede exigirse a la mujer afectada que lleve a cabo su propia evaluación detallada de riesgos para refutar la evaluación de su empleador de un modo que no deje lugar a dudas, pues es poco probable que tenga acceso a los especialistas en salud laboral necesarios para evaluar su puesto de trabajo, sus condiciones de trabajo y los riesgos a los que ella o su hijo pueden ser expuestos, por lo que de acuerdo con lo determinado en el artículo 19 de la directiva 2006/54/CE parece razonable se invierta la carga de la prueba y sea a la empresa y la administración demandada a quien corresponda acreditar la ausencia de riesgos.

La existencia de la eventual discriminación resulta con independencia de que la protección de la suspensión del contrato a consecuencia del riesgo sea retribuido con un salario o con una prestación de Seguridad Social pues el ámbito de aplicación de la directiva 2006/54/CE en relación con la aplicación de la Directiva 92/85/CE y particularmente con la correcta aplicación de su artículo 4, se extiende a ambos tipos de protección.

El TJUE dictó sentencia el 19 de octubre de 2017 señalando de conformidad con lo expuesto por el Abogado General, que cuando los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en periodo de lactancia no han sido evaluados con arreglo a las exigencias establecidas en el artículo 4 apartado 1 de la Directiva 92/85/CEE, se priva a la trabajadora afectada y a su hijo de la protección que ha de otorgársele en virtud de esta Directiva, ya que pueden estar expuestos a los riesgos potenciales cuya existencia no haya sido correctamente demostrada al evaluar los riesgos que presenta el puesto de trabajo de la trabajadora afectada, de manera que no se pueden tratar del mismo modo a una trabajadora en periodo de lactancia que a cualquier otro trabajador, ya que su situación específica requiere imperativamente un trato especial por parte del empresario.

De este modo concluye el Tribunal, como lo hacía el Abogado General, considerando que la inexistencia de una evaluación de riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia, con arreglo a las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85/CEE, supone un trato menos favorable a una mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad, y constituye una discriminación directa por razón de sexo, por lo que procede contestar a la primera cuestión planteada que el principio de inversión de la carga de la prueba previsto en el artículo 19 de la Directiva 2006/54 debe aplicarse en una situación como la controvertida, en la que una trabajadora en periodo de lactancia impugna ante un órgano jurisdiccional nacional que la evaluación de riesgos que

presenta el puesto de trabajo no se ha realizado de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la Directiva 92/85/CEE.

Añade el Tribunal que las reglas relativas a la prueba previstas en esta disposición no se aplican en el momento en que la trabajadora de que se trata solicita la adaptación de sus condiciones de trabajo o, cuando se solicita la prestación por riesgo, exigiendo que se lleve a cabo una evaluación de riesgos que presenta el puesto de trabajo, sino que estas reglas solo han de aplicarse en una fase posterior, cuando la trabajadora afectada impugna una decisión relativa a esta evaluación de riesgos ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente. De este modo corresponde a la trabajadora plantear ante el órgano jurisdiccional un principio de prueba que puedan mostrar que la evaluación de riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo con arreglo a lo establecido en el artículo 4 apartado 1 de la Directiva 92/85/CE. A partir de aquí se produce la inversión de la carga de la prueba y por tanto le corresponde a la parte demandada demostrar que no se ha vulnerado el principio de no discriminación.

El Tribunal concluye que en el caso controvertido la presentación por la actora del informe emitido por su superior jerárquico cumple las exigencias de razonabilidad para demostrar el eventual incumplimiento en la evaluación y por lo tanto corresponde a la parte demandada demostrar que la evaluación de los riesgos ha sido adecuada.

Por otra parte, en la medida en que las reglas de prueba se aplican en el ámbito de la solicitud de la dispensa del trabajo durante el periodo necesario para la protección de su seguridad y salud y presenta prueba que permitan indicar que las medidas de adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio del puesto de trabajo, no eran factibles, corresponde al empresario acreditar que estas medidas era técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente.

## BIBLIOGRAFÍA

- BENAVENTE TORRES, M<sup>a</sup> INMACULADA. «El riesgo durante el embarazo, parto reciente y lactancia natural. Un análisis propositivo. Ediciones Laborum. 2016.
- CARRASCOSA BERMEJO, DOLORES. «La coordinación Comunitaria de la Seguridad Social». CES Colección Estudios. 2004.
- DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, LUCÍA. «Prestación de riesgo durante el embarazo y embarazo de riesgo». Revista Española de Derecho del Trabajo n<sup>o</sup> 196. Marzo 2017.
- DE LA CORTE RODRIGUEZ, MIGUEL. «La protección del embarazo y de la maternidad en el Derecho de la Unión Europea». Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social n<sup>o</sup> 109. 2014.
- DE COSSIO RODRIGUEZ, M<sup>a</sup> PATRICIA. «Estudio conjunto de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural en el régimen general de la Seguridad Social». Estudios sobre Seguridad Social. (Libro homenaje al profesor García Ninet). Atelier Libros Jurídicos. 2017.
- GARRIGUES GÍMENEZ, A.; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; CEBRIÁN CERRILLO, A. «la maternidad y paternidad de la Unión Europea. Comentario a la Directiva 2006/54/CE; su inmediata incorporación por la futura Ley de igualdad y el propósito reparador de éste respecto de algunos defectos transitorios de la Directiva 92/85/CE». Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales n<sup>o</sup> 67.
- GARRIGUES GÍMENEZ, AMPARO. «Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención». Revista Derecho de las relaciones laborales n<sup>o</sup> 8/2017.
- MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, LÓPEZ INSÚA, BELÉN DEL MAR. «La protección social de la maternidad: análisis jurídico-crítico de los instrumentos de tutela y acción protectora». Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer. Moya Amador, Rosa (Directora) y Serrano falcón, carolina (Coordinadora). Thomson Reuters Aranzadi. 2016.
- MUÑOZ MOLINA, JULIA. «La mujer en el ordenamiento de la Seguridad Social». Igualdad de Género en el trabajo: Estrategias y Propuestas. Ediciones Laborum. Sáez Lara, C. (Directora). Laborum. 2016.
- PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J. «Las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedad profesional en el ámbito de la Unión Europea: del reglamento 883/2004 a los Reglamentos 987/2009 y 988/2009». «la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009». VVAA. Directora: Cristina Sánchez-Rodas Navarro.



- RÍOS RODRÍGUEZ, A. «Protección de la maternidad en la Comunidad Europea». Cuadernos de Trabajo Social, nº 4-5.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. «La regulación de la lactancia en el ordenamiento laboral: algunas cuestiones pendientes». Revista Derecho de las Relaciones Laborales nº 5 mayo de 2017. Lefebvre El Derecho.
- RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. «Riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural». Sanchez Trigueros, C. (Directora). Thomson Reuters Aranzadi. 2016.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN. «La protección social por riesgo durante el embarazo y la lactancia: Régimen Jurídico». Estudios sobre Seguridad Social. (Libro homenaje al profesor García Nieto). Atelier Libros Jurídicos. 2017.
- SERRANO GARCÍA, M<sup>a</sup> JOSÉ. «Los permisos de maternidad, paternidad y parentales en los instrumentos jurídicos de la Unión Europea». Revista Relaciones Laborales. La Ley 2012.
- VV AA. «Políticas Públicas de atención social a la maternidad. Una visión transversal». Abril Stoffels, Ruth (Coordinadora); Juaristi Besalduch, Elena (Coordinadora técnica). Tirant lo Blanch. 2011.

**RESUMEN**

Este trabajo tiene por objeto el análisis de algunas cuestiones relativas al régimen jurídico de la Unión Europea de los subsidios que reconoce la Seguridad Social.

La normativa de la Unión Europea que regula los subsidios dirige sus esfuerzos en dos sentidos, por un lado para establecer un sistema de coordinación entre sistemas de Seguridad Social distintos pero compatibles, en orden a garantizar la libre circulación de los trabajadores entre los distintos Estados de la Unión Europea sin que ello suponga mermas en los derechos y expectativas en la protección de la Seguridad Social, mientras que por otro lado, se pretende garantizar ciertos principios típicos del acervo comunitario, como la igualdad por razón de género, así como la mejora de la salud y de la seguridad de los trabajadores y facilitar la conciliación de la vida profesional y familiar.

En materia de coordinación de sistemas de Seguridad Social destaca la regulación que se realiza en el Capítulo I del Título III del Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento, de las prestaciones sanitarias en metálico, en las que podemos identificar los subsidios por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia y la prestación de cuidado por hijos con cáncer y otras enfermedades graves, así como determinadas prestaciones de dependencia, caracterizadas todas ellas por contemplarse como accesorias a las prestaciones sanitarias en especie. No obstante, a diferencia de las prestaciones en especie en las que la legislación aplicable es la del Estado en la que se presta la asistencia, es decir, la del estado de estancia o de residencia, en las prestaciones monetarias la legislación aplicable a efectos de coordinación es la del Estado en el que el trabajador o trabajadora presta servicios.

Tanto el Reglamento (CE) 883/2004 como el Reglamento (CE) 987/2009, de aplicación del anterior, establecen reglas sobre la determinación de la cuantía de los subsidios que tiene que ser abonados en un Estado distinto del competente, el procedimiento de abono de los subsidios cuando se reciba en un Estado miembro distinto del competente, las reglas relativas a la prestación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, o las reglas relativas a la acumulación de prestaciones.

Por otra parte el Reglamento (CE) 883/2004 regula la coordinación de legislaciones en el abono de los subsidios por defunción definidos como la suma abonada de un sola vez en caso de fallecimiento, con exclusión de las prestaciones consistentes en un capital sustitutorio de una pensión o los ingresos efectuados en concepto de reembolso de cotizaciones o en concepto de revalorizaciones o asignaciones complementarias de pensiones.

Desde el punto de vista sustantivo la regulación de las prestaciones de maternidad se realiza en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la Seguridad y Salud, de 19 de octubre de 1992, en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, así como en la Directiva Marco 2010/18/UE, de 8 de marzo sobre permisos parentales.

La regulación comunitaria de la prestación por maternidad biológica persigue dos pretensiones en relación con la concesión de licencias por razón de la maternidad, de un lado la protección de la salud de la madre, por otro lado, la finalidad de atender y proteger al neonato mediante la concesión de un permiso parental. En este sentido se establece la obligatoriedad de un permiso por maternidad con una duración mínima de 14 semanas, dos de ellas a disfrutar inmediatamente después del parto, si bien se deja amplia libertad a los Estados para establecer permisos más amplios, garantizándose a las trabajadoras que disfruten del permiso la indemnidad en sus condiciones de trabajo y una remuneración o prestación adecuada.

En relación con el permiso de paternidad se ha planteado una iniciativa legislativa a fin de establecer un permiso mínimo de paternidad de diez días, sin perjuicio de la libertad de los Estados para conceder permisos más amplios y su combinación con otras medidas de conciliación de la vida profesional y laboral.

Los permisos por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural se insertan en la protección de las mujeres embarazadas, las que dan a luz, o las que se encuentran en periodos de lactancia natural como grupos especialmente sensibles a determinados riesgos estableciéndose un complejo sistema de evaluación y eliminación de riesgos que puede dar lugar a la suspensión de la relación laboral. En estos casos se establece una garantía de la remuneración o el abono de una prestación, o una combinación de remuneración y prestación. En este sentido, especialmente problemática resulta la evaluación de los riesgos y la carga de la prueba sobre el sometimiento a los mismos, cuestión que ha sido tratada recientemente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto Elda Otero Ramos C-531/15.

**Palabras clave:** Subsidios; Ley de la Unión Europea; prestación monetaria de enfermedad; maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia.

**ABSTRACT** This paper aims to analyze some issues related to the social security allowances in the European Unión law.

The European Union regulations governing allowances are directed in two ways, on the one hand to establish a system of coordination between different but compatible social security systems, in order to guarantee the free movement of workers between the different States of the European Union, without prejudice to the rights and expectations in the protection of social security, while on the other hand it seeks to guarantee certain typical principles of the community *acquis*, such as gender equality, as well as the improvement of health and safety of workers and facilitate the reconciliation of professional and family life.

With regard to the coordination of social security systems, the regulation introduced in Chapter I of Title III of Regulation (EC) 883/2004 of the Parliament, of health care in cash, in which we can identify disability benefits maternity, paternity, risk during pregnancy and during breastfeeding and the provision of care for children with cancer and other serious diseases, as well as certain dependency benefits, all of which are considered as ancillary to health benefits in kind. However, unlike benefits in kind where the applicable legislation is that of the State in which the assistance is provided, that is to say, the stay or residence status, the monetary legislation applicable for the purposes of coordination is that of the State in which the worker provides services.

Both Regulation (EC) 883/2004 and Regulation (EC) 987/2009, implementing the previous one, establish rules on the determination of the amount of subsidies to be paid in a State other than the competent State, the payment of allowances when received in a Member State other than the competent Member State, rules on the provision of temporary incapacity for work or occupational disease, or the rules relating to the accumulation of benefits.

On the other hand, Regulation (EC) 883/2004 regulates the coordination of legislation in the payment of death grants defined as the one-time payment in the event of death, excluding benefits consisting of a replacement capital pension or income made by way of reimbursement of contributions or revaluations or supplementary.

From the substantive point of view, the regulation of maternity benefits is carried out in Council Directive 92/85 / EEC on the application of measures to promote the improvement of health and safety of 19 October 1992 in the Directive 2006/54 / EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation and the Framework Directive 2010 / 18 / EU, of 8 March on parental leave.

The Community regulation of the maternity benefit pursues two claims in relation to maternity leave, on the one hand the protection of the mother's health, on the other hand, the purpose of caring for and protecting the newborn through the granting of parental leave. In this sense, maternity leave is compulsory, with a minimum duration of 14 weeks, two of which are to be enjoyed immediately after childbirth, although the States are left liberated to establish wider permissions, guaranteeing that women workers enjoy of the permit the indemnity in its conditions of work and an adequate remuneration or provision.

In relation to paternity leave, a legislative initiative has been proposed in order to establish a minimum ten-day paternity leave, without prejudice to the freedom of States to grant wider permissions and their combination with other measures of reconciliation of life professional.

Permits for risk during pregnancy or during breastfeeding are inserted in the protection of pregnant women, those who give birth, or those who are in breastfeeding periods as groups especially sensitive to certain risks, establishing a complex system of evaluation and elimination of risks that can lead to the suspension of the employment relationship. In

these cases a guarantee of the remuneration or the payment of a benefit, or a combination of remuneration and benefit, is established. In this respect, the risk assessment and the burden of proof on submission to them are particularly problematic, an issue that has recently been addressed by the Court of Justice of the European Union in Elda Otero Ramos Case C-531 /15.

**Keywords:** Allowances; European Union Law; sickness cahs benefits; maternity; risk during pregnancy; risk during breastfeeding.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

## II. Jurisprudencia



# Recordatorio de Jurisprudencia en materia de Seguridad Social, en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Junio 2016 a febrero 2017

# Summary of Jurisprudence on Social Security, High Court (Fourth Chamber). June 2016 to february 2017

M.<sup>a</sup> LUZ GARCIA PAREDES\*

---

## INDICE POR MATERIAS<sup>1</sup>

Accidente de trabajo, 32, 54, 61  
Accidente en misión, 73  
Accidente *in itinere*, 76  
Asistencia sanitaria, 14, 23  
Costas procesales, 39, 46  
Desempleo, 5, 8, 9, 10, 11, 16, 20, 21, 26, 27, 35, 36, 41, 58, 63, 66, 68, 69, 77, 78  
Enfermedad profesional, 1, 2, 6, 29, 33, 62, 82  
Gran invalidez, 24, 42  
Incapacidad permanente absoluta, 13, 45  
Incapacidad permanente parcial, 38  
Incapacidad permanente total, 7, 19, 25, 44, 61, 79, 83  
Jubilación, 18, 55  
Jubilación anticipada, 48  
Jubilación parcial, 30, 31  
Jurisdicción social, 14, 23, 29  
Maternidad, 40, 47, 56, 60  
Orfandad, 52, 70, 81  
Prestación por cuidado de menor afectado de enfermedad grave, 15

Prestacion en favor de familiares, 51, 64, 81  
Proceso de Seguridad Social, 4  
Recurso de suplicación, 17, 22, 43, 49, 57, 67, 72, 80, 85  
Régimen especial de trabajadores autónomos, 12, 13, 18, 19, 38, 60, 79  
Seguro obligatorio de vejez e invalidez (SOVI), 34, 50  
Sucesion de empresas, 6  
Viudedad, 3, 28, 37, 53, 59, 65, 74, 75, 84

## SENTENCIAS

### SENTENCIA NÚM. 1

**Fecha:** 01/06/2016

**Recurso:** 1737/2015

**Materia:** ENFERMEDAD PROFESIONAL. IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DEL INSS. RESOLUCIONES DE RESPONSABILIDAD DE LA MUTUA FIRMES. FALTA DE ACCIÓN.

**Resumen:** La Mutua, en su condición de entidades colaboradoras, no pueden reabrir la reclamación en materia de responsabilidad en el pago de prestaciones por enfermedad profesional, si la primera resolución quedó firme

---

\* Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

<sup>1</sup> La referencia de cada concepto viene dada por la ordenación de las sentencias.



y ello por no ser gestión prestacional ni en la relación con los beneficiarios. Reitera doctrina recogida en sentencias de 15 de junio y 14 y 15 de septiembre, 15 de octubre y 14 de diciembre de 2015, 1 de marzo y 3 de mayo de 2016.

**Disposiciones Legales:** LRJS: art. 71.2

### SENTENCIA NÚM. 2

**Fecha:** 01/06/2016

**Recurso:** 1125/2015

**Materia:** ENFERMEDAD PROFESIONAL. IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DEL INSS. RESOLUCIONES DE RESPONSABILIDAD DE LA MUTUA FIRMES. FALTA DE ACCIÓN.

**Resumen:** Reitera doctrina recogida en sentencias de 15 de junio y 14 y 15 de septiembre, 15 de octubre y 14 de diciembre de 2015, 1 de marzo, 3 de mayo y 1 de junio de 2016.

**Disposiciones Legales:** LRJS: art. 71.2

### SENTENCIA NÚM. 3

**Fecha:** 01/06/2016

**Recurso:** 207/2015

**Materia:** PENSIÓN DE VIUDEDAD. CONSTITUCIÓN FORMAL DE LA PAREJA DE HECHO. INSCRIPCIÓN EN REGISTRO DE PAREJAS DE HECHO O DOCUMENTO PÚBLICO DE CONSTITUCIÓN.

**Resumen:** Para acceder a la pensión de viudedad en parejas de hecho es necesaria la constitución formal pareja de hecho y a tal fin sólo sirve inscripción en Registro en parejas de hecho o mediante documento público en el que conste la constitución de tal pareja con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante, sin que sea eficaz el certificado de empadronamiento ni el Libro de Familia con el que únicamente acredita la filiación, ni el testamento nombrando heredera a la persona con la que se convive, ni siquiera la tarjeta sanitaria. Reitera doctrina recogida en sentencia de 22 de septiembre de 2014, 5 y 9 de febrero y 28 de abril de 2015.

**Disposiciones Legales:** LGSS: 174.3.

### SENTENCIA NÚM. 4

**Fecha:** 02/06/2016

**Recurso:** 452/2015

**Materia:** PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL. CORRESPONDENCIA ENTRE LA VÍA ADMINISTRATIVA Y LA VÍA JUDICIAL. LESIONES NO ALEGADAS EN EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO NI EN DEMANDA.

**Resumen:** El principio de congruencia entre lo controvertido en la vía administrativa previa y el proceso judicial impide a ambas partes introducir elementos fácticos que alteren sus respectivos posicionamientos ante la controversia, salvo que se trate de hechos nuevos o no se hubieran podido conocer con anterioridad de tal forma que no tienen tal condición las dolencias que sean agravación de otras anteriores, ni las lesiones o enfermedades que ya existían con anterioridad y se ponen de manifiesto después, ni siquiera las que existían durante la tramitación del expediente pero no fueron detectadas por los servicios médicos. Y ello conduce a rechazar esa alteración sustancial que se hace en el acto de juicio, ocasionando indefensión a la contraria cuando la parte pudo evitarlo ampliando la demanda o solicitando prueba anticipada de manera que la parte contraria pudiera presentar los motivos de oposición y pruebas al efecto. Reitera doctrina recogida en sentencia de 5 de marzo de 2013 y las que en ella se citan.

**Disposiciones Legales:** LRJS: art. 72 y 143.4

### SENTENCIA NÚM. 5

**Fecha:** 07/06/2016

**Recurso:** 2183/2014

**Materia:** DESEMPLEO. SALIDA AL EXTRANJERO. FALTA DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA. PERIODO INFERIOR A 90 DÍAS. SUPUESTO ANTERIOR AL RD LEY 11/2013.

**Resumen:** El beneficiario de prestaciones por desempleo que sale al extranjero sin autorización administrativa, por periodo inferior a 90 días,

pierde el derecho a la prestación por el tiempo que permanece fuera del territorio nacional al quedar suspendido el derecho. Reitera doctrina.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 212 y 213

### SENTENCIA NÚM. 6

**Fecha:** 08/06/2016

**Recurso:** 1103/2015

**Materia:** ENFERMEDAD PROFESIONAL. RECARGO DE PRESTACIONES. RESPONSABILIDAD EN SUCESIÓN DE EMPRESAS. CASO URALITA.

**Resumen:** La responsabilidad en materia de recargo, cuando existe una sucesión empresarial, no puede venir determinada por el art. 44 ET que, claramente, se remite al ámbito de las normas reguladoras de la Seguridad Social. Tampoco sirve el artículo 127.2 de la LGSS en tanto que se refiere al régimen de responsabilidad en las prestaciones y no del recargo lo que lleva a tener que colmar la laguna con normas del propio ámbito jurídico en el que se enmarca aquél y a la luz de la normativa comunitaria, reflejada en la STJCE de 5 de marzo de 2015. En ese sentido se debe excluir una interpretación extensiva de la intransmisibilidad intervivos del art. 123.2, opuesta a esa doctrina comunitaria, sino acudir a una interpretación extensiva de las previsiones del art. 127.2 LGSS en el sentido de entender no sólo comprendidos los recargos de prestaciones que ya se hubiesen reconocido antes de la sucesión [algo obvio], sino que igualmente ha de alcanzar a los que –por estar en curso de generación el daño atribuible a la infracción de la medida de seguridad– se hallasen «in fieri» a la fecha de cambio empresarial. Reitera doctrina recogida en sentencia de 2 de noviembre de 2015.

**Disposiciones Legales:** ET: art. 44; LGSS: art. 123, 127.2

### SENTENCIA NÚM. 7

**Fecha:** 14/06/2016

**Recurso:** 1733/2015

**Materia:** INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. PERIODO DE CARENCIA. COMPUTO DE 112 DÍAS POR PARTO EN EL EXTRANJERO.

**Resumen:** El reconocimiento de 112 días cotizados como días asimilados obedece al parto, sin que la Ley delimite a que partos, lo que es lógico pues los reconoce a los partos en general sin límite alguno, por cuanto, como evidencia el que esa norma tiene su origen en la Adicional Decimoctava de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, donde se contienen disposiciones encaminadas a flexibilizar la exigencia de cotización para facilitar a las mujeres el acceso a las prestaciones por maternidad y de otro tipo. El artículo 7 de la LGSS no resulta aplicable, por cuanto la Adicional analizada se aplica, precisamente, a quienes no estaban de alta en el sistema de Seguridad Social español al tiempo del parto que se bonifica con el reconocimiento de 112 días de cotización. Por otro lado, debe recordarse que la bonificación estudiada se concede por el parto con independencia del lugar en el que se produzca, porque es principio de derecho que «donde la Ley no distinga nosotros tampoco debemos distinguir»,

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 7 y Disposición Adicional 44<sup>a</sup>

### SENTENCIA NÚM. 8

**Fecha:** 14/06/2016

**Recurso:** 2349/2015

**Materia:** DESEMPLEO. INCOMPATIBILIDAD CON TRABAJO. FALTA DE COMUNICACIÓN A LA ENTIDAD GESTORA. SANCIÓN DE EXTINCIÓN.

**Resumen:** Si el beneficiario de prestación o subsidio por desempleo no comunica sus actividades incompatibles «en el momento en que se produzcan» estamos ante infracción grave que comporta la extinción de la prestación. En orden a la incompatibilidad con una actividad y prestaciones por desempleo no llega a nacer propiamente cuando se ha trabajado durante

un periodo por el cual la Entidad Gestora no abona cuantía alguna. Reitera doctrina recogida en sentencia de 13 de mayo y 29 de julio de 2015. Ver STS de 21 de abril de 2015.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 221.1, 231.1 b) y e); LISOS: art. 25.3 y 26.2

### SENTENCIA NÚM. 9

**Fecha:** 14/06/2016

**Recurso:** 292/2015

**Materia:** DESEMPLEO. DESEMPLEO PARCIAL. REDUCCIÓN DE JORNADA DE FUNCIONARIO INTERINO. Supuesto anterior a la Ley 3/2012.

**Resumen:** Procede reconocer la prestación por desempleo parcial al funcionario interino que ve reducida su jornada y por el periodo comprendido en la norma que amparaba tal reducción, en una interpretación hermenéutica de las normas en la materia. Reitera doctrina recogida en sentencias de 1 y 27 de julio, 15 de septiembre y 27 de octubre de 2015 y 17 de febrero y 14 de marzo de 2016.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 203.3, 205 y 221.1; REAL DECRETO 625/1985 de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo: art. 1.2

### SENTENCIA NÚM. 10

**Fecha:** 21/06/2016

**Recurso:** 3805/2014

**Materia:** DESEMPLEO EN LA MODALIDAD DE PAGO ÚNICO. BENEFICIARIO QUE CONSTITUYE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, OSTENTANDO EL 100% DEL CAPITAL SOCIAL Y LA CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR ÚNICO.

**Resumen:** Existe el derecho de percibir capitalizada la prestación por desempleo a quienes, sin estar afectados por discapacidad alguna, pretendan constituirse como

trabajadores autónomos. En ese sentido, constituir una sociedad mercantil de responsabilidad limitada no es incompatible con la cualidad de trabajador autónomo cuando, como es el caso, la posición jurídica del socio determina su obligada afiliación al RETA y no se cuestiona el efectivo desempeño de la actividad por cuenta propia en los términos legales y ni siquiera se alega –ni existe– el más mínimo indicio de fraude con tal constitución. Reitera doctrina recogida en sentencias de 25 y 30 de mayo de 2000, 20 de septiembre de 2004, 7 de noviembre de 2005, 11 de julio de 2006, 29 de octubre de 2009 y 29 de septiembre de 2011.

**Disposiciones Legales:** LGSS: Disposición Adicional 27ª; LEY 45/2002 de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad: Disposición Transitoria 4ª; LEY 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo: art. 1.2 c)

### SENTENCIA NÚM. 11

**Fecha:** 21/06/2016

**Recurso:** 1342/2015

**Materia:** DESEMPLEO. RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN. IDENTIFICACIÓN DE UNA CUENTA BANCARIA PARA EL PAGO DE LA PRESTACIÓN. NEGATIVA DEL BENEFICIARIO. EFECTOS.

**Resumen:** El pago de la prestación será efectuado por la entidad gestora o por la propia empresa, en los supuestos y en las condiciones que reglamentariamente se determinen, fijándose a tal efecto que dicho pago se realizará mediante el abono en la cuenta de la entidad financiera colaboradora indicada por el solicitante o perceptor, de la que sea titular, salvo en los casos, debidamente justificados, en los que la entidad gestora permita el pago en efectivo por la entidad financiera. Partiendo de ello, la falta de justificación del interesado de su negativa a facilitar unos datos bancarios para el abono impide entender que pueda hacerse de otra forma.

**Disposiciones Legales:** REAL DECRETO 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo; art. 26; REAL DECRETO 1391/1995, de 4 de agosto, se aprueba el Reglamento General de la Gestión Financiera de la Seguridad Social: art 11.1, 15.

#### SENTENCIA NÚM. 12

**Fecha:** 22/06/2016

**Recurso:** 858/2015

**Materia:** RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS, ACCESO A LAS PRESTACIONES, REQUISITO DE ESTAR AL CORRIENTE EN EL PAGO DE LAS COTIZACIONES. ALCANCE DEL APLAZAMIENTO DE PAGO OTORGADO TRAS EL HECHO CAUSANTE.

**Resumen:** La cuestión suscitada en el recurso versa sobre el derecho a la pensión de viudedad al no estar el causante al corriente en el pago de las cuotas en el RETA y ha obtenido un aplazamiento del pago con posterioridad a serle denegada aquella. La Sala 4 del TS entiende que el pago aplazado, obtenido tras la fecha del hecho causante (se entiende que no se ha acogido el interesado a la invitación al pago de la totalidad de las cuotas pendientes), no sirve para tener por cubierto el requisito de hallarse al corriente en el pago de las cuotas. Reitera doctrina recogida en sentencias de 10 de marzo de 2011 y 12 de febrero de 2014.

**Disposiciones Legales:** LGSS: Disposición Adicional 39<sup>a</sup>; DECRETO 2530/1970 e 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos: art. 28; REAL DECRETO 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social: art. 31.3

#### SENTENCIA NÚM. 13

**Fecha:** 22/06/2016

**Recurso:** 353/2015

**Materia:** RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS. INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA. FECHA DE EFECTOS. TRABAJADOR SIN PREVIA IT.

**Resumen:** Los efectos económicos de la prestación de incapacidad permanente total/absoluta, de los trabajadores autónomos, cuando no existe constancia alguna de que hubieran permanecido en IT, será la del dictamen propuesta, salvo que el INSS acredite que, a pesar de que el dictamen del EVI a favor del reconocimiento de la IP ya presupone una imposibilidad cuasi objetiva de que aquella se encontrara incapacitada para desempeñar su actividad habitual, realmente la seguía ejerciendo y que, además, obtuvo de ello rentas suficientes como para considerarlas incompatibles con la prestación postulada, prueba ésta última a la que la Gestora, probablemente, podría acceder con facilidad a través de los datos fiscales de la beneficiaria. Reitera doctrina recogida en sentencias de 23 de julio de 2015 y 4 de mayo de 2016.

**Disposiciones Legales:** REAL DECRETO 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social: art. 6.3. ORDEN de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social: art. 123.

#### SENTENCIA NÚM. 14

**Fecha:** 23/06/2016

**Recurso:** 428/2015

**Materia:** JURISDICCIÓN SOCIAL. COMPETENCIA. ASISTENCIA SANITARIA. DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA PRESTACIONAL.

**Resumen:** La jurisdicción social es competente para conocer de la reclamación de una Mutua frente al Servicio de Salud, para que se declara indebida por prescripción los gastos de asistencia sanitaria que le reclama el organismo demandado. Reitera doctrina recogida

en sentencias de 23 de noviembre de 2004 y 20 de julio de 2007,

**Disposiciones Legales:** LRJS: art. 2 s) y 3 f) y g); LEY 14/1986, de 25 de abril. General de Sanidad: art. 83; REAL DECRETO 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización: art. 2.7

**SENTENCIA NÚM. 15**

**Fecha:** 28/06/2016

**Recurso:** 80/2015

**Materia:** PRESTACIÓN POR CUIDADO DE MENOR AFECTADO DE ENFERMEDAD GRAVE. CAUSANTE ESCOLARIZADO EN CENTRO ESPECIAL.

**Resumen:** La cuestión suscitada se centra en determinar si no se cumple el requisito de la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor afectado por enfermedad grave, que no se encuentra hospitalizado sino dado de alta y sometido a tratamiento continuado de la enfermedad, por la circunstancia de que está escolarizado en el colegio Especial donde recibe atención de fisioterapeuta, profesora de audición y lenguaje. La Sala 4ª del TS considera que en esas circunstancias existe el derecho a la prestación reclamada por cuanto que la escolarización, a los efectos antes indicados, no elimina la finalidad que se persigue con tal protección en la que no es se requiere un cuidado durante todo el día ni el tiempo que se concede por la norma lo es con esa extensión temporal y, por otro lado, el tiempo de permanencia en el centro especial no elimina el que en su domicilio requiera de los intensos cuidados, de forma directa, continua y permanente,

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 135 quarter; REAL DECRETO 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: art. 2; ET: art. 37.5

**SENTENCIA NÚM. 16**

**Fecha:** 28/06/2016

**Recurso:** 422/2015

**Materia:** DESEMPLEO. DESEMPLEO PARCIAL. REDUCCIÓN DE JORNADA DE FUNCIONARIO INTERINO. Supuesto anterior a la Ley 3/2012.

**Resumen:** Reitera doctrina recogida en sentencias de 14 de junio de 2016.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 203.3, 205 y 221.1; REAL DECRETO 625/1985 de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo: art. 1.2

**SENTENCIA NÚM. 17**

**Fecha:** 29/06/2016

**Recurso:** 245/2015

**Materia:** RECURSO DE SUPPLICACIÓN. ACCESO. DESEMPLEO Y DISCREPANCIAS EN LA BASE REGULADORA. FALTA DE CUANTÍA Y DE AFECTACIÓN GENERAL.

**Resumen:** No cabe recurso contra la sentencia dictada en la instancia por falta de cuantía, al ser la reclamada una diferencia entre la base reguladora que pretende la parte actora y la reconocida en vía administrativa, no superior a 3000 euros, en cómputo anual y que trae causa de una cotización por meses de treinta días con independencia del número real de días que tenga cada mes. Y tampoco existe afectación general por cuanto que la discrepancia no se advierte como masiva por cuanto que no cabe confundir el número de destinatarios potenciales de la norma con el nivel de litigiosidad sobre la misma.

**Disposiciones Legales:** LRJS: art. 191

**SENTENCIA NÚM. 18**

**Fecha:** 29/06/2016

**Recurso:** 2700/2014

**Materia:** RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS. JUBILACIÓN.

## ESTAR AL CORRIENTE EN EL PAGO DE LAS COTIZACIONES E INVITACIÓN AL PAGO.

**Resumen:** Es condición indispensable para tener derecho a la prestación de jubilación hallarse al corriente de pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación, de tal modo que no producirán efecto para las prestaciones... las cotizaciones ingresadas indebidamente en su importe y período correspondientes,...[por lo que] no puede pretenderse que aquellas cotizaciones no pagadas antes de la producción del hecho causante, sirvan para acreditar la carencia misma y ello porque, aunque el art. 28.2 del D. 2530/1970...permite el ingreso de las cotizaciones pendientes de pago, previa invitación de la Entidad Gestora, tal invitación procede una vez cubierto el período de cotización «en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación» y para cumplir el requisito de hallarse al corriente en el pago de las cuotas, sin que tal beneficio alcance a las cotizaciones prescritas necesarias, para cubrir el período de carencia». Reitera doctrina recogida en sentencia de 3 de marzo de 1993

**Disposiciones Legales:** DECRETO 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos: art. 28 y 30

### SENTENCIA NÚM. 19

**Fecha:** 05/07/2016

**Recurso:** 379/2015

**Materia:** RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA. REQUISITOS PARA SU RECONOCIMIENTO. BENEFICIARIO TITULAR DE UN ESTABLECIMIENTO QUE ES EXPLOTADO EN RÉGIMEN DE ARRENDAMIENTO POR UN TERCERO.

**Resumen:** Uno de los requisitos para acceder al incremento del 20% en la pensión de incapacidad permanente total, con cargo al

RETA, es la que el pensionista no ostente la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial ni de una explotación agraria o marítimo-pesquera como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo— Este requisito supone que no puede reconocerse la incapacidad permanente total cualificada a quien de hecho viene haciendo suyos los aprovechamientos económicos derivados de un negocio. Y así sucede cuando el titular de la actividad causa baja en el RETA, tras haberle sido reconocida la incapacidad permanente total, pero sigue percibiendo rentas u otro tipo de ingresos por el alquiler o cesión del negocio que venía explotando directamente hasta la fecha. De hecho, lo que realmente ocurre en estos casos, es que simplemente se modifica la naturaleza y modalidad de los ingresos que venía reportándole el desempeño de la actividad, novándose, por rentas de alquiler o cesión, lo que anteriormente era fruto del personal y directo ejercicio de la explotación económica cedida, reservándose además el recurrente el derecho a la subvención, lo que es suficiente para evidenciar que el pensionista sigue obteniendo rendimientos económicos de las fincas cuya titularidad mantiene en situación incompatible con el derecho al incremento adicional de la pensión que reclama.

**Disposiciones Legales:** DECRETO 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos: art.38.1

### SENTENCIA NÚM. 20

**Fecha:** 05/07/2016

**Recurso:** 1851/2015

**Materia:** DESEMPLEO. REPOSICIÓN DE LA PRESTACIÓN POR ERTE de 2009 a 2011. SUPUESTO BAJO LA VIGENCIA DEL RD LEY 1/2013.

**Resumen:** Partiendo de la regla general —«tempus regit actum»— de que las normas aplicables son las vigentes en el momento en que surge la situación legal de desempleo,

que con arreglo al art. 208.1.a) LGSS, sucede cuando se extingue la relación laboral por las causas que enumera, resulta que la extinción del caso de autos se produce bajo la vigencia del RD Ley 3/2013, en donde la limitación temporal para reponer la prestación lo es respecto de suspensiones o reducciones de jornada producidas entre el 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2013, no siendo válidas a esos efectos periodos anteriores afectados por otras normativas ya inaplicables. Aplica doctrina recogida en sentencias de 16 de diciembre de 2015 y 28 de abril de 2016.

**Disposiciones Legales:** LEY 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: art. 16; REAL DECRETO-LEY 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: art. 3.

#### SENTENCIA NÚM. 21

**Fecha:** 06/07/2016

**Recurso:** 341/2015

**Materia:** DESEMPLEO. SALIDA AL EXTRANJERO. FALTA DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA. PERIODO INFERIOR A 90 DÍAS. SUPUESTO ANTERIOR AL RD LEY 11/2013.

**Resumen:** Reitera doctrina recogida en sentencia de 7 de junio de 2016, entre otras.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 212 y 213

#### SENTENCIA NÚM. 22

**Fecha:** 14/07/2016

**Recurso:** 578/2015

**Materia:** RECURSO DE SUPPLICACIÓN. ACCESO. DESEMPLEO Y DISCREPANCIAS EN LA BASE REGULADORA. FALTA DE CUANTÍA Y DE AFECTACIÓN GENERAL.

**Resumen:** Reitera doctrina recogida en sentencia de 29 de junio de 2016.

**Disposiciones Legales:** LRJS: art. 191.

#### SENTENCIA NÚM. 23

**Fecha:** 14/07/2016

**Recurso:** 433/2015

**Materia:** JURISDICCIÓN SOCIAL. COMPETENCIA. ASISTENCIA SANITARIA. DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA PRESTACIONAL.

**Resumen:** Reitera doctrina recogida en sentencias de 23 de noviembre de 2004, 20 de julio de 2007 y 23 de junio de 2016.

**Disposiciones Legales:** LRJS: art. 2 s) y 3 f) y g); LEY 14/1986, de 25 de abril. General de Sanidad: art. 83; REAL DECRETO 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización: art. 2.7

#### SENTENCIA NÚM. 24

**Fecha:** 19/07/2016

**Recurso:** 3907/2014

**Materia:** GRAN INVALIDEZ. NECESIDAD DE AYUDA DE TERCERA PERSONA ANTES DEL ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL. NO PROCEDE LA GRAN INVALIDEZ VENDEDOR DEL CUPÓN EN LA ONCE.

**Resumen:** No procede la declaración de Gran Invalidez pues la pérdida de la funcionalidad residual de la mano derecha –que le impidió definitivamente el desarrollo de la actividad laboral, no puede suponer el reconocimiento de una gran invalidez ya que la situación determinante de tal grado es, sin duda, previa a la afiliación del actor a la Seguridad Social, y las nuevas lesiones sufridas lo que vienen a ocasionar al demandante es una inhabilidad para el desempeño de todo tipo de trabajo.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 136.1

#### SENTENCIA NÚM. 25

**Fecha:** 20/07/2016

**Recurso:** 568/2015

**Materia:** INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. PERIODO DE COTIZACIÓN, COMPUTO DEL PERIODO DE EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJO. PERIODO DE EXCEDENCIA DE SEPTIEMBRE 2004 A 7 DE MAYO DE 2007 E INVALIDEZ CON EFECTOS DE 2011.

**Resumen:** Los beneficios en materia de cotización en excedencias voluntarias por cuidado de hijos menor son aplicables a prestaciones causadas a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, sin que a tal efecto se atiende a la fecha en que se está en excedencia.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 180.1; LEY ORGÁNICA 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; Disposición Transitoria 7.3; 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: Disposición Transitoria 2<sup>a</sup>.

#### SENTENCIA NÚM. 26

**Fecha:** 20/07/2016

**Recurso:** 290/2015

**Materia:** DESEMPLEO. DESEMPLEO PARCIAL. FUNCIONARIO INTERINO CON REDUCCIÓN DE JORNADA.

**Resumen:** El funcionario interino que ha cotizado al Régimen General por la contingencia de desempleo está incluido en el ámbito de la protección por desempleo. Además, la reducción de jornada que ha sufrido, con merma proporcional de sus retribuciones, con carácter temporal, en más de un 10% y menos del 70%, justifican la existencia de una situación de desempleo parcial con derecho a la prestación correspondiente. Reitera doctrina recogida en sentencias de 1 y 27 de julio, 14 de septiembre de 2015.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 203.3 y 208.1

#### SENTENCIA NÚM. 27

**Fecha:** 20/07/2016

**Recurso:** 2234/2015

**Materia:** DESEMPLEO SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS. RENTAS COMPUTABLES.

**Resumen:** El art. 215 LGSS define lo que se entiende por responsabilidades familiares para acceder al subsidio por desempleo, estableciendo una limitación de rentas del conjunto de la unidad familiar, integrada por todos sus miembros, siempre que el solicitante tenga familiares a su cargo. Pero, previamente, a esa determinación hay que conocer si el solicitante carece de rentas propias, de cualquier naturaleza, que supere el límite legal y si no las supera habría que acudir al otro nivel de rentas. Reitera doctrina recogida en sentencia de 30 de mayo y 27 de julio de 2000, 26 de abril de 2010, 2 de diciembre de 2014 y 2 de marzo de 2015.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 215.1.1 y 3

#### SENTENCIA NÚM. 28

**Fecha:** 20/07/2016

**Recurso:** 2988/2014

**Materia:** PENSIÓN DE VIUDEDAD. CONSTITUCIÓN FORMAL DE LA PAREJA DE HECHO. INSCRIPCIÓN EN REGISTRO DE PAREJAS DE HECHO O DOCUMENTO PÚBLICO DE CONSTITUCIÓN.

**Resumen:** Reitera doctrina recogida en sentencia de 22 de septiembre de 2014, 5 y 9 de febrero y 28 de abril de 2015 y 2 de junio de 2016.

**Disposiciones Legales:** LGSS: 174.3.

#### SENTENCIA NÚM. 29

**Fecha:** 13/09/2016

**Recurso:** 3770/2015

**Materia:** JURISDICCIÓN SOCIAL. COMPETENCIA. DETERMINACIÓN DE LA FECHA



DE EFECTOS DEL RECARGO POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD: COMPETENCIA DEL ORDEN SOCIAL.

ENFERMEDAD PROFESIONAL. RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO. FECHA DE EFECTOS. TRES MESES ANTERIORES A LA SOLICITUD.

**Resumen:** La cuestión suscitada en el recurso versa sobre la fecha de efectos del recargo por falta de medidas de seguridad y si ésta debe fijarse en la de la solicitud o la propia de las prestaciones por enfermedad profesional. No obstante, previamente, la Sala 4ª del TS entra resolver una cuestión que no ha sido suscitada en el recurso, afectante a la competencia objetiva que puede ser apreciada de oficio por lo que considera que debe ser trata en este caso al ser un debate que se ha solventado en ambas sentencias contrastadas. En ese punto considera que es la jurisdicción social competente para en determinar si el orden social es competente para fijar la fecha de efectos del recargo por falta de medidas de seguridad en tanto que esa cuestión se integra en el reconocimiento del recargo como un elemento del mismo. Por lo que se refiere a la fecha de efectos, considera que al recargo es de aplicación el art. 43 LGSS al tener carácter prestacional, habiendo sido ya aplicado tal precepto y otros a dicha figura, como se hizo en la STS de 19 de julio de 2013.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 43.1

**SENTENCIA NÚM. 30**

**Fecha:** 14/09/2016

**Recurso:** 1990/2015

**Materia:** JUBILACIÓN PARCIAL. ACCESO A LA EDAD DE 60 AÑOS. REAL DECRETO LEY 8/2010. REQUISITOS. HECHO CAUSANTE POSTERIOR AL 31 DE DICIEMBRE DE 2012. NO PROCEDE.

**Resumen:** La previsión de la Disposición Transitoria 2ª del RD Ley 8/2010, al permitir la jubilación parcial a partir de los 60 años, cuando se refiere a Convenios y acuerdos co-

lectivos de empresa hay que entenderla en el significado propio de sus términos y comprender que esa reforma introduce un ámbito más reducido que la anterior previsión legal ya que de lo contrario no tendría razón de ser tal modificación. Reitera doctrina recogida en sentencia de 9, 15, 16, 30 de marzo de 2016

**Disposiciones Legales:** LGSS art. 166.2 a); REAL DECRETO LEY 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público: Disposición Transitoria 2ª.

**SENTENCIA NÚM. 31**

**Fecha:** 14/09/2016

**Recurso:** 2293/2015

**Materia:** JUBILACIÓN PARCIAL. ACCESO A LA EDAD DE 60 AÑOS. REAL DECRETO LEY 8/2010. REQUISITOS. HECHO CAUSANTE POSTERIOR AL 31 DE DICIEMBRE DE 2012. NO PROCEDE.

**Resumen:** Reitera doctrina recogida en sentencia de 14 de septiembre de 2016.

**Disposiciones Legales:** LGSS art. 166.2 a); REAL DECRETO LEY 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público: Disposición Transitoria 2ª.

**SENTENCIA NÚM. 32**

**Fecha:** 14/09/20016

**Recurso:** 846/2015

**Materia:** ACCIDENTE DE TRABAJO. RECARGO POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO. SENTENCIA DEL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO QUE DEJA SIN EFECTO LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

**Resumen:** Si bien la norma dispone que «La declaración de hechos probados que conten-

ga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso– administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social», lo que supone una regla general de vinculación, ello no es automático absolutamente ya que pueden existir razones expresamente fundadas para entender que en el caso concreto cabe una distinta apreciación o valoración de los hechos que hayan sido específicamente probados en el proceso social. En el caso que se resuelve, la falta de vinculación de lo decidido en vía contencioso-administrativa se justifica porque en el proceso laboral se había acreditado la falta de formación e información del trabajador, así como la ausencia de un sistema de prevención del riesgo de deslizamiento y desprendimiento de tierras.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 123; REAL DECRETO LEGISLATIVO 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social: art. 42.5

### SENTENCIA NÚM. 33

**Fecha:** 15/09/2016

**Recurso:** 3272/2015

**Materia:** ENFERMEDAD PROFESIONAL. RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO. FECHA DE EFECTOS. TRES MESES ANTERIORES A LA SOLICITUD.

**Resumen:** La cuestión suscitada en el recurso versa sobre la fecha de efectos del recargo por falta de medidas de seguridad y si ésta debe fijarse en la de la solicitud o la propia de las prestaciones por enfermedad profesional. Reitera doctrina recogida en sentencia de 13 de septiembre de 2016.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 43.1

### SENTENCIA NÚM. 34

**Fecha:** 20/09/2016

**Recurso:** 3390/2014

**Materia:** SEGURO OBLIGATORIO DE VEJEZ E INVALIDEZ (SOVI) PERIODO DE CARENIA. COMPUTO DE LOS DÍAS CUOTAS POR PAGA DE BENEFICIOS.

**Resumen:** Para acreditar los 1800 días de cotización exigidos se computan los días-cuota por pagas extras, y la paga de beneficios en el sector del Comercio. Reitera doctrina recogida en sentencia de 22 de junio de 2015.

**Disposiciones Legales:** ORDEN de 2 febrero 1940 (mediante la que se dictan normas para la aplicación de la Ley de 1 de septiembre de 1939, que establece un régimen de subsidio de vejez, en sustitución del régimen del Retiro Obrero: art. 7; ORDEN de 10 de febrero de 1948 por la que se aprueba la Reglamentación Nacional de Trabajo en el Comercio: art. 46 y 48

### SENTENCIA NÚM. 35

**Fecha:** 22/09/2016

**Recurso:** 666/2015

**Materia:** DESEMPLEO, DESEMPLEO PARCIAL. FUNCIONARIO INTERINO CON REDUCCIÓN DE JORNADA.

**Resumen:** Reitera doctrina recogida en sentencias de 1 y 27 de julio, 14 de septiembre de 2015 y 20 de julio de 2016.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 203.3 y 208.1

### SENTENCIA NÚM. 36

**Fecha:** 28/09/2016

**Recurso:** 3002/2014

**Materia:** DESEMPLEO. SUBSIDIO POR DESEMPLEO. FALTA DE COMUNICACIÓN DE LOS INGRESOS Y RENTAS. PERDIDA DEL DERECHO PRESTACIONAL.

**Resumen:** Concorre en sanción de extinción de la prestación el beneficiario que no comu-

nicó a la Entidad (SPEE) la incidencia que generaba la suspensión o extinción del derecho, consistente en este caso en superar el nivel de rentas que se produjo en octubre de 2009 y que ni declaró al presentar la documentación en abril de 2010, cuando manifestó que no había percibido rentas superiores en los doce meses anteriores. Finalmente, y en orden al principio de proporcionalidad y el régimen sancionador, se considera que la opción normativa es constitucional cuando se está sancionado un comportamiento que afecta a las bases para el mantenimiento de un derecho, sancionándose a quien oculta una situación que lo alteraría. Reitera doctrina recogida en sentencia de 19 de febrero de 2016.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 215.1 y 3 y 231.1 e); LISOS: art. 7.1 c), 25.3 y 47.1 b)

### SENTENCIA NÚM. 37

**Fecha:** 05/10/2016

**Recurso:** 1613/2015

**Materia:** PENSIÓN DE VIUEDAD. INEXIGENCIA DEL REQUISITO DE PENSIÓN COMPENSATORIA. REQUISITO DE NO TRANSCURSO DE MAS DE 10 AÑOS ENTRE SEPARACIÓN Y DIVORCIO DEL HECHO CAUSANTE. Dis. Trans. 18.1 LGSS.

**Resumen:** La exoneración de la pensión compensatoria para los divorciados o separados del causante puedan ser beneficiarios de la pensión de viudedad, en los casos contemplados en la Disposición Transitoria 18ª de la Ley General de la Seguridad Social, exige que entre la separación o el divorcio y el fallecimiento no haya transcurrido más de diez años. El problema surge en la forma en que se computa ese tiempo cuando concurre la separación y posterior divorcio. La Sala entiende que el plazo debe extenderse hasta el primer acto jurídico del que se hubiera obtenido el derecho compensatorio que se exonera y, en ese caso ese espacio de diez años debe computarse hasta la separación y no dejarlo en la de divorcio. En este caso, tras un matrimonio, el causante se hallaba separado de su primera esposa des-

de el 3 diciembre de 1998. La muerte se produjo el 2 de septiembre de 2011. Se revoca la sentencia de instancia, admitiendo el recurso de la viuda y su derecho a la totalidad de la pensión de viudedad, negando el derecho de la que fue la primera esposa, ya que a la fecha del óbito habían transcurrido más de diez años desde la fecha de aquella sentencia de separación, reiterando doctrina recogida en sentencia de 2 de noviembre de 2013 y 28 abril y 19 de noviembre de 2014.

**Disposiciones Legales:** LGSS: Disposición Transitoria 18ª.1

### SENTENCIA NÚM. 38

**Fecha:** 18/10/2016

**Recurso:** 2367/2015

**Materia:** RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS. INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL, POR CONTINGENCIA PROFESIONAL. REQUISITOS.

**Resumen:** La cuestión suscitada en el recurso versa sobre el porcentaje de limitación que debe aplicarse para reconocer la incapacidad permanente parcial, por contingencia profesional, con cargo al RETA. Claramente, la normativa aplicable en dicho régimen dispone que se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 50 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de aquélla. Y este concepto es producto de una norma legal que habilita a que reglamentariamente se defina el derecho a percibir prestaciones por aquellas contingencias por lo que no se incurre en ultra vires y menos cuando en dicho Régimen no está contemplada la IPparcial por contingencias comunes.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 137.3; REAL DECRETO 1273/2003 de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores

incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia: art. 4.2.

### SENTENCIA NÚM. 39

**Fecha:** 20/10/2016

**Recurso:** 398/2015

**Materia:** COSTAS PROCESALES. NO PROCEDE. SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL.

**Resumen:** El Servicio Público de Empleo Estatal es una entidad análoga al Inem, como gestor de la protección por desempleo por lo que su condición de entidad gestora le permite gozar del beneficio de justifica gratuita. Reitera doctrina recogida en sentencia de 9 de febrero de 2008.

**Disposiciones Legales:** LRJS: art. 233.1

### SENTENCIA NÚM. 40

**Fecha:** 25/10/2016

**Recurso:** 3818/2015

**Materia:** MATERNIDAD. DERECHO A LA PRESTACIÓN SUPUESTO DE MATERNIDAD SUBROGADA. SOLICITANTE PADRE BIOLÓGICO: DERECHO A LA PRESTACIÓN.

**Resumen:** La regulación en materia de prestaciones por maternidad no abarca a supuestos concretos y cerrados de forma que su interpretación puede abarcar otros que atiendan a los mismos objetivos de protección del menor y para la conciliación de la vida familiar y laboral. Por tanto, existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar del padre subrogado, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse, salvo supuestos de fraude, previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas. En consecuencia, cuando el solicitante de las prestaciones por maternidad, asociadas a una gestación por subrogación, es el padre

biológico y registral de las menores existen poderosas razones adicionales para conceder aquéllas.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 33 bis; REAL DECRETO 295/2009 de 6 de marzo, se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural: art. 2.2, 3.2

### SENTENCIA NÚM. 41

**Fecha:** 25/10/2016

**Recurso:** 1633/2015

**Materia:** DESEMPLEO. SALIDA AL EXTRANJERO SIN AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR TIEMPO SUPERIOR A 90 DÍAS. PROCEDE LA EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN.

**Resumen:** El beneficiario de prestaciones por desempleo que sale al extranjero sin autorización administrativa, por periodo superior a 90 días, incurre en conducta que lleva aparejada la extinción del derecho. Reitera doctrina recogida en sentencia de 30 de octubre de 2012, y 21 de abril de 2015, entre otras. Supuesto anterior a la reforma de 2013.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 212 y 213

### SENTENCIA NÚM. 42

**Fecha:** 25/10/2016

**Recurso:** 2300/2015

**Materia:** INCAPACIDAD PERMANENTE. REVISIÓN DE GRADO POR AGRAVACIÓN. NORMATIVA APLICABLE A LA GRAN INVALIDEZ TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 40/2007.

**Resumen:** La cuestión suscitada en el recurso versa sobre la determinación del importe de la gran invalidez que, por revisión de una previa situación de incapacidad permanente absoluta/total, se ha reconocido tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007 y más concretamente en la determinación de cuál es el momento

causante de una prestación que es reconocida en revisión por agravación. Y la Sala 4 del TS, reiterando doctrina consolidada, entiende que esa fecha es la de pronunciamiento de la resolución del INSS que pone fin al expediente administrativo por lo que en el caso que se resuelve es aplicable la reforma que introdujo aquella norma legal.

**Disposiciones Legales:** LGSS: 139.4

#### **SENTENCIA NÚM. 43**

**Fecha:** 25/10/2016

**Recurso:** 3690/2015

**Materia:** RECURSO DE SUPPLICACIÓN. ACCESO AL RECURSO. INCOMPETENCIA FUNCIONAL POR FALTA DE CUANTÍA Y AFECTACIÓN GENERAL. DIFERENCIAS EN BASE REGULADORA DE PRESTACIONES.

**Resumen:** Reitera doctrina recogida en sentencia de 29 de junio y 14 de julio de 2016.

**Disposiciones Legales:** LRJS: art. 191.

#### **SENTENCIA NÚM. 44**

**Fecha:** 26/10/2016

**Recurso:** 1267/2015

**Materia:** INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL PROFESIÓN HABITUAL.

**Resumen:** A los efectos de establecer la existencia de una invalidez en el sistema de la Seguridad Social, la delimitación de la profesión habitual no debía identificarse con la categoría profesional, sino con aquellos cometidos que «el trabajador está cualificado para realizar y a lo que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica o de pertenencia a un grupo profesional». En definitiva, la profesión habitual se concretará en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional.

En el supuesto enjuiciado el trabajador posee una categoría profesional para la que las dolencias no parecen ofrecer otra limitación que la que resulta del concretísimo supuesto en que sus funciones se realicen en contacto con el corcho. Sin embargo, su profesión de peón de almacén no exige una especialización necesariamente vinculada al tratamiento, manipulación o elaboración de productos de ese material.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 137

#### **SENTENCIA NÚM. 45**

**Fecha:** 10/11/2016

**Recurso:** 901/2015

**Materia:** INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA. ALTA O SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA. PERCEPTOR DE PRESTACIÓN NO CONTRIBUTIVA.

**Resumen:** La cuestión planteada en el presente recurso de casación consiste en determinar si el recurrente reúne la carencia genérica necesaria para causar la pensión por la situación de incapacidad permanente absoluta en la que se encuentra. Se encuentra en situación asimilada al alta el perceptor de prestación no contributiva, cuando esa situación justifica en sí misma la separación de una actividad laboral por lo que es trasladable a este supuesto la doctrina que se ha aplicado a otros casos en que el infortunio o por causas ajenas al causante le obligan a apartarse del mercado de trabajo. Reitera doctrina recogida en sentencias de 22 de enero de 2013, 5 de mayo de 2014.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 138.2 b) y 3

#### **SENTENCIA NÚM. 46**

**Fecha:** 15/11/2016

**Recurso:** 74/2015

**Materia:** COSTAS PROCESALES. NO PROCEDE. SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD

**Resumen:** El Servicio Madrileño de Salud es una entidad análoga al Insalud en tanto que en aquellos se transfirió las competencias del Instituto por lo que estos Servicios de Salud han venido a ocupar, a nivel de Comunidad Autónoma, el lugar que aquel otro ocupaba y, por ende, tiene el mismo tratamiento de entidades gestoras y con ello le permite gozar del beneficio de justifica gratuita. Reitera doctrina recogida en sentencia de 20 de mayo de 2004 y 21 de noviembre de 2007, entre otras.

**Disposiciones Legales:** LRJS: art. 233.1

#### SENTENCIA NÚM. 47

**Fecha:** 16/11/2016

**Recurso:** 3146/2014

**Materia:** MATERNIDAD. DERECHO A LA PRESTACIÓN SUPUESTO DE MATERNIDAD SUBROGADA. DERECHO A LA PRESTACIÓN.

**Resumen:** La regulación en materia de prestaciones por maternidad no abarca a supuestos concretos y cerrados de forma que su interpretación puede abarcar otros que atiendan a los mismos objetivos de protección del menor y para la conciliación de la vida familiar y laboral. Por tanto, existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar del padre subrogado, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse, salvo supuestos de fraude, previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas. En consecuencia, cuando el solicitante de las prestaciones por maternidad, asociadas a una gestación por subrogación, es la que parece como madre en el Registro Civil Consular, en virtud de un contrato de gestación por sustitución existen poderosas razones adicionales para conceder aquella protección dirigida a la atención y cuidado del menor.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 33 bis; REAL DECRETO 295/2009 de 6 de marzo, se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, pa-

ternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural: art. 2.2, 3.2

#### SENTENCIA NÚM. 48

**Fecha:** 17/11/2016

**Recurso:** 3994/2014

**Materia:** JUBILACIÓN ANTICIPADA DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD. DISCAPACIDAD SUPERIOR AL 65%. PORCENTAJE.

**Resumen:** La cuestión suscitada en el recurso de unificación consiste en determinar el cálculo de porcentaje de la pensión de jubilación, con anterioridad a los 65 años, de quien tiene reconocida una minusvalía superior al 65%. El periodo de tiempo en que resulte reducida la edad se computa como cotizado a los efectos de fijar el porcentaje, ahora bien, no es posible aplicar los incrementos del art. 163.2 LGSS ya que para ello debe haberse cumplido realmente la edad legal de jubilación sin que esa edad pueda ser la ficticia y, además, esas cotizaciones ficticias no sirven a esos efectos de incrementar la cuantía de la pensión. En definitiva, el porcentaje de la pensión no puede superar el 100%, salvo en caso de jubilarse a edad superior a 65 años. Reitera doctrina recogida en sentencia de 27 de marzo y 19 de diciembre de 2013.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 165; REAL DECRETO 1539/2003 de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía: art. 3 y 5

#### SENTENCIA NÚM. 49

**Fecha:** 22/11/2016

**Recurso:** 2561/2015

**Materia:** RECURSO DE SUPPLICACIÓN. ACCESO AL RECURSO. COMPLEMENTO A MÍNIMOS EN PENSIÓN EN CUANTÍA INFERIOR A 3000 EUROS ANUALES.

**Resumen:** Las cuestiones que afecten al reconocimiento o denegación del complemento

de mínimos tienen acceso al recurso de suplicación, aunque la cuantía no supere los 3000 euros, porque aquél tiene un régimen jurídico próximo al de otras prestaciones que gozan de autonomía. Reitera doctrina recogida en sentencia de 2 de abril de 2007.

**Disposiciones Legales:** LRJS: art. 189.2

### SENTENCIA NÚM. 50

**Fecha:** 22/11/2016

**Recurso:** 566/2015

**Materia:** SEGURO OBLIGATORIO DE VEJEZ E INVALIDEZ (SOVI). PERIODO DE CARENANCIA. EMPRESA QUE OPTA POR SER COOPERATIVA Y LA TRABAJADORA NO COTIZA HASTA QUE SE INTEGRA COMO SOCIA TRABAJADORA EN EL RETA.

**Resumen:** La cuestión se plantea porque se da la circunstancia de que las cotizaciones al SOVI quedaron interrumpidas al finalizar el mes de junio de 1963, y no constan más cotizaciones a nombre de la trabajadora demandante hasta el 1 de octubre de 1968, si bien éstas lo son ya como trabajadora autónoma (para la misma cooperativa). Dado que el trabajador no hizo una opción por pasar al Régimen de Mutualidades de autónomos debe presumirse su deseo de mantenerse en el sistema hasta entonces vigente. Eso significa que la falta de cotización en ese tiempo al SOVI y hasta que la trabajadora se integra en el RETA, no impide tener por cumplido el periodo de carencia, al margen de determinar la distribución de responsabilidades por esa falta de cotización, que no se suscita en el recurso.

**Disposiciones Legales:** ORDEN de 25 de marzo de 1963: art. 7

### SENTENCIA NÚM. 51

**Fecha:** 23/11/2016

**Recurso:** 3692/2014

**Materia:** PRESTACIONES EN FAVOR DE FAMILIARES. HIJO A CARGO. HUÉRFANO

ABSOLUTO CON DISCAPACIDAD SUPERIOR AL 65%. LÍMITES DE INGRESOS.

**Resumen:** La cuestión controvertida se centra en determinar si en el supuesto de huérfano absoluto, con discapacidad mayor de 65% es también exigible al beneficiario-causante, no percibir ingresos por encima del porcentaje establecido en la ley para los causantes de la prestación. La Sala entiende que en esa situación el sujeto se halla a cargo de sí mismo y la prestación viene a mitigar su estado de necesidad por lo que debe prevalecer el art. 182.3 sobre el 181 a), por lo que tiene derecho a la protección.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 181 a) y 182.3

### SENTENCIA NÚM. 52

**Fecha:** 23/11/2016

**Recurso:** 3818/2014

**Materia:** ORFANDAD. LÍMITE DE EDAD. BENEFICIARIO CON 22 AÑOS EN AGOSTO DE 2011 Y CURSANDO ESTUDIOS. RÉGIMEN TRANSITORIO LEY 27/2011.

**Resumen:** El demandante tenía 22 años en agosto de 2011, cuando se encontraba cursando estudios universitarios y fue dado de baja en la pensión de orfandad. La Sala 4ª del TS, en atención a la reforma introducida por la Ley 27/2011 en la pensión de orfandad fijó una aplicación paulatina de los límites de edad, considera que existe una laguna legal en lo que se refiere a las situaciones que se produzcan en el periodo de agosto de 2011 a enero de 2012. Las reglas de interpretación normativa llevan a entender que quienes en 2014 cumplan 25 años mantienen la condición de beneficiario y así en relación con los años precedentes. Reitera doctrina recogida en sentencia de 18 de septiembre de 2014 y 22 de junio de 2015, entre otras.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 175 y Disposición Transitoria 6ª Bis.

**SENTENCIA NÚM. 53****Fecha:** 24/11/2016**Recurso:** 1156/2015**Materia:** VIUEDAD. FECHA DE EFECTOS ECONÓMICOS.

**Resumen:** La cuestión planteada en el recurso de casación consiste en determinar la fecha de efectos económicos de la pensión de viudedad, cuando se solicita pasados más de tres meses del fallecimiento del causante. La Sala reitera la doctrina recogida en la sentencia de 13 de noviembre de 2007, y ante la claridad de la normativa aplicable entiende que los efectos son desde los tres meses anteriores a la solicitud.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 178**SENTENCIA NÚM. 54****Fecha:** 29/11/2016**Recurso:** 1235/2015**Materia:** ACCIDENTE DE TRABAJO. RESPONSABILIDADES. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL INSS: FRENTE A LA MUTUA Y ANTE LA INSOLVENCIA EMPRESARIAL. SUPUESTOS EN LOS QUE NO PROCEDE.

**Resumen:** Si bien la Entidad Gestora, en su condición de sucesor del FGAT, debe responder ante la Mutua de lo abona por ella ante la insolvencia del empresario, Pero esa responsabilidad subsidiaria no se extiende a los supuestos en los que dicha Mutua no ha realizado pago anticipado alguno ante la desprotección del asegurado por el incumplimiento del empresario. Reitera doctrina recogida en sentencias de 22 de febrero de 2012, entre otras.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 126.3. 4º**SENTENCIA NÚM. 55****Fecha:** 30/11/2016**Recurso:** 2018/2015**Materia:** JUBILACIÓN. BASES DE COTIZACIÓN INCREMENTADAS.

**Resumen:** Cuando las tareas efectivamente desempeñadas por el beneficiario en el periodo discutido, no calificadas de fraudulentas, corresponden a una categoría profesional concreta y a unas tablas salariales fijadas en los sucesivos Convenios colectivos, no cabe negar al trabajador el que sus bases de cotización de dicho período a efectos de la determinación de la base reguladora de su prestación contributiva de jubilación no se correspondan con las mínimas legalmente exigibles, restableciéndose, así, el equilibrio entre el trabajo realizado, la contraprestación económica recibida, las cotizaciones efectuadas y las bases de cotización computables.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 109**SENTENCIA NÚM. 56****Fecha:** 30/11/2016**Recurso:** 3183/2015**Materia:** MATERNIDAD. DERECHO A LA PRESTACIÓN SUPUESTO DE MATERNIDAD SUBROGADA. DERECHO A LA PRESTACIÓN CON DEDUCCIÓN DE LA DE PATERNIDAD YA DISFRUTADA POR EL SOLICITANTE.

**Resumen:** La regulación en materia de prestaciones por maternidad no abarca a supuestos concretos y cerrados de forma que su interpretación puede abarcar otros que atiendan a los mismos objetivos de protección del menor y para la conciliación de la vida familiar y laboral. Por tanto, existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar del padre subrogado, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse, salvo supuestos de fraude, previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas. En consecuencia, cuando el solicitante de las prestaciones por maternidad, asociadas a una gestación por subrogación, es el que aparece como progenitor registral y padre biológico de nacido en virtud de contrato de gestación por



sustitución existen poderosas razones adicionales para conceder aquella protección dirigida a la atención y cuidado del menor, si bien debiendo descontarse de la prestación los días que disfrutó el solicitando en concepto de paternidad.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 33 bis; REAL DECRETO 295/2009 de 6 de marzo, se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural: art. 2.2, 3.2

#### SENTENCIA NÚM. 57

**Fecha:** 01/12/2016

**Recurso:** 1351/2015

**Materia:** RECURSO DE SUPPLICACIÓN. ACCESO AL RECURSO. CRITERIO PARA DETERMINAR LA CUANTÍA. GRAN INVALIDEZ.

**Resumen:** La demandada reclamaba una diferencia en el importe de la pensión de gran invalidez que ha sido reconocida. Esa diferencia entre la reconocida y la reclamada, en cómputo anual, es la que determina el acceso al recurso. Y siendo una pensión de gran invalidez las cuantías a tomar son las que integran la propia prestación, esto es incluyendo el complemento que configura aquel grado de invalidez.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 192.3; LGSS: art. 139.4

#### SENTENCIA NÚM. 58

**Fecha:** 02/12/2016

**Recurso:** 959/2015

**Materia:** DESEMPLEO. REPOSICIÓN DE LA PRESTACIÓN POR ERTE de 2009 a 2011. SUPUESTO BAJO LA VIGENCIA DEL RD LEY 1/2013.

**Resumen:** Aplica doctrina recogida en sentencias de 16 de diciembre de 2015 y 28 de abril y 5 de julio de 2016.

**Disposiciones Legales:** LEY 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: art. 16; REAL DECRETO-LEY 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: art. 3.

#### SENTENCIA NÚM. 59

**Fecha:** 12/12/2016

**Recurso:** 3352/2014

**Materia:** VIUEDAD. CONSTITUCIÓN FORMAL DE LA PAREJA DE HECHO. INSCRIPCIÓN EN REGISTRO DE PAREJAS DE HECHO O DOCUMENTO PÚBLICO DE CONSTITUCIÓN.

**Resumen:** Reitera doctrina recogida en sentencia de 22 de septiembre de 2014, 5 y 9 de febrero y 28 de abril de 2015 y 2 de junio de 2016.

**Disposiciones Legales:** LGSS: 174.3.

#### SENTENCIA NÚM. 60

**Fecha:** 19/12/2016

**Recurso:** 602/2015

RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS. PRESTACIÓN POR MATERNIDAD. SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA: NOVENTA DÍAS SIGUIENTES A LA BAJA EN EL RÉGIMEN.

**Resumen:** A efectos de causar derecho al subsidio por maternidad, la baja en el Régimen Especial, producida dentro de los noventa días naturales anteriores al hecho causante es situación asimilada al alta al no haber derogado el RD 1251/2001 el art. 29.1 del Decreto 2530/1970 ni estar afectada tal conclusión por el RD 295/09 que nada prevé al respecto. Además, incluso de entenderse que el cese de actividad es equiparable a extinción contractual, se estaría en el supuesto del art. 10 del referido RD de 2009. Reitera doctrina recogida en sentencia de 25 de junio y 5 de diciembre de 2008 y 21 de abril de 2009 y 10 de junio de 2014.

**Disposiciones Legales:** DECRETO 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos: art. 29.1; REAL DECRETO 295/2009 de 6 de marzo, se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural: art. 10.

#### **SENTENCIA NÚM. 61**

**Fecha:** 20/12/2016

**Recurso:** 535/2015

**Materia:** ACCIDENTE DE TRABAJO. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. FUTBOLISTA PROFESIONAL CON MAS DE 30 AÑOS.

**Resumen:** Se plantea en el recurso el derecho del demandante, futbolista con más de 30 años, tiene derecho a ser declarado afectado por una incapacidad permanente total. La Sala 4<sup>a</sup> del TS entiende que procede el reconocimiento de la prestación por cuanto que no existe norma alguna que lo impida y que limite el acceso a la protección por razón de la edad en el sector profesional del deporte.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 137

#### **SENTENCIA NÚM. 62**

**Fecha:** 21/12/2016

**Recurso:** 3373/2015

**Materia:** ENFERMEDAD PROFESIONAL. RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO. FECHA DE EFECTOS. TRES MESES ANTERIORES A LA SOLICITUD.

**Resumen:** La cuestión suscitada en el recurso versa sobre la fecha de efectos del recargo por falta de medidas de seguridad y si ésta debe fijarse en la de la solicitud o la propia de las prestaciones por enfermedad profesional. Reitera doctrina recogida en sentencia de 13 y 15 de septiembre de 2016.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 43.1

#### **SENTENCIA NÚM. 63**

**Fecha:** 21/12/2016

**Recurso:** 2433/2015

**Materia:** DESEMPLEO. REINTEGRO DE LO INDEBIDAMENTE PERCIBIDO. LIMITES DE CUANTÍA.

**Resumen:** La compensación o descuento de las prestaciones por parte de las Entidades Gestoras cuando se trate de obligaciones contraídas por el beneficiario dentro de la Seguridad Social debe limitarse al importe correspondiente a las prestaciones no contributivas. Reitera doctrina recogida en sentencia de 11 de mayo de 2006, entre otras.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 40.1 b); REAL DECRETO 625/1985 de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo: art. 34

#### **SENTENCIA NÚM. 64**

**Fecha:** 21/12/2016

**Recurso:** 2255/2015

**Materia:** PRESTACIÓN EN FAVOR DE FAMILIARES. FAMILIAR QUE SOLICITA EL DIVORCIO UN MES ANTES DEL HECHO CAUSANTE RENUNCIANDO A PENSIÓN COMPENSATORIA.

**Resumen:** La cuestión suscitada en el presente recurso consiste en determinar si tiene derecho a pensión en favor de familiares la hija que convivía con el padre desde hacía dos años y que estaba tramitando su divorcio, sin derecho a pensión compensatoria cuando el padre falleció el 14 de enero de 2014, antes de transcurrir un mes desde la presentación de las demandas de divorcio por quienes con él convivían. El derecho a la prestación controvertida sólo lo tienen las hijas que «se encuentren en situación legal de separación» al tiempo del hecho causante, lo que obliga a entender que cuando el artículo 176-2-b) habla de divorciados se refiere a quienes reúnen esa

condición legal y no a quienes están pendientes de la resolución de una demanda de la que pueden desistir antes de recaer sentencia. Reitera doctrina recogida en sentencia de 10 de febrero de 2004.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 176.2 y 4

#### **SENTENCIA NÚM. 65**

**Fecha:** 22/12/2016

**Recurso:** 1466/2015

**Materia:** VIUEDAD. DIVORCIADA CON DERECHO A PENSIÓN QUE QUIERE QUE LE SEA RECONOCIDA POR LA D.T. 18 LGSS AL RESULTARLE MAS BENEFICIOSA.

**Resumen:** La demandante pretende que le sea reconocida la pensión de viudedad en virtud de la D.T. 18 LGSS, cuyos requisitos cumple, para con ello no tener topada la pensión a consecuencia de la pensión compensatoria. La Sala estima el recurso y confirma el derecho de la demandante a la cuantía de la pensión que reclama, reiterando el criterio mantenido en sentencia de 15 de octubre de 2014, entre otras.

**Disposiciones Legales:** LGSS: Disposición Transitoria 18ª

#### **SENTENCIA NÚM. 66**

**Fecha:** 27/12/2016

**Recurso:** 3132/2015

**Materia:** DESEMPLEO. PERDIDA DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL, PORCENTAJE DE PARCIALIDAD. SUPUESTO BAJO LA VIGENCIA DEL RDL 20/2012.

**Resumen:** El importe de la prestación por desempleo, consecuencia de la pérdida de un trabajo a tiempo parcial, se obtiene aplicando a la base reguladora los porcentajes que marca el art. 211.2, dentro de los límites máximos y mínimos que el apartado 3 de dicho precepto establece a fin de conocer si la pensión calculada alcanza el mínimo o supera el máximo. Estos límites se obtienen en función del pro-

medio de horas trabajadas en los últimos 180 días. Y al resultado de este límite habrá de aplicarse el porcentaje de reducción.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 211.2 y 3

#### **SENTENCIA NÚM. 67**

**Fecha:** 10/01/2017

**Recurso:** 3900/2015

**Materia:** RECURSO DE SUPPLICACIÓN. ACCESO. DESEMPLEO Y DISCREPANCIAS EN LA BASE REGULADORA. FALTA DE CUANTÍA Y DE AFECTACIÓN GENERAL.

**Resumen:** Reitera doctrina recogida en sentencia de 29 de septiembre de 2016.

**Disposiciones Legales:** LRJS: art. 191.

#### **SENTENCIA NÚM. 68**

**Fecha:** 12/01/2017

**Recurso:** 3433/2015

**Materia:** DESEMPLEO. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. FALTA DE NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN EXTINTIVA. NECESIDAD DE ACUDIR AL BOLETÍN OFICIAL, EN CASO DE RESULTAR INFRACTUOSA.

**Resumen:** El Servicio Público Estatal de Empleo (SPEE), tras intentar infructuosamente la notificación personal de una resolución sobre extinción del derecho de desempleo, tenía obligación de realizarla a través de anuncio en Boletín oficial.

**Disposiciones Legales:** LEY 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común: art. 59.2

#### **SENTENCIA NÚM. 69**

**Fecha:** 24/01/2016

**Recurso:** 38/2016

**Materia:** DESEMPLEO. REPOSICIÓN DE LA PRESTACIÓN POR ERTE de 2009 a 2011.

SUPUESTO BAJO LA VIGENCIA DEL RD LEY 1/2013.

**Resumen:** Aplica doctrina recogida en sentencias de 16 de diciembre de 2015 y 28 de abril y 5 de julio y 2 de diciembre de 2016.

**Disposiciones Legales:** LEY 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: art. 16; REAL DECRETO-LEY 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: art. 3

### SENTENCIA NÚM. 70

**Fecha:** 25/01/2016

**Recurso:** 2729/2015

**Materia:** ORFANDAD. EFECTOS ECONÓMICOS. SUPUESTO DE PREVIA DESESTIMACIÓN Y POSTERIOR RECONOCIMIENTO SIN EXISTIR HECHOS NI NORMAS NUEVAS.

**Resumen:** La fecha de efectos de la prestación que se reconoce, tras haber existido un previo expediente en el que, con iguales hechos y normas aplicables, le fue denegado el derecho, debe ser la de la primera solicitud que fue indebidamente denegada.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 43

### SENTENCIA NÚM. 71

**Fecha:** 01/02/2017

**Recurso:** 3007/2015

**Materia:** PRESTACIÓN EN FAVOR DE FAMILIARES. FAMILIAR QUE SOLICITA EL DIVORCIO UN MES ANTES DEL HECHO CAUSANTE RENUNCIANDO A PENSIÓN COMPENSATORIA.

**Resumen:** Reitera doctrina recogida en sentencia de 10 de febrero de 2004 y 21 de diciembre de 2016.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 176.2 y 4

### SENTENCIA NÚM. 72

**Fecha:** 02/02/2017

**Recurso:** 1325/2015

**Materia:** RECURSO DE SUPPLICACIÓN. ACCESO AL RECURSO. DIFERENCIAS EN BASE REGULADORA. NO AFECTACIÓN GENERAL DECLARADA POR EL TSJ SIN ALEGACIÓN NI PRUEBA.

**Resumen:** La sentencia que resuelve una pretensión de diferencias en base reguladora que, en cómputo anual, no superan los 300 euros, no tiene acceso al recurso de suplicación. Por otro lado, se debe rechazar la posibilidad de acceso a los recursos de suplicación y casación, porque –contrariamente a lo que el TSJ afirma y ni siquiera trata de justificar argumentalmente– no existe dato alguno en la litis que permita afirmar la existencia de la cuestionada «afectación general», fuera de la posible proyección teórica del problema debatido, no habiendo sido tan siquiera alegada por ninguna de las partes; y mucho menos que haya sido probada.

**Disposiciones Legales:** LRJS: art. 191

### SENTENCIA NÚM. 73

**Fecha:** 07/02/2016

**Recurso:** 536/2015

**Materia:** ACCIDENTE DE TRABAJO. ACCIDENTE EN MISIÓN. INEXISTENTE. DESCANSO EN HOTEL Y FALLECIMIENTO POR CRISIS CARDÍACA.

**Resumen:** La cuestión planteada en el presente recurso consiste en determinar si puede ser calificado como contingencia profesional, modalidad de accidente en misión, el fallecimiento de un trabajador que acaece mientras el mismo descansaba en la habitación de un hotel de una localidad a la que se había trasladado por orden de la empresa. La Sala resuelve la inexistencia de contingencia profesional porque la crisis cardiaca sobrevino al causante en horas de descanso y en la habitación del hotel en que se alojaba un día en el que amaneció indispuerto y no se levantó para

ir al trabajo, no puede estimarse la existencia de accidente de trabajo «in itinere» y, consecuentemente, al no jugar la presunción en favor de la existencia de accidente laboral, ni constar la existencia de conexión alguna entre el trabajo realizado y la enfermedad causante de la muerte, ni que esta tuviese por origen el trabajo realizado.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 115

#### SENTENCIA NÚM. 74

**Fecha:** 09/02/2016

**Recurso:** 1456/2015

**Materia:** VIUEDAD. FECHA DE EFECTOS. DIVORCIADA SIN PENSIÓN COMPENSATORIA QUE SOLICITA LA PRESTACIÓN POR SEGUNDA VEZ Y CON BASE EN NUEVA NORMATIVA.

**Resumen:** El reconocimiento de la pensión de viudedad que se realiza, tras haber sido denegada una petición anterior, con base en una reforma legal que ahora permite otorgar el derecho prestacional, debe tener como fecha de efectos económicos la de los tres meses anteriores a la solicitud que arranca de esa nueva petición.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 43.1

#### SENTENCIA NÚM. 75

**Fecha:** 10/02/2017

**Recurso:** 1082/2015

**Materia:** VIUEDAD. TRANSCURSO DE MAS DE 10 AÑOS ENTRE EL DIVORCIO Y EL FALLECIMIENTO. APLICACIÓN TEMPORAL DE LAS NORMAS.

**Resumen:** La demandante no ostenta el derecho a la pensión de viudedad ni por la vía ordinaria ni por la de la Disposición Transitoria 18 porque entre la fecha del divorcio y la del fallecimiento del causante había transcurrido más de 10 años y tampoco era de aplicación la reforma operada por la Ley 27/2011 dado que entró en vigor con posterioridad a la fecha del hecho causante.

**Disposiciones Legales:** LGSS: Disposición Transitoria 18ª

#### SENTENCIA NÚM. 76

**Fecha:** 14/02/2017

**Recurso:** 838/2015

**Materia:** ACCIDENTE DE TRABAJO. ACCIDENTE IN ITINERE. REQUISITOS.

**Resumen:** La cuestión suscitada en el recurso versa sobre si existe un accidente de trabajo durante el desplazamiento. La identificación del accidente in itinere se determina a partir de los términos lugar de trabajo y domicilio del trabajador, y de su conexión mediante el trayecto. Esta conexión del lugar de trabajo y domicilio del trabajador. Pues bien, en el caso que se presenta el recorrido desde la salida del trabajo, pasando por una localidad cercana para dejar, como de costumbre, a dos compañeros de trabajo, y la llegada a la población de residencia, aunque lo fuera con unos minutos de retraso no deslaboraliza el accidente que debe ser calificado in itinere por no alterarse el nexo causal.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 115.2.a

#### SENTENCIA NÚM. 77

**Fecha:** 15/02/2017

**Recurso:** 2921/2015

**Materia:** DESEMPLEO. SUBSIDIO POR DESEMPLEO POR RESPONSABILIDADES FAMILIARES. EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO. FALTA DE APORTACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN EXIGIBLE. ARCHIVO DEL EXPEDIENTE.

**Resumen:** El debate se ha centrado en establecer si es condicionante del reconocimiento de la prestación la averiguación de la ayuda económica que en su caso pudieran estar recibiendo los hijos menores de edad al existir otros progenitores sobre los que pudiera recaer la obligación de prestar alimentos. Pues bien, dado que es preciso conocer la situación de los que pudieran integrar la unidad de con-

vivencia, la falta de cumplimiento por el solicitante del requerimiento de documentación que le fue efectuado por el SPEE justifica el archivo del expediente, siendo innecesaria cualquier consideración respecto del derecho sustantivo en cuestión.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 215.1.1 a)

### SENTENCIA NÚM. 78

**Fecha:** 15/02/2017

**Recurso:** 1810/2015

**Materia:** DESEMPLEO. SUBSIDIO POR DESEMPLEO. REANUDACIÓN: NO PROCEDE CUANDO NO EXISTE SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO.

**Resumen:** La reanudación del subsidio suspendido queda condicionada a que persistan las circunstancias precisas para su reconocimiento inicial. Para prorrogar el subsidio de desempleo es preciso que concurren las mismas circunstancias y condiciones existentes en el momento de la concesión primigenia (art. 8º. 2 del R.D. 625/1985). Los requisitos necesarios para la percepción del subsidio han de acreditarse no sólo en el momento de su inicial solicitud, sin que sea necesario que se mantengan al interesarse la reanudación del abono tras su suspensión. Por tanto, si el trabajador extingue una relación laboral por dimisión no se encuentra en situación legal de desempleo y, por ende, no puede reanudar una prestación suspendida.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 207, 208, 212.3 b)

### SENTENCIA NÚM. 79

**Fecha:** 16/02/2017

**Recurso:** 2535/2015

**Materia:** RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA. REQUISITOS PARA SU RECONOCIMIENTO. BENEFICIARIO. CARGA DE LA PRUEBA.

**Resumen:** La cuestión aquí discutida radica en determinar si tales requisitos debe acreditarlos el solicitante y, por tanto, deben figurar como hechos probados en la sentencia que establezca la pensión incrementada o, como indica la sentencia recurrida, es la INSS a quien correspondía acreditar la no concurrencia de los mismos que no cabe deducir del mantenimiento del alta en el RETA. Pues bien, Uno de los requisitos para acceder al incremento del 20% en la pensión de incapacidad permanente total, con cargo al RETA, es la que el pensionista no ostente la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial ni de una explotación agraria o marítimo-pesquera como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo— Este requisito debe ser acreditado por el interesado que, lógicamente debe justificar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos normativamente exigidos para obtener el incremento del 20% de la prestación y, en el supuesto concreto que se examina, en especial debió acreditar que había abandonado la titularidad del establecimiento mercantil en el que desempeñaba su actividad como trabajador autónomo. Reitera doctrina en sentencia de 15 de julio de 2015 y 5 de julio de 2016.

**Disposiciones Legales:** DECRETO 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos: art.38.1

### SENTENCIA NÚM. 80

**Fecha:** 16/02/2016

**Recurso:** 2481/2015

**Materia:** RECURSO DE SUPPLICACIÓN. ACCESO AL RECURSO. COMPLEMENTO A MÍNIMOS EN PENSIÓN EN CUANTÍA INFERIOR A 3000 EUROS ANUALES.

**Resumen:** Las cuestiones que afecten al reconocimiento o denegación del complemento de mínimos tienen acceso al recurso de suplicación, aunque la cuantía no supere los 3000 euros, porque aquél tiene un régimen jurídico

próximo al de otras prestaciones que gozan de autonomía. Reitera doctrina recogida en sentencia de 2 de abril de 2007 y 22 de noviembre de 2016.

**Disposiciones Legales:** LRJS: art. 189.2

### SENTENCIA NÚM. 81

**Fecha:** 22/02/2017

**Recurso:** 1563/2015

**Materia:** ORFANDAD. ALTA O SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA.

**Resumen:** La cuestión que se plantea en el recurso consiste en determinar, si en supuesto de pensión de orfandad, puede considerarse en situación de asimilada al alta el causante que, tras haber cotizado a lo largo de su vida laboral 4.550 días a la Seguridad Social, fallece tras una larga y grave enfermedad, sin estar dado de alta, en la fecha del fallecimiento en el sistema de la Seguridad Social. La Sala aplica una interpretación flexibilizadora del requisito en cuestión y entiende que está en situación asimilada al alta dada la específica y singular situación en la que se encuentra el causante que por su enfermedad no estaba en condiciones de presentarse ante las oficinas de empleo ni para atender actividad productiva alguna.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 175.1

### SENTENCIA NÚM. 82

**Fecha:** 23/02/2017

**Recurso:** 2066/2015

**Materia:** ENFERMEDAD PROFESIONAL. RECARGO POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO. DETERMINACIÓN DEL PORCENTAJE. GRAVEDAD DE LA FALTA.

**Resumen:** La cuestión que se debate en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si es procedente que el recargo del 40% impuesto en suplicación a la empresa por

falta de medidas de seguridad, en un caso de enfermedad profesional que produjo la incapacidad permanente total cualificada de la trabajadora implicada, alcance tal porcentaje o el del 50% reconocido en la instancia por el Juzgado de lo Social, cuando aquella rebaja atendía a la gravedad de la falta. La Sala 4 del TS, tomando en consideración los criterios jurisprudenciales en casos similares, considera que entre los años 40 y 50 era evidente la gravedad de la infracción empresarial ya apreciada por el juzgador de instancia cuyo criterio es el ajustado a derecho.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 123

### SENTENCIA NÚM. 83

**Fecha:** 23/02/2017

**Recurso:** 2120/2015

**Materia:** INCAPACIDAD PERMANENTE, SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA.

**Resumen:** La cuestión a resolver en el recurso reside en determinar si debe considerarse en situación asimilada al alta el trabajador que sufre un accidente de tráfico a los pocos días de causar baja voluntaria en su anterior empleo, a efectos del acceso a la pensión de incapacidad permanente total. La Sala considera que se está ante una situación asimilada al alta en tanto que la voluntad del demandante no era la de apartarse del mercado laboral sino de incorporarse a otra relación laboral que tenía concertada con otra empresa. Reitera doctrina recogida en sentencia de 20 de enero de 2015.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 124 y 152.2

### SENTENCIA NÚM. 84

**Fecha:** 23/02/2017

**Recurso:** 2759/2015

**Materia:** VIUEDAD. PAREJAS DE HECHO. REQUISITOS PARA EL MANTENIMIENTO DE LA PENSIÓN.

**Resumen:** La cuestión a resolver en el recurso consiste en determinar si una pensión de viudedad reconocida en abril de 2008 al amparo de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, es compatible con el reconocimiento a la misma titular de una pensión de incapacidad permanente total en el año 2012. Pues bien, la pensión de viudedad se reconoce cuando el titular no lo sea de otra pensión contributiva, y este requisito de carecer de otra pensión debe estar presente durante todo el periodo de percepción de la prestación, porque no sería lógico entender que solo haya de exigirse para acceder a la misma y no para mantenerla, pues de lo que se trata es de evitar que coincidan en el mismo beneficiario esta especial pensión de viudedad con otra prestación contributiva de seguridad social, sea cual fuere la fecha de su reconocimiento.

**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 174.3

**SENTENCIA NÚM. 85**

**Fecha:** 28/02/2017

**Recurso:** 2698/2015

**Materia:** RECURSO DE SUPPLICACIÓN. INCONGRUENCIA EXTRA PETITUM.

**Resumen:** Incurrir en incongruencia extra petitum la sentencia de suplicación que al resolver el recurso y estimando la inexistencia de caducidad apreciada en la instancia entra a resolver en cuanto al fondo la demanda para desestimarla aplicando un precepto no invocado por la parte contraria y sin resolver sobre la responsabilidad empresarial que se le demandaba.

**Disposiciones Legales:** CE: art. 24.





MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

### **III. Documentos**



# Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo\*

# Law 6/2017 of 24 October on Urgent Reforms to Autonomous Work

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley:

## PREÁMBULO

### I

El trabajo autónomo tiene en España un destacado protagonismo al servicio de la generación de riqueza y de la actividad productiva y posee un importante peso específico en el mercado de trabajo, y si bien durante los años de crisis experimentó un significativo descenso, ha demostrado una importante capacidad de recuperación y un enorme potencial en cuanto a generación de empleo.

Por ese motivo, a lo largo de los últimos años se ha articulado una serie de medidas a su favor que han permitido estimular el aumento de los flujos de entrada en el mercado de trabajo de los autónomos y que también han incidido en mejorar las posibilidades de

supervivencia de la actividad emprendedora y su fortalecimiento.

Pero esto no debe hacernos olvidar la necesidad de seguir avanzando en el desarrollo de nuevas medidas de apoyo a todo lo que significa la actividad emprendedora, planteando nuevas metas.

Así, en materia de Seguridad Social, hay que ser conscientes de las singularidades del trabajador autónomo: por ejemplo, sus ingresos no son fijos, son inciertos y variables en el tiempo, como lo es su actividad. Por tanto, sus obligaciones con la Seguridad Social han de adecuarse a esas circunstancias con objeto de facilitar la cotización a la Seguridad Social y reducir sus cargas administrativas en la materia, desde un planteamiento que garantice la pervivencia de la actividad emprendedora.

Bajo esa perspectiva, resulta conveniente avanzar en la adecuación del régimen de recargos vigente en materia de recaudación de cuotas, a fin de afianzar la posición de los autónomos ante situaciones transitorias de dificultad económica. Por otro lado, y en la línea de ayudar a los trabajadores autónomos en los primeros momentos de puesta en marcha de la actividad emprendedora, que suelen ser los más difíciles, es necesario reforzar los beneficios en materia de cotización. Y también resulta justificado introducir adaptaciones con objeto

\* BOE núm. 257, de 25 de octubre de 2017.

de que en determinados casos la obligación de cotizar se refiera exclusivamente a los días de alta en cada mes, frente a la actual obligación de hacerlo por el mes completo, independientemente de los días que se haya estado de alta durante ese mes.

Por otra parte, en el ámbito fiscal, la Administración Tributaria debería facilitar la liquidez a los autónomos y no imponer cargas formales, que además la dificulten. Los autónomos están sujetos a una peor financiación, hacen frente a una elevada tasa de morosidad y a una mayor carga financiera del Impuesto sobre el Valor Añadido al tener que anticipar en numerosas ocasiones el impuesto devengado a sus clientes sin haberlo cobrado, así como a una mayor dificultad para conseguir financiación bancaria debido a las exigencias de avales y al limitado patrimonio personal de muchos autónomos. Todo ello, junto con un cierto desconocimiento sobre cómo negociar con los bancos, contribuye a que los costes de financiación de los autónomos sean más elevados y a que existan pago de los clientes, sobre todo por parte de las Administraciones Públicas, suponen un problema añadido dada la mayor dificultad del autónomo para conseguir financiación a corto plazo.

Teniendo presente todo lo anterior, con esta ley se avanza en una serie de reformas que van dirigidas a apoyar el desarrollo de la actividad emprendedora en términos más adecuados para dicho colectivo.

## II

La presente ley se estructura en ocho títulos, siete disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y trece disposiciones finales.

El título I articula medidas dirigidas a facilitar la cotización a la Seguridad Social y a reducir las cargas administrativas de los trabajadores autónomos. En primer lugar, se modulan los recargos por el ingreso fuera de plazo de las cuotas a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos, reduciendo a un

10 por ciento el aplicable si el abono se produce dentro del primer mes natural siguiente al del vencimiento del plazo de ingreso. Dicha modulación, en coherencia con los principios que informan nuestro modelo de Seguridad Social, se extiende al resto de sujetos responsables del pago incluidos en los diferentes regímenes. Seguidamente se realiza una regulación de la cotización de los trabajadores autónomos en régimen de pluriactividad que contempla de manera conjunta los diversos beneficios en materia de cotización de aquellos emprendedores que simultáneamente llevan a cabo otra actividad que les incluye en otro régimen, desde una perspectiva de reducción de cargas administrativas.

El título II establece la ampliación de la cuota reducida de 50 euros –la denominada «tarifa plana»– para los nuevos autónomos hasta los doce meses, en lugar de los seis actuales, lo que se contempla de forma coordinada con otros beneficios ya existentes.

El título III desarrolla medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral y familiar de los trabajadores autónomos.

El título IV introduce mejoras en los derechos colectivos del trabajador autónomo.

El título V introduce varias modificaciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas con la finalidad de clarificar la deducibilidad de los gastos en los que incurrir los autónomos en el ejercicio de su actividad, de forma que puedan contar con un elevado grado de seguridad jurídica.

Al respecto, en primer lugar, se aclara la deducibilidad de los gastos de suministros correspondientes a la parte de la vivienda que se encuentra afecta a la actividad económica desarrollada por el contribuyente.

Mientras que los gastos derivados de la titularidad de la vivienda, tales como amortizaciones, IBI, comunidad de propietarios, etc., sí resultan deducibles en proporción a la parte de la vivienda afectada al desarro-

llo de la actividad y a su porcentaje de titularidad en el inmueble, sin embargo los suministros, por su naturaleza no admiten dicho criterio de reparto, debiendo imputarse a la actividad en proporción a la parte de dichos gastos que quede acreditado que está correlacionada con los ingresos de la actividad.

Los problemas prácticos derivados de la indeterminación de los criterios a adoptar para su cuantificación, unido a las dificultades de acreditación de los factores que integran dicho cálculo, determinan la necesidad de establecer un porcentaje objetivo, correspondiente a dicho criterio, que se fija en el porcentaje resultante de aplicar el 30 por ciento a la proporción existente entre los metros cuadrados de la vivienda destinados a la actividad respecto a su superficie total, salvo que se pruebe un porcentaje superior o inferior.

Adicionalmente, se aborda la problemática vinculada a los gastos de manutención en los que incurre el propio contribuyente en el desarrollo de la actividad económica.

A tal efecto, se aclara la deducibilidad de los mismos siempre que se cumplan determinadas condiciones, en particular que se produzcan en establecimientos de restauración y hostelería y se abonen utilizando cualquier medio electrónico de pago.

El importe deducible por este concepto tendrá como límite diario las mismas cuantías que para gastos de manutención se establecen para trabajadores por cuenta ajena en el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, esto es, con carácter general, 26,67 euros diarios si el gasto se produce en España o 48,08 euros si es en el extranjero, cantidades que, a su vez, se duplican si además como consecuencia del desplazamiento se pernocta.

El título VI desarrolla medidas para mejorar la cotización de los trabajadores autónomos.

El título VII contiene medidas para mejorar la formación profesional para el empleo de los trabajadores autónomos.

El título VIII lleva a cabo la pertinente equiparación a efectos de las contingencias derivadas de accidente de trabajo in itinere.

En relación con las disposiciones finales, cabe destacar el contenido de la primera, mediante la cual, de una manera que conjuga equilibradamente los deseos de los trabajadores autónomos con las necesidades de gestión de la Seguridad Social, se posibilita que hasta un máximo de tres altas al año tengan efectos desde el momento de inicio de la actividad y no desde el primer día del mes en que se inicia dicha actividad, como ocurría hasta ahora.

Por su parte, la disposición final segunda permite elevar de dos a cuatro el número de veces al año en que puede cambiarse de base de cotización, con lo que se adecua la norma a las fluctuaciones que son susceptibles de producirse en los ingresos de la actividad autónoma a lo largo de cada ejercicio.

Todo ello se lleva a cabo a través de la modificación del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, y del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, dado que se trata de cuestiones que tradicionalmente se regulan por norma de rango reglamentario por su carácter formal y de gestión, lo que facilita una regulación detallada sin restar plenas garantías jurídicas a la eficacia de las novedades introducidas.

De esta manera, queda articulado un conjunto de medidas con las que va a ser posible continuar incidiendo en la mejora de las condiciones en que desarrollan su actividad los trabajadores autónomos, garantizando sus expectativas de futuro y, con ello, la creación de riqueza productiva en nuestro país, que constituye una de las señas definatorias del colectivo de emprendedores.

## TÍTULO I

**Medidas para facilitar la cotización a la Seguridad Social y para reducir las cargas administrativas de los trabajadores autónomos**

**Artículo 1. Nuevo régimen de recargos por ingreso fuera de plazo.**

El artículo 30 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 30. *Recargos por ingreso fuera de plazo.*

1. Transcurrido el plazo reglamentario establecido para el pago de las cuotas a la Seguridad Social sin ingreso de las mismas y sin perjuicio de las especialidades previstas para los aplazamientos, se devengarán los siguientes recargos:

a) Cuando los sujetos responsables del pago hubieran cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 29:

1.º Recargo del 10 por ciento de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas

2.º Recargo del 20 por ciento de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas a partir del segundo mes natural siguiente al del vencimiento del plazo para su ingreso.

b) Cuando los sujetos responsables del pago no hubieran cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 29:

1.º Recargo del 20 por ciento de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas antes de la terminación del plazo de ingreso establecido en la reclamación de deuda o acta de liquidación.

2.º Recargo del 35 por ciento de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas a partir de la terminación de dicho plazo de ingreso.

2. Las deudas con la Seguridad Social que tengan carácter de ingresos de derecho público y cuyo objeto esté constituido por recursos distintos a cuotas, cuando no se abonen dentro del plazo reglamentario que tengan establecido se incrementarán con el recargo del 20 por ciento.»

**Artículo 2. Cotización en supuestos de pluriactividad de trabajadores autónomos.**

Uno. El artículo 313 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 313. *Cotización en supuestos de pluriactividad.*

1. Los trabajadores autónomos que, en razón de un trabajo por cuenta ajena desarrollado simultáneamente, coticen por contingencias comunes en régimen de pluriactividad, teniendo en cuenta tanto las cotizaciones efectuadas en este régimen especial como las aportaciones empresariales y las correspondientes al trabajador en el régimen de Seguridad Social que corresponda por su actividad por cuenta ajena, tendrán derecho al reintegro del 50 por ciento del exceso en que sus cotizaciones superen la cuantía que se establezca a tal efecto por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio, con el tope del 50 por ciento de las cuotas ingresadas en este régimen especial, en razón de su cotización por las contingencias comunes de cobertura obligatoria.

En tales supuestos, la Tesorería General de la Seguridad Social procederá a abonar el reintegro que en cada caso corresponda antes del 1 de mayo del ejercicio siguiente, salvo cuando concurren especialidades en la cotización que impidan efectuarlo en ese plazo o resulte necesaria la aportación de datos por parte del interesado, en cuyo caso el reintegro se realizará con posterioridad a esa fecha.

2. Sin perjuicio de lo indicado en el apartado anterior y de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, cuando el alta inicial en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos dé lugar a una situación de pluriactividad se aplicarán las siguientes reglas en la cotización:

1.<sup>a</sup> Los trabajadores que causen alta por primera vez en este régimen especial y con motivo de la misma inicien una situación de pluriactividad podrán elegir como base de cotización en ese momento, la comprendida entre el 50 por ciento de la base mínima de cotización establecida anualmente con carácter general en la Ley de Presupuestos Generales del Estado durante los primeros dieciocho meses, y el 75 por ciento durante los siguientes dieciocho meses, hasta las bases máximas establecidas para este régimen especial.

2.<sup>a</sup> En los supuestos de trabajadores en situación de pluriactividad en que la actividad laboral por cuenta ajena lo fuera a tiempo parcial con una jornada a partir del 50 por ciento de la correspondiente a la de un trabajador con jornada a tiempo completo comparable, se podrá elegir en el momento del alta, como base de cotización, la comprendida entre el 75 por ciento de la base mínima de cotización establecida anualmente con carácter general en la Ley de Presupuestos Generales del Estado durante los primeros dieciocho meses, y el 85 por ciento durante los siguientes dieciocho meses, hasta las bases máximas establecidas para este régimen especial.

3.<sup>a</sup> La aplicación de esta medida será incompatible con cualquier otra bonificación o reducción establecida como medida de fomento del empleo autónomo, así como con el reintegro de cuotas previsto en el apartado 1 de este artículo como consecuencia del ejercicio de la actividad por cuenta propia en régimen de pluriactividad con otra por cuenta ajena.»

Dos. El artículo 8 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 8. *Cotización.*

1. En el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar el nacimiento, la duración y la extinción de la obligación de cotizar, las operaciones de liquidación de la misma, el periodo, la forma, el lugar y el plazo para su presentación, así como su comprobación y control, se regirán por lo dispuesto con carácter general en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y en su normativa de desarrollo, que establecerá las peculiaridades de este Régimen Especial.

2. Lo establecido en el artículo 313 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social será también de aplicación a las personas trabajadoras por cuenta propia que queden incluidas en el grupo primero de cotización de este Régimen Especial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de esta Ley, y siempre que cumplan con los requisitos establecidos en dicho artículo 313.»

## TÍTULO II

### Medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo

*Artículo 3. Extensión de la cuota reducida para los autónomos que emprendan o reemprendan una actividad por cuenta propia.*

El artículo 31 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 31. *Reducciones y bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social aplicables a los trabajadores por cuenta propia.*

1. Los trabajadores por cuenta propia o autónomos que causen alta inicial o que no hubieran estado en situación de alta



en los 2 años inmediatamente anteriores, a contar desde la fecha de efectos del alta, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, tendrán derecho a una reducción en la cotización por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, que quedará fijada en la cuantía de 50 euros mensuales durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, en el caso de que opten por cotizar por la base mínima que les corresponda.

Alternativamente, aquellos trabajadores por cuenta propia o autónomos que, cumpliendo los requisitos previstos en el párrafo anterior, optasen por una base de cotización superior a la mínima que les corresponda, podrán aplicarse durante los 12 primeros meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, una reducción del 80 por ciento sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a reducir la resultante de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal.

Con posterioridad al periodo inicial de 12 meses previsto en los dos párrafos anteriores, y con independencia de la base de cotización elegida, los trabajadores por cuenta propia que disfruten de la medida prevista en este artículo podrán aplicarse las siguientes reducciones y bonificaciones sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a reducir o bonificar la resultante de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal, por un período máximo de hasta 12 meses, hasta completar un periodo máximo de 24 meses tras la fecha de efectos del alta, según la siguiente escala:

a) Una reducción equivalente al 50 por ciento de la cuota durante los 6 meses si-

guientes al período inicial previsto en los dos primeros párrafos de este apartado.

b) Una reducción equivalente al 30 por ciento de la cuota durante los 3 meses siguientes al período señalado en la letra a).

c) Una bonificación equivalente al 30 por ciento de la cuota durante los 3 meses siguientes al período señalado en la letra b).

2. En el supuesto de que los trabajadores por cuenta propia sean menores de 30 años, o menores de 35 años en el caso de mujeres, y causen alta inicial o no hubieran estado en situación de alta en los 2 años inmediatamente anteriores, a contar desde la fecha de efectos del alta, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, podrán aplicarse, además de las reducciones y bonificaciones previstas en el apartado anterior, una bonificación adicional equivalente al 30 por ciento, sobre la cuota por contingencias comunes, en los 12 meses siguientes a la finalización del periodo de bonificación previsto en el apartado 1, siendo la cuota a bonificar la resultante de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal. En este supuesto la duración máxima de las reducciones y bonificaciones será de 36 meses.

3. El período de baja en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, exigido en los apartados anteriores para tener derecho a los beneficios en la cotización en ellos previstos en caso de reemprender una actividad por cuenta propia, será de 3 años cuando los trabajadores autónomos hubieran disfrutado de dichos beneficios en su anterior período de alta en el citado régimen especial.

4. En el supuesto de que la fecha de efectos de las altas a que se refieren los

apartados 1 y 2 no coincidiera con el día primero del respectivo mes natural, el beneficio correspondiente a dicho mes se aplicará de forma proporcional al número de días de alta en el mismo.

5. Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación, cuando cumplan los requisitos en ellos establecidos, a los trabajadores por cuenta propia que queden incluidos en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y a los socios de sociedades laborales y a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que queden encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, dentro del grupo primero de cotización.

6. Lo previsto en el presente artículo resultará de aplicación aun cuando los beneficiarios de esta medida, una vez iniciada su actividad, empleen a trabajadores por cuenta ajena.

7. Las bonificaciones de cuotas previstas en este artículo se financiarán con cargo a la correspondiente partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal y las reducciones de cuotas se soportarán por el presupuesto de ingresos de la Seguridad Social, respectivamente.

8. Los beneficios en las cotizaciones previstos en este artículo consistirán en una bonificación en el supuesto de trabajadores por cuenta propia o autónomos inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 105 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, aplicándose dicha bonificación en los mismos términos que los incentivos previstos en el apartado 1 y teniendo derecho asimismo

a la bonificación adicional contemplada en el apartado 2.»

**Artículo 4. Beneficios en la cotización para personas con discapacidad, víctimas de violencia de género y víctimas de terrorismo que emprendan o reemprendan una actividad por cuenta propia.**

Se modifica el artículo 32 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, que queda redactado como sigue:

«Artículo 32. *Reducciones y bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social para las personas con discapacidad, víctimas de violencia de género y víctimas del terrorismo que se establezcan como trabajadores por cuenta propia.*

1. La cuota por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, de las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, las víctimas de violencia de género y las víctimas del terrorismo, que causen alta inicial o que no hubieran estado en situación de alta en los 2 años inmediatamente anteriores, a contar desde la fecha de efectos del alta, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se reducirá a la cuantía de 50 euros mensuales durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, en el caso de que opten por cotizar por la base mínima que les corresponda.

Alternativamente, aquellos trabajadores por cuenta propia o autónomos que, cumpliendo los requisitos previstos en el párrafo anterior, optasen por una base de cotización superior a la mínima que les corresponda, podrán aplicarse durante los 12 primeros meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, una reducción sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a reducir el 80 por ciento del resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en

cada momento, incluida la incapacidad temporal.

Con posterioridad al periodo inicial de 12 meses previsto en los dos párrafos anteriores, y con independencia de la base de cotización elegida, los trabajadores por cuenta propia que disfruten de la medida prevista en este artículo podrán aplicarse una bonificación sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a bonificar el 50 por ciento del resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal, por un período máximo de hasta 48 meses, hasta completar un período máximo de 5 años desde la fecha de efectos del alta.

2. El período de baja en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, exigido en el apartado anterior para tener derecho a los beneficios en la cotización en él previstos en caso de reemprender una actividad por cuenta propia, será de 3 años cuando los trabajadores autónomos hubieran disfrutado de dichos beneficios en su anterior período de alta en el citado régimen especial.

3. En el supuesto de que la fecha de efectos de las altas a que se refiere el apartado 1 no coincidiera con el día primero del respectivo mes natural, el beneficio correspondiente a dicho mes se aplicará de forma proporcional al número de días de alta en el mismo.

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación, cuando cumplan los requisitos en ellos establecidos, a los trabajadores por cuenta propia que queden incluidos en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y a los socios de sociedades laborales y a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que queden encuadrados en el Régimen Especial de la Seguri-

dad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, dentro del grupo primero de cotización.

5. Lo previsto en el presente artículo resultará de aplicación aun cuando los beneficiarios de esta medida, una vez iniciada su actividad, empleen a trabajadores por cuenta ajena.

6. Las bonificaciones de cuotas previstas en este artículo se financiarán con cargo a la correspondiente partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal y las reducciones de cuotas se soportarán por el presupuesto de ingresos de la Seguridad Social, respectivamente.»

### TÍTULO III

#### **Medidas para favorecer la conciliación entre la vida familiar y laboral de los trabajadores autónomos**

*Artículo 5. Bonificación a los trabajadores por cuenta propia por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación.*

El artículo 30 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, queda modificado como sigue:

Uno. La rúbrica y el apartado 1 quedan re-dactados del modo siguiente:

«Artículo 30. *Bonificación a los trabajadores por cuenta propia por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación.*

1. Los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos tendrán derecho, por un plazo de hasta doce meses, a una bonificación del 100 por cien de la cuota de autónomos por contingencias comunes, que resulte de aplicar

a la base media que tuviera el trabajador en los doce meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida, el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento establecido en el citado Régimen Especial en los siguientes supuestos:

a) Por cuidado de menores de doce años que tengan a su cargo.

b) Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada.

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

En el caso de que el trabajador lleve menos de 12 meses de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, la base media de cotización se calculará desde la fecha de alta.»

Dos. El apartado 3 queda redactado del modo siguiente:

«3. En caso de incumplimiento de lo previsto en el apartado anterior, el trabajador autónomo estará obligado a reintegrar el importe de la bonificación disfrutada.

No procederá el reintegro de la bonificación cuando la extinción esté motivada por causas objetivas o por despido disciplinario cuando una u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni en los supuestos de extinción causada por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador o por resolución durante el periodo de prueba.

Cuando proceda el reintegro, este quedará limitado exclusivamente a la parte de la bonificación disfrutada que estuviera vinculada al contrato cuya extinción se hubiera producido en supuestos distintos a los previstos en el párrafo anterior.

En caso de no mantenerse en el empleo al trabajador contratado durante, al menos, 3 meses desde la fecha de inicio del disfrute de la bonificación, el trabajador autónomo estará obligado a reintegrar el importe de la bonificación disfrutada, salvo que, conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, se proceda a contratar a otra persona en el plazo de 30 días.

En caso de que el menor que dio lugar a la bonificación prevista en este artículo alcanzase la edad de doce años con anterioridad a la finalización del disfrute de la bonificación, esta se podrá mantener hasta alcanzar el periodo máximo de 12 meses previsto, siempre que se cumplan el resto de condiciones.

En todo caso, el trabajador autónomo que se beneficie de la bonificación prevista en este artículo deberá mantenerse en alta en la Seguridad Social durante los seis meses siguientes al vencimiento del plazo de disfrute de la misma. En caso contrario el trabajador autónomo estará obligado a reintegrar el importe de la bonificación disfrutada.»

Tres. Se añade un nuevo apartado 8, con la siguiente redacción:

«8. Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación, cuando cumplan los requisitos en ellos establecidos, a los trabajadores por cuenta propia que queden incluidos en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.»

**Artículo 6.** *Bonificaciones de cuotas de Seguridad Social para trabajadores autónomos durante el descanso por maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adop-*

*ción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.*

Se modifica la redacción del artículo 38 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, en los siguientes términos:

«Artículo 38. *Bonificación de cuotas de Seguridad Social para trabajadores autónomos durante el descanso por maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.*

A la cotización de los trabajadores por cuenta propia o autónomos incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o como trabajadores por cuenta propia en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, durante los períodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, siempre que este periodo tenga una duración de al menos un mes, le será de aplicación una bonificación del 100 por cien de la cuota de autónomos, que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los doce meses anteriores a la fecha en la que se acoga a esta medida, el tipo de cotización establecido como obligatorio para trabajadores incluidos en el régimen especial de Seguridad Social que corresponda por razón de su actividad por cuenta propia.

En el caso de que el trabajador lleve menos de 12 meses de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o como trabajador por cuenta propia incluido en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, la base media de cotización se calculará desde la fecha de alta.

Esta bonificación será compatible con la establecida en el Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre.»

**Artículo 7. *Bonificaciones a las trabajadoras autónomas que se reincorporen al trabajo en determinados supuestos.***

Se añade un nuevo artículo 38 bis a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, con la siguiente redacción:

«Artículo 38 bis. *Bonificaciones a las trabajadoras autónomas que se reincorporen al trabajo en determinados supuestos.*

Las trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o como trabajadoras por cuenta propia en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, que, habiendo cesado su actividad por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento y tutela, en los términos legalmente establecidos, vuelvan a realizar una actividad por cuenta propia en los dos años siguientes a la fecha del cese, tendrán derecho a una bonificación en virtud de la cual su cuota por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, quedará fijada en la cuantía de 50 euros mensuales durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de su reincorporación al trabajo, siempre que opten por cotizar por la base mínima establecida con carácter general en el régimen especial que corresponda por razón de la actividad por cuenta propia.

Aquellas trabajadoras por cuenta propia o autónomas que, cumpliendo con los requisitos anteriores, optasen por una base de cotización superior a la mínima indicada en el párrafo anterior, podrán aplicarse durante el período antes indicado una bonificación del 80 por ciento sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a bonificar la resultante de aplicar

a la base mínima de cotización establecida con carácter general en el correspondiente régimen especial el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal.»

## TÍTULO IV

### Derechos colectivos del trabajador autónomo

#### Artículo 8. *Derechos colectivos básicos.*

Se da nueva redacción al artículo 19.3 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, que queda redactado como sigue:

«3. Las asociaciones representativas de trabajadores autónomos también serán titulares de las facultades establecidas en el artículo 21.3 de la presente Ley.»

#### Artículo 9. *Asociaciones profesionales de trabajadores autónomos.*

Se da nueva redacción al apartado 4 del artículo 20 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, que queda redactado como sigue:

«4. Las asociaciones, confederaciones, uniones y federaciones de trabajadores autónomos de carácter intersectorial que hayan acreditado ser representativas y con mayor implantación, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, en los términos establecidos en el artículo 21 de la presente Ley, serán declaradas de utilidad pública conforme a lo previsto en los artículos 32 a 36 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación.»

#### Artículo 10. *Modificación del artículo 22 del Estatuto del Trabajador Autónomo.*

Se modifican los apartados tercero y séptimo del artículo 22 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, en los siguientes términos:

«3. El Consejo del Trabajo Autónomo estará compuesto por representantes de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos representativas cuyo ámbito de actuación sea intersectorial y estatal, por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de la asociación de Entidades Locales más representativa en el ámbito estatal.

También estarán representados los Consejos del Trabajo Autónomo de ámbito autonómico.»

«7. Las Comunidades Autónomas podrán constituir, en su ámbito territorial, Consejos Consultivos en materia socioeconómica y profesional del trabajo autónomo. Así mismo podrán regular la composición y el funcionamiento de los mismos.

A los efectos de estar representados en el Consejo del Trabajo Autónomo Estatal, cada Consejo del Trabajo Autónomo de ámbito autonómico deberá solicitar su participación en el mismo y designará un representante, que en cualquier caso corresponderá a la asociación de autónomos con mayor representación en ese ámbito.»

## TÍTULO V

### Medidas para clarificar la fiscalidad de los trabajadores autónomos

#### Artículo 11. *Deducibilidad en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de los gastos de suministros de la vivienda parcialmente afecta a la actividad económica y de los gastos de mantenimiento incurridos en el desarrollo de la actividad.*

Se modifica la regla 5.<sup>a</sup> del apartado 2 del artículo 30 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Pa-

trimonio, que queda redactada de la siguiente forma:

«5.ª Tendrán la consideración de gasto deducible para la determinación del rendimiento neto en estimación directa:

a) Las primas de seguro de enfermedad satisfechas por el contribuyente en la parte correspondiente a su propia cobertura y a la de su cónyuge e hijos menores de veinticinco años que convivan con él. El límite máximo de deducción será de 500 euros por cada una de las personas señaladas anteriormente o de 1.500 euros por cada una de ellas con discapacidad.

b) En los casos en que el contribuyente afecte parcialmente su vivienda habitual al desarrollo de la actividad económica, los gastos de suministros de dicha vivienda, tales como agua, gas, electricidad, telefonía e Internet, en el porcentaje resultante de aplicar el 30 por ciento a la proporción existente entre los metros cuadrados de la vivienda destinados a la actividad respecto a su superficie total, salvo que se pruebe un porcentaje superior o inferior.

c) Los gastos de manutención del propio contribuyente incurridos en el desarrollo de la actividad económica, siempre que se produzcan en establecimientos de restauración y hostelería y se abonen utilizando cualquier medio electrónico de pago, con los límites cuantitativos establecidos reglamentariamente para las dietas y asignaciones para gastos normales de manutención de los trabajadores.»

## TÍTULO VI

### Medidas para mejorar la cotización de los trabajadores autónomos

**Artículo 12.** *Base mínima de cotización para determinados trabajadores autónomos.*

Uno. Se modifica el artículo 312 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legisla-

tivo 8/2015, de 30 de octubre, que queda redactado como sigue:

«Artículo 312. *Base mínima de cotización para determinados trabajadores autónomos.*

1. Para los trabajadores incluidos en este régimen especial que en algún momento de cada ejercicio económico y de manera simultánea hayan tenido contratado a su servicio un número de trabajadores por cuenta ajena igual o superior a diez, la base mínima de cotización para el ejercicio siguiente se determinará en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

2. Dicha base mínima de cotización será también aplicable en cada ejercicio económico a los trabajadores autónomos incluidos en este régimen especial al amparo de lo establecido en el artículo 305.2, letras b) y e), a excepción de aquellos que causen alta inicial en el mismo, durante los doce primeros meses de su actividad, a contar desde la fecha de efectos de dicha alta.»

Dos. Lo dispuesto en el artículo 312 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, será también de aplicación a los trabajadores por cuenta propia que queden incluidos en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo.

## TÍTULO VII

### Medidas para mejorar la formación profesional para el empleo de los trabajadores autónomos

**Artículo 13.** *Oferta formativa de los trabajadores autónomos.*

Las organizaciones intersectoriales representativas de autónomos y de la economía social participarán en la detección de necesi-

dades, diseño, programación y difusión de la oferta formativa para trabajadores autónomos a que hace referencia la Ley 30/2015 de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral. Estas actividades se financiarán del modo y con las limitaciones establecidas en la citada norma.

## TÍTULO VIII

### **Equiparación a efectos de las contingencias derivadas de accidente de trabajo in itinere**

#### *Artículo 14. Equiparación a efectos de las contingencias derivadas de accidente de trabajo in itinere.*

Se modifica el apartado 2 del artículo 316 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en los siguientes términos:

«Artículo 316. *Cobertura de las contingencias profesionales.*

2. Se entenderá como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial. Se entenderá, a idénticos efectos, por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia, que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas, anexa al Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

También se entenderá como accidente de trabajo el sufrido al ir o al volver del lugar de la prestación de la actividad económica o profesional. A estos efectos se entenderá como lugar de la prestación el establecimiento en donde el trabajador autónomo ejerza habitualmente su actividad siempre que no coincida con su domicilio y se corresponda con el local, nave u oficina declarado como afecto a la actividad económica a efectos fiscales.»

#### *Disposición adicional primera. Participación de las organizaciones intersectoriales representativas del trabajo autónomo en el Consejo Económico y Social.*

El Gobierno, en el plazo de un año, en el marco del diálogo social y conforme a la normativa del Consejo Económico y Social, adoptará las medidas que permitan dar cumplimiento a la Disposición adicional octava de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, relativa a la participación de los trabajadores autónomos en el Consejo Económico y Social.

#### *Disposición adicional segunda. Constitución del Consejo del Trabajo Autónomo.*

El Gobierno procederá a la constitución efectiva y puesta en funcionamiento del Consejo del Trabajo Autónomo en el plazo máximo de un año tras la entrada en vigor de la presente Ley en los términos previstos en el artículo 22 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, así como en el Real Decreto 1613/2010, de 7 de diciembre, por el que se crea y regula el Consejo de la representatividad de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos en el ámbito estatal y se establece la composición y régimen de funcionamiento y organización del Consejo del Trabajo Autónomo.

Para constituir dicho Consejo el Gobierno deberá en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, en el marco del diálogo con las organizaciones representativas de trabajadores autónomos y las organizaciones



empresariales y sindicales más representativas, desarrollar los criterios objetivos de representatividad de las organizaciones profesionales de trabajadores autónomos que establece el artículo 21 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

**Disposición adicional tercera.** *Conversión en bonificaciones de las reducciones de cuotas a la Seguridad Social.*

En el ámbito del diálogo social y dentro del marco de los acuerdos a los que se llegue en el seno del Pacto de Toledo se impulsará la gradual conversión en bonificaciones de las reducciones de cuotas de la Seguridad Social.

Dicha conversión tendrá lugar progresivamente en el plazo máximo de 4 años, y siempre que se den las condiciones económicas necesarias para su asunción a cargo del presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal, atendiendo a la evolución del mercado laboral y de la creación de empleo.

**Disposición adicional cuarta.** *Estudio del concepto de habitualidad a efectos de la inclusión en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.*

En el ámbito de la Subcomisión para el estudio de la reforma del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos constituida en el Congreso de los Diputados, y oídos los representantes de los trabajadores autónomos, se procederá a la determinación de los diferentes elementos que condicionan el concepto de habitualidad a efectos de la incorporación a dicho régimen. En particular, se prestará especial atención a los trabajadores por cuenta propia cuyos ingresos íntegros no superen la cuantía del salario mínimo interprofesional, en cómputo anual.

**Disposición adicional quinta.** *Trabajadores autónomos y cotización a tiempo parcial.*

En el ámbito de la Subcomisión para el estudio de la reforma del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, constituida en el Congreso de los

Diputados, y oídos los representantes de los trabajadores autónomos, se procederá a la determinación de los diferentes elementos que hagan posible la implantación de un sistema de cotización a tiempo parcial para los trabajadores autónomos, mediante el oportuno desarrollo reglamentario del artículo 25 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, para las actividades o colectivos que se consideren, y en todo caso vinculado a periodos concretos de su vida laboral.

**Disposición adicional sexta.** *Trabajadores autónomos y jubilación parcial.*

En el ámbito de la Subcomisión para el estudio de la reforma del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, constituida en el Congreso de los Diputados, y oídos los representantes de los trabajadores autónomos, se procederá a la determinación de los diferentes elementos que hagan posible el acceso a la jubilación parcial de los trabajadores del citado régimen, incluida la posibilidad de contratar parcialmente o por tiempo completo a un nuevo trabajador para garantizar el relevo generacional en los supuestos de trabajadores autónomos que no cuentan con ningún empleado.

**Disposición adicional séptima.** *Bonificación por la contratación de familiares del trabajador autónomo.*

1. La contratación indefinida por parte del trabajador autónomo como trabajadores por cuenta ajena de su cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, dará derecho a una bonificación en la cuota empresarial por contingencias comunes del 100 por 100 durante un período de 12 meses.

2. Para poder acogerse a esta bonificación será necesario que el trabajador autónomo no hubiera extinguido contratos de trabajo, bien por causas objetivas o por despidos disciplinarios que hayan sido declarados judicialmente improcedentes, bien por despidos colec-

tivos que hayan sido declarados no ajustados a Derecho, en los doce meses anteriores a la celebración del contrato que da derecho a la bonificación prevista.

3. El empleador deberá mantener el nivel de empleo en los seis meses posteriores a la celebración de los contratos que dan derecho a la citada bonificación. A efectos de examinar el nivel de empleo y su mantenimiento, no se tendrán en cuenta las extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios que no hayan sido declarados improcedentes, los despidos colectivos que no hayan sido declarados no ajustados a Derecho, así como las extinciones causadas por dimisión, muerte o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, o por resolución durante el periodo de prueba.

4. La bonificación de cuotas prevista en esta disposición adicional se financiará con cargo a la correspondiente partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal.

5. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en ejercicio de las competencias que le atribuye la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, procederá a la comprobación del cumplimiento de las condiciones que regulan las bonificaciones a que se refiere la presente disposición adicional.

6. En lo no previsto en esta disposición, será de aplicación lo dispuesto en la sección I del capítulo I de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, salvo lo establecido en sus artículos 2.7, 6.1.b) y 6.2.

**Disposición derogatoria única. Derogación normativa.**

1. Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en esta ley.

2. De forma expresa, y desde el día 1 de enero de 2018, quedan derogados los artículos 24, 25 y 26 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

**Disposición final primera. Modificación del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.**

El Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, queda modificado como sigue:

Uno. El apartado 3 del artículo 35 queda redactado en los siguientes términos:

«3. En aquellos regímenes de la Seguridad Social en los que la cotización debe efectuarse por meses completos, los efectos de las altas y de las bajas respecto de la cotización, en sus diversos supuestos, se entenderán referidos, respectivamente, al día primero del mes natural en que concurren las condiciones determinantes de la inclusión en el régimen de que se trate y al vencimiento del último día del mes natural en que tales condiciones dejen de concurrir en el interesado, sin perjuicio de lo especialmente previsto en los apartados 2.a) y 4.a) del artículo 46 de este reglamento.»

Dos. El artículo 46 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 46. *En el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. Afiliación, altas y bajas.*

1. La afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de los Trabajadores

por Cuenta Propia o Autónomos se efectuarán con arreglo a las peculiaridades señaladas en los apartados siguientes, sin perjuicio de las establecidas específicamente en el artículo 47 bis respecto a los que estén incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.

2. Las afiliaciones y las altas, iniciales o sucesivas, serán obligatorias y producirán los siguientes efectos en orden a la cotización y a la acción protectora:

a) La afiliación y hasta tres altas dentro de cada año natural tendrán efectos desde el día en que concurran en la persona de que se trate los requisitos y condiciones determinantes de su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial, siempre que se hayan solicitado en los términos establecidos, respectivamente, por los artículos 27.2 y 32.3.1.º de este reglamento.

b) El resto de las altas que, en su caso, se produzcan dentro de cada año natural tendrán efectos desde el día primero del mes natural en que se reúnan los requisitos para la inclusión en este régimen especial, siempre que se hayan solicitado en los términos establecidos por el artículo 32.3.1.º de este reglamento.

c) Las altas solicitadas fuera del plazo reglamentario tendrán, asimismo, efectos desde el día primero del mes natural en que se reúnan los requisitos para la inclusión en este régimen especial.

En tales supuestos y sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan por su ingreso fuera de plazo, las cotizaciones correspondientes a períodos anteriores a la formalización del alta serán exigibles y producirán efectos en orden a las prestaciones una vez hayan sido ingresadas, con los recargos e intereses que legalmente correspondan, salvo que por aplicación de la prescripción no fuesen

exigibles dichas cuotas ni por ello válidas a efectos de prestaciones.

La Tesorería General de la Seguridad Social dará cuenta de las altas solicitadas fuera del plazo reglamentario a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

d) Procederán la afiliación y el alta de oficio en este régimen especial por la Tesorería General de la Seguridad Social en los supuestos que resultan de los artículos 26 y 29.1.3.º de este reglamento, surtiendo igualmente efectos desde el día primero del mes natural en que resulte acreditada la concurrencia de los requisitos para la inclusión en este régimen especial, en los términos y con el alcance previstos en el párrafo c).

3. Cuando los trabajadores autónomos realicen simultáneamente dos o más actividades que den lugar a la inclusión en este régimen especial, su alta en él será única, debiendo declarar todas sus actividades en la solicitud de alta o, de producirse la pluriactividad después de ella, mediante la correspondiente variación de datos, en los términos y con los efectos señalados en los artículos 28 y 37 de este reglamento. Del mismo modo se procederá en caso de que varíe o finalice su situación de pluriactividad.

En función de dichas declaraciones, la Tesorería General de la Seguridad Social dará cuenta de las actividades desempeñadas en cada momento a la mutua colaboradora con la Seguridad Social con la que el trabajador haya formalizado la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal y, en su caso, de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

4. Las bajas de los trabajadores en este régimen especial producirán los siguientes efectos en orden a la cotización y a la acción protectora:

a) Hasta tres bajas dentro de cada año natural tendrán efectos desde el día en que

el trabajador autónomo hubiese cesado en la actividad determinante de su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial, siempre que se hayan solicitado en los términos establecidos por el artículo 32 de este reglamento.

b) El resto de las bajas que, en su caso, se produzcan dentro de cada año natural surtirán efectos al vencimiento del último día del mes natural en que el trabajador autónomo hubiese cesado en la actividad determinante de su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial, siempre que se hayan solicitado en los términos establecidos por el artículo 32 de este reglamento.

c) Cuando, no obstante haber dejado de reunir los requisitos y condiciones determinantes de la inclusión en este régimen especial, el trabajador no solicitara la baja o la solicitase en forma y plazo distintos a los establecidos al efecto, o bien la baja se practicara de oficio, el alta así mantenida surtirá efectos en cuanto a la obligación de cotizar en los términos que se determinan en el artículo 35.2 de este reglamento y no será considerado en situación de alta en cuanto al derecho a las prestaciones.

La Tesorería General de la Seguridad Social dará cuenta de las bajas solicitadas o practicadas fuera del plazo reglamentario a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

5. A las solicitudes de alta y baja de trabajadores en este régimen especial deberán acompañarse los documentos y medios de prueba determinantes de la procedencia de una u otra. A tales efectos podrán acompañarse alguno o algunos de los que a continuación se especifican:

a) Documento que acredite que el solicitante ostenta la titularidad de cualquier empresa individual o familiar o de un establecimiento abierto al público como propietario, arrendatario, usufructuario y otro concepto análogo o documento acreditativo del cese en dicha titularidad.

b) Justificante de abonar el Impuesto sobre Actividades Económicas o cualquier otro impuesto por la actividad desempeñada o certificación de no abonar dicho impuesto, uno y otra referidos, como máximo, a los últimos cuatro años.

c) Copia de las licencias, permisos o autorizaciones administrativas, que sean necesarios para el ejercicio de la actividad de que se trate y, en su defecto, indicación del organismo o administración que las hubiese concedido o copia de la documentación acreditativa de su extinción o cese.

d) Copia del contrato celebrado entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente, una vez registrado en el Servicio Público de Empleo Estatal y copia de la comunicación al Servicio Público de Empleo Estatal de la terminación del contrato registrado.

e) Declaración responsable del interesado y cualesquiera otros, propuestos o no por el solicitante, que le sean requeridos a estos efectos por la Tesorería General de la Seguridad Social.»

Tres. El apartado 2 del artículo 48 queda redactado en los siguientes términos:

«2. La afiliación y las altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en este régimen especial se ajustarán a lo establecido con carácter general en este reglamento respecto a los plazos y condiciones para su formalización.

Respecto a los trabajadores por cuenta propia incluidos en este régimen especial, los efectos de las altas y de las bajas se regirán por lo dispuesto en el artículo 46 de este reglamento para el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, a excepción de lo previsto en el segundo párrafo de su apartado 2.c) respecto a los efectos de las altas fuera de plazo en orden a las prestaciones.»

Cuatro. La disposición transitoria segunda queda redactada en los siguientes términos:

«Disposición transitoria segunda. *Exclusiones temporales de la afiliación y alta previas.*

1. Lo dispuesto en los artículos 27.2 y 32.3.1.º de este reglamento, respecto de los plazos para solicitar la afiliación y las altas iniciales o sucesivas, no será aplicable a los profesionales taurinos ni a los colectivos incluidos en los Sistemas Especiales de Frutas y Hortalizas, de la Industria de Conservas Vegetales y de las Empresas de Exhibición Cinematográfica, Salas de Baile, Discotecas y Salas de Fiesta, todos ellos del Régimen General de la Seguridad Social, para los cuales, hasta que las posibilidades de gestión permitan la aplicación de los plazos establecidos en este reglamento, seguirán aplicándose los plazos establecidos en sus normas específicas.

2. La concurrencia de tal posibilidad se determinará por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, a propuesta de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social.»

**Disposición final segunda. *Modificación del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.***

El Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, queda modificado como sigue:

Uno. El apartado 2 del artículo 43 queda redactado en los siguientes términos:

«2. Las bases mínima y máxima de cotización a este régimen especial, para todas las contingencias y situaciones protegidas por el mismo, serán las que se establezcan en cada ejercicio económico por la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

La inclusión en este régimen especial llevará implícita la obligación de cotizar, al menos, sobre la cuantía de la base mí-

nima que corresponda al interesado, sin perjuicio del derecho de este a elegir otra base superior, dentro de los límites comprendidos entre las bases mínima y máxima establecidas anualmente por la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado, ya sea con carácter general o con carácter particular para determinados trabajadores autónomos, por razón de su edad, condición, actividad, situación o número de trabajadores que hayan contratado a su servicio en el ejercicio anterior.

La elección de la base deberá realizarse de forma simultánea a la solicitud de alta en este régimen especial, dentro del plazo establecido para formular esta, y surtirá efectos desde el momento en que nazca la obligación de cotizar, de conformidad con el artículo 45.2.

El interesado podrá modificar su base con posterioridad por elección de otra, en los términos y condiciones establecidos por el artículo 43 bis de este reglamento.»

Dos. Se añade un nuevo artículo, 43 bis, con la siguiente redacción:

«Artículo 43 bis. *Cambios posteriores de base.*

1. Los trabajadores incluidos en el campo de aplicación de este régimen especial podrán cambiar hasta cuatro veces al año la base por la que viniesen obligados a cotizar, eligiendo otra dentro de los límites mínimo y máximo que les resulten aplicables en cada ejercicio, siempre que así lo soliciten a la Tesorería General de la Seguridad Social, con los siguientes efectos:

a) 1 de abril, si la solicitud se formula entre el 1 de enero y el 31 de marzo.

b) 1 de julio, si la solicitud se formula entre el 1 de abril y el 30 de junio.

c) 1 de octubre, si la solicitud se formula entre el 1 de julio y el 30 de septiembre.

d) 1 de enero del año siguiente, si la solicitud se formula entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre.

2. Los trabajadores autónomos que, en el momento de surtir efectos el cambio voluntario de base de cotización, reúnan las circunstancias de edad, condición, actividad, situación o número de trabajadores a su servicio a que se refiere el artículo 43.2, sólo podrán elegir una base que esté comprendida entre los límites mínimo y máximo establecidos específicamente para ellos en cada ejercicio por la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado.

3. Sin perjuicio de lo indicado en los apartados anteriores, los trabajadores autónomos que estén cotizando por cualquiera de las bases máximas de este régimen especial podrán solicitar que, mientras mantengan su situación de alta en dicho régimen, su base de cotización se incremente automáticamente en el mismo porcentaje en que se aumenten esas bases máximas.

Asimismo, los trabajadores autónomos que no estén cotizando por cualquiera de las bases máximas podrán solicitar que, mientras mantengan su situación de alta, su base de cotización se incremente automáticamente en el mismo porcentaje en que se aumenten las bases máximas de cotización de este régimen especial. En ningún caso la base de cotización elegida podrá ser superior al límite máximo que pudiera afectar al trabajador.

Cualquiera de las opciones anteriores que se ejerciten simultáneamente con el alta en este régimen especial o, posteriormente al alta, durante todo el año natural, tendrán efectos desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de presentación de la solicitud. La renuncia a estas opciones podrá realizarse, asimismo, durante todo el año natural, con efectos a partir del día 1 de enero del año siguiente a aquel en el que se presente la solicitud.»

Tres. El artículo 45 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 45. *Período de liquidación y contenido de la obligación de cotizar.*

1. El período de liquidación de la obligación de cotizar al Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos estará siempre referido a meses completos, aunque en el caso de las altas y de las bajas a que se refieren, respectivamente, los apartados 2.a) y 4.a) del artículo 46 del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, comprenderá los días de prestación efectiva de la actividad por cuenta propia en el mes en que aquellas se hayan producido, exigiéndose la fracción de la cuota mensual correspondiente a dichos días; a tal efecto, la cuota fija mensual se dividirá por treinta en todo caso.

El cálculo de las cuotas en este régimen especial se efectuará mediante el sistema de liquidación simplificada, regulado en los artículos 15 y siguientes.

2. La obligación de cotizar a este régimen especial nacerá:

a) Desde el día en que concurren las condiciones determinantes para la inclusión en su campo de aplicación del sujeto obligado a cotizar, en el caso de las altas a que se refiere el artículo 46.2.a) del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

b) Desde el día primero del mes natural en que concurren las condiciones determinantes para la inclusión en su campo de aplicación del sujeto obligado a cotizar, en los casos de las altas a que se refiere el artículo 46.2, párrafos b) y c), del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

c) Cuando la Tesorería General de la Seguridad Social practique el alta de oficio en este régimen especial, la obligación

de cotizar nacerá desde el día primero del mes natural en que resulte acreditada la concurrencia de los requisitos para la inclusión en su campo de aplicación.

3. La obligación de cotizar a este régimen especial se extinguirá:

a) Desde el día en que las condiciones de inclusión en su campo de aplicación dejen de concurrir en el sujeto de la obligación de cotizar; en el caso de las bajas a que se refiere el artículo 46.4.a) del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, siempre que la baja se comunique en el tiempo y la forma establecidos.

En este supuesto, si la liquidación se hubiera realizado e ingresado hasta el último día del respectivo mes natural, la Tesorería General de la Seguridad Social procederá a efectuar la devolución que en cada caso corresponda, sin aplicación de recargo o interés alguno. La referida devolución se efectuará mediante transferencia bancaria, en el plazo de los dos meses siguientes a aquel en que se hubiera efectuado el ingreso, salvo en aquellos casos en que el trabajador fuese deudor de la Seguridad Social o tuviese concedido un aplazamiento o moratoria, en cuyo caso el importe a reintegrar se aplicará a la deuda pendiente de ingreso o de amortización, salvo para el caso de deuda exigible garantizada mediante aval genérico.

b) Al vencimiento del último día del mes natural en que las condiciones de inclusión en su campo de aplicación dejen de concurrir en el sujeto de la obligación de cotizar; en el caso de las bajas a que se refiere el artículo 46.4.b) del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, siempre que la baja se comunique en el tiempo y la forma establecidos.

c) En los casos en que no se comunique la baja no se extinguirá la obligación de cotizar sino hasta el último día del mes natural en que la Tesorería General de la Seguridad Social conozca el cese del trabajador en su actividad por cuenta propia.

d) Cuando la Tesorería General de la Seguridad Social practique la baja de oficio, por conocer el cese en la actividad como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por los datos obrantes en la misma o en una entidad gestora o por cualquier otro procedimiento, la obligación de cotizar se extinguirá el último día del mes natural en que se haya llevado a cabo dicha actuación inspectora o se hayan recibido los datos o documentos que acrediten el cese en la actividad.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los interesados podrán demostrar, por cualquier medio de prueba admitido en derecho, que el cese en la actividad tuvo lugar en otra fecha a efectos de la extinción de la obligación de cotizar, sin perjuicio, en su caso, de los efectos que deban producirse tanto en orden a la devolución de las cuotas que resulten indebidamente ingresadas como respecto del reintegro de las prestaciones que resulten indebidamente percibidas, salvo que por aplicación de las prescripciones no fueran exigibles la devolución ni el reintegro.

4. La cotización por la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes en este régimen especial se regirá por las siguientes normas:

1.<sup>a</sup> En los supuestos de cobertura obligatoria de dicha prestación, la obligación de cotizar nacerá y se extinguirá conforme a lo indicado en los apartados 2 y 3 de este artículo, salvo en las situaciones previstas en los artículos 47.3.4.<sup>a</sup> y 47 bis.4.2.<sup>a</sup> del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, en que su nacimiento coincidirá con los efectos establecidos en

dichos preceptos para la protección obligatoria de esa prestación.

2.<sup>a</sup> En los supuestos de acogimiento voluntario a dicha prestación, en los términos previstos en los artículos 47.3 y 47 bis.4 del Reglamento general antes citado, el contenido de la obligación de cotizar será el siguiente:

a) Cuando la solicitud de mejora se presente simultáneamente con la petición de alta en este régimen especial, la obligación de cotizar nacerá desde el mismo día en que surta efectos dicha alta.

Cuando los trabajadores que ya estuvieran en alta formulen la petición de acogimiento voluntario a la prestación de incapacidad temporal, la obligación de cotizar nacerá desde el día 1 de enero del año siguiente al de la solicitud.

b) La obligación de cotizar se mantendrá por un período mínimo de un año natural y se prorrogará automáticamente por períodos de igual duración.

c) La obligación de cotizar por incapacidad temporal se extinguirá por renuncia a su cobertura, en los supuestos y con los efectos previstos en los artículos indicados, o por la baja en este régimen especial, con los efectos previstos en el apartado 3 de este artículo.

5. La cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en este régimen especial determinará, para los trabajadores obligados o acogidos voluntariamente a su cobertura, el nacimiento de la obligación de cotizar por la misma base por la que coticen por contingencias comunes y conforme a los tipos de cotización de la tarifa de primas vigente.

En el supuesto de trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios que no hubiesen optado por proteger la totalidad de las contingencias profesionales, la cotización obligatoria respecto a las de incapacidad permanente y muerte y supervivencia

se efectuará aplicando a la base elegida el tipo de cotización fijado, para cada ejercicio económico, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

6. En el supuesto de que los trabajadores autónomos, que estuviesen obligados o acogidos voluntariamente a la protección por incapacidad temporal y frente a las contingencias profesionales, queden exentos de cotizar por tener cumplidos 65 o más años de edad y reunir los períodos de cotización previstos en el artículo 311 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, la obligación de cotizar por incapacidad temporal y por las contingencias profesionales se mantendrá, según los casos, hasta la fecha de efectos de la renuncia a dicha cobertura o de la baja en este régimen especial.

7. En lo no previsto en los apartados precedentes, el contenido de la obligación de cotizar a este régimen especial, así como su objeto, el período de liquidación y la forma, lugar y plazo de la liquidación de cuotas se regirán por lo dispuesto en los artículos 12 y siguientes de este reglamento.»

Cuatro. Se añade un nuevo apartado 4 al artículo 52, con la siguiente redacción:

«4. Lo establecido en el artículo 43.2 en materia de bases de cotización y la posibilidad de efectuar los cambios posteriores de base de cotización a que se refiere el artículo 43 bis resultarán de aplicación a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el grupo primero de cotización de este régimen especial.»

Cinco. El apartado 2 del artículo 55 queda redactado en los siguientes términos:

«2. Respecto de los trabajadores por cuenta propia incluidos en este régimen especial, el periodo, forma y plazo de la liquidación de las cuotas y el nacimiento, duración y extinción de la obligación de cotizar se regirán por lo dispuesto en los apartados 1 a 3 del artículo 45.»



**Disposición final tercera. *Modificación del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.***

El Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real

Decreto 1415/2004, de 11 de junio, queda modificado como sigue:

Uno. Los apartados 1 y 2 del artículo 10 quedan redactados en los siguientes términos:

«1. Las deudas con la Seguridad Social cuyo objeto esté constituido por cuotas, cuando no se abonen en el plazo reglamentario de ingreso, devengarán los siguientes recargos:

a) Cuando los sujetos responsables del pago hubieran cumplido dentro de plazo las obligaciones en materia de liquidación establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 29 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social:

1.º Recargo del 10 por ciento de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas dentro del primer mes natural siguiente al del vencimiento del plazo para su ingreso.

2.º Recargo del 20 por ciento de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas a partir del segundo mes natural siguiente al del vencimiento del plazo para su ingreso.

b) Cuando los sujetos responsables del pago no hubieran cumplido dentro de plazo las obligaciones en materia de liquidación establecidas en los apartados 1 y 2 del citado artículo 29:

1.º Recargo del 20 por ciento de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas antes de la terminación del plazo de ingreso establecido en la reclamación de deuda o acta de liquidación.

2.º Recargo del 35 por ciento de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas a partir de la terminación de dicho plazo de ingreso.

2. Las deudas con la Seguridad Social que tengan carácter de ingresos de dere-

cho público y cuyo objeto esté constituido por recursos distintos a cuotas, cuando no se abonen dentro del plazo reglamentario que tengan establecido, se incrementarán con el recargo del 20 por ciento.»

Dos. La disposición adicional octava queda redactada en los siguientes términos:

«Disposición adicional octava. *Supuestos de domiciliación obligatoria del pago de cuotas.*

Los sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar incluidos en los Regímenes Especiales de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y de los Trabajadores del Mar, en el caso de trabajadores por cuenta propia, así como en el Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, deberán efectuar el pago de las cuotas mediante el sistema de domiciliación en cuenta, abierta en una entidad financiera autorizada para actuar como oficina recaudadora de la Seguridad Social.

En estos supuestos, la modificación de la cuenta en que esté domiciliado el pago de las cuotas tendrá efectos el mismo mes en que se comunique, de formularse la comunicación entre los días 1 y 10 de cada mes, y a partir del mes siguiente a aquel en que se comunique, de formularse la comunicación entre los días 11 y último de cada mes.»

**Disposición final cuarta. *Base reguladora de las prestaciones económicas por maternidad y paternidad de los trabajadores por cuenta propia.***

Uno. Se modifica la letra a) del artículo 318 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que queda redactada como sigue:

«a) En materia de maternidad y paternidad, lo dispuesto en los capítulos VI y

VII del título II, respectivamente, excepto los artículos 179.1 y 185.

Las prestaciones económicas por maternidad y por paternidad consistirán en un subsidio equivalente al 100 por ciento de una base reguladora cuya cuantía diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas a este régimen especial durante los seis meses inmediatamente anteriores al del hecho causante entre ciento ochenta.

De no haber permanecido en alta en el régimen especial durante la totalidad del referido período de seis meses, la base reguladora será el resultado de dividir las bases de cotización al régimen especial acreditadas en los seis meses inmediatamente anteriores al del hecho causante entre los días en que el trabajador haya estado en alta en dicho régimen dentro de ese período.

Los períodos durante los que el trabajador por cuenta propia tendrá derecho a percibir los subsidios por maternidad y paternidad serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena, pudiendo dar comienzo el abono del subsidio por paternidad a partir del momento del nacimiento del hijo. Los trabajadores de este régimen especial podrán igualmente percibir los subsidios por maternidad y paternidad en régimen de jornada parcial, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente.

La prestación por paternidad podrá ser denegada, anulada o suspendida por las mismas causas establecidas para la prestación por maternidad. Será de aplicación a la prestación por paternidad lo previsto en el artículo 179.2.»

Dos. Se añade un segundo párrafo al apartado 1 del artículo 24 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, con la siguiente redacción:

«No obstante, la fórmula de determinación de la base reguladora de la prestación económica por maternidad establecida en la letra a) del artículo 318 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, será exclusivamente de aplicación a las personas trabajadoras por cuenta propia del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar que queden incluidas en el grupo primero de cotización, en tanto que respecto de las que queden incluidas en los grupos segundo y tercero la base reguladora de dicha prestación económica continuará siendo equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.»

Tres. Se añade un segundo párrafo al apartado 1 del artículo 25 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, con la siguiente redacción:

«No obstante, la fórmula de determinación de la base reguladora de la prestación económica por paternidad establecida en la letra a) del artículo 318 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, será exclusivamente de aplicación a las personas trabajadoras por cuenta propia del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar que queden incluidas en el grupo primero de cotización, en tanto que respecto de las que queden incluidas en los grupos segundo y tercero la base reguladora de dicha prestación económica continuará siendo equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.»

**Disposición final quinta.** *Compatibilidad de la realización de trabajos por cuenta propia con la percepción de una pensión de jubilación contributiva.*

Se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por

el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en los siguientes términos:

Uno. Se modifican los apartados 2 y 5 del artículo 214 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que quedan redactados en los siguientes términos:

«2. La cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista.

No obstante, si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento.

La pensión se revalorizará en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social. No obstante, en tanto se mantenga el trabajo compatible, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 por ciento, excepto en el supuesto de realización de trabajos por cuenta propia en los términos señalados en el párrafo anterior.»

«5. Finalizada la relación laboral por cuenta ajena, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación. Igual restablecimiento se producirá en el caso de cese en la actividad por cuenta propia cuando no se dieran las circunstancias señaladas en el párrafo segundo del apartado 2.»

Dos. Se añade una disposición final sexta bis al texto refundido de la Ley General de la

Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que queda redactada en los siguientes términos:

«Disposición final sexta bis. *Ampliación del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena.*

Con posterioridad, y dentro del ámbito del diálogo social, y de los acuerdos en el seno del Pacto de Tbledo, se procederá a aplicar al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena el mismo régimen de compatibilidad establecido entre la pensión de jubilación contributiva y la realización de trabajos regulado en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 214 de la presente Ley.»

**Disposición final sexta. *Enquadramiento de hijos con discapacidad del trabajador autónomo.***

Uno. Se modifica la disposición adicional décima de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, que queda redactada como sigue:

«Disposición adicional décima. *Enquadramiento en la Seguridad Social de los hijos del trabajador autónomo.*

Los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de 30 años, aunque convivan con ellos. En este caso, del ámbito de la acción protectora dispensada a los familiares contratados quedará excluida la cobertura por desempleo.

Se otorgará el mismo tratamiento a los hijos que, aun siendo mayores de 30 años, tengan especiales dificultades para su inserción laboral. A estos efectos, se considerará que existen dichas especiales dificultades cuando el trabajador esté incluido en alguno de los grupos siguientes:

a) Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un

grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento.

b) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento e inferior al 65 por ciento, siempre que causen alta por primera vez en el sistema de la Seguridad Social.

c) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento».

Dos. Se modifica el apartado 2 del artículo 12 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que queda redactado como sigue:

«2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, y de conformidad con lo establecido en la disposición adicional décima de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de 30 años, aunque convivan con ellos. En este caso, del ámbito de la acción protectora dispensada a los familiares contratados quedará excluida la cobertura por desempleo.

Se otorgará el mismo tratamiento a los hijos que, aun siendo mayores de 30 años, tengan especiales dificultades para su inserción laboral. A estos efectos, se considerará que existen dichas especiales dificultades cuando el trabajador esté incluido en alguno de los grupos siguientes:

a) Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento.

b) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento e inferior al 65 por ciento, siempre que

causen alta por primera vez en el sistema de la Seguridad Social.

c) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento.»

**Disposición final séptima.** *Modificación del Real Decreto 416/2015, de 29 de mayo, sobre depósito de estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales.*

1. Se da nueva redacción al párrafo primero del artículo 1 del Real Decreto 416/2015, de 29 de mayo, sobre depósito de estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales, que queda redactado como sigue:

«De conformidad con la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, este real decreto tiene por objeto regular el depósito de los estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales, entre cuyos fines estén incluidos los propiamente laborales que las identifican, así como de los demás actos incluidos en su ámbito de aplicación, gestionado por medios electrónicos.»

2. El Gobierno podrá modificar mediante real decreto lo dispuesto en el apartado anterior.

**Disposición final octava.** *Modificación de la Disposición adicional duodécima de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.*

Se modifica la Disposición adicional duodécima de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, que pasa a tener la siguiente redacción:

«Disposición adicional duodécima. *Participación de trabajadores autónomos en programas de formación e información de prevención de riesgos laborales.*

Con la finalidad de reducir la siniestralidad y evitar la aparición de enfermedades

profesionales en los respectivos sectores, las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos intersectoriales y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas podrán realizar programas permanentes de información y formación correspondientes a dicho colectivo, promovidos por las Administraciones Públicas competentes en materia de prevención de riesgos laborales y de reparación de las consecuencias de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

Respetando los criterios de proporcionalidad y asegurando la presencia de los distintos grupos de representación de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, las asociaciones intersectoriales de trabajadores autónomos, tanto de nivel estatal como autonómico, podrán participar, con voz y sin voto, en los grupos correspondientes creados en el seno de dicha Comisión cuando se aborden las condiciones de trabajo de los trabajadores autónomos, en los supuestos de planificación, programación, organización y control de la gestión relacionada con la mejora de las condiciones de trabajo y la protección de la seguridad y salud de los trabajadores autónomos.»

**Disposición final novena. *Modificación del texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.***

Se modifica el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, en los siguientes términos:

Uno. Se da nueva redacción al apartado 7 del artículo 22, que queda redactado como sigue:

«7. No solicitar los trabajadores por cuenta propia:

a) Su afiliación y hasta tres altas dentro de cada año natural, en el corres-

pondiente régimen especial de la Seguridad Social, o solicitar las mismas fuera del plazo establecido, como consecuencia de actuación inspectora.

b) Su afiliación y hasta tres altas dentro de cada año natural, en el correspondiente régimen especial de la Seguridad Social, o solicitar las mismas fuera del plazo establecido, sin que medie actuación inspectora.

c) El resto de las altas que, en su caso, se produzcan dentro de cada año natural o solicitarlo fuera de plazo, cuando la omisión genere impago de la cotización que corresponda.»

Dos. Se da nueva redacción al primer párrafo y al punto 1 de la letra e) del apartado 1 del artículo 40, que quedan redactados como sigue:

«e) Las infracciones señaladas en los artículos 22.2, 22.7 a) y 23.1.a) se sancionarán:

1. La infracción grave de los artículos 22.2 y 22.7 a) se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, de 3.126 a 6.250 euros; en su grado medio, de 6.251 a 8.000 euros y, en su grado máximo, de 8.001 a 10.000 euros.»

**Disposición final décima. *Modificación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.***

Uno. Se modifica el artículo 35 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, con la siguiente redacción:

«Artículo 35. *Bonificaciones por altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos.*

El cónyuge, pareja de hecho y familiares de trabajadores autónomos por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, que se incorporen al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, siempre y cuando no

hubieran estado dados de alta en el mismo en los 5 años inmediatamente anteriores y colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, incluyendo a los de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, a partir de la entrada en vigor de esta ley, tendrán derecho a una bonificación durante los 24 meses siguientes a la fecha de efectos del alta, equivalente al 50 por ciento durante los primeros 18 meses y al 25 por ciento durante los 6 meses siguientes, de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo correspondiente de cotización vigente en cada momento en el Régimen Especial, o Sistema Especial en su caso, de trabajo por cuenta propia que corresponda.

A efectos de lo establecido en el párrafo anterior, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja.»

Dos. Se deroga la disposición adicional decimotercera de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

**Disposición final undécima. Rango reglamentario.**

Lo establecido en las disposiciones finales primera, segunda y tercera tendrá rango de real decreto y podrá ser modificado mediante norma de igual rango.

**Disposición final duodécima. Habilitación normativa.**

1. Se habilita al Gobierno para dictar cuantas disposiciones reglamentarias sean precisas para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en la presente ley.

2. La Ministra de Empleo y Seguridad Social procederá a ampliar el ámbito de aplicación del Sistema de remisión electrónica de datos de la Seguridad Social a fin de extenderlo con carácter general a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, así como a efectuar otras actualizaciones en la regulación de dicho Sistema, mediante la reforma de la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo, por la que se regula el mismo.

**Disposición final decimotercera. Entrada en vigor.**

La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín

Oficial del Estado», a excepción de:

a) Los artículos 1, 3, 4 y 11 y las disposiciones finales primera, segunda, tercera y novena, que entrarán en vigor el día 1 de enero de 2018.

b) La disposición final cuarta, que entrará en vigor el día primero del segundo mes natural siguiente a la entrada en vigor de la disposición final segunda.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley.

Madrid, 24 de octubre de 2017.

El Presidente del Gobierno,  
MARIANO RAJOY BREY

FELIPE R.



MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

## IV. Bibliografía





## Sobre «Prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave»

## On «Economic benefits for the care of minors suffering from cancer or other serious illnesses»

- ACOSTA TEJERA, ALEXIS. La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave en el sistema de Seguridad Social español: (RD 1148/2011 de 30 de julio). *Tres años de cambio laboral*. –Valladolid: Lex Nova, 2013. P. 1855-1865
- BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO. La prestación económica por cese de actividad por cuidado de menores con enfermedad grave: primeras reflexiones. *Revista general de derecho del trabajo y de la seguridad social*. N. 25 (2011)
- BLASCO LAHOZ, José Francisco. La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. *Revista de información laboral*. N. 8 (ag. 2011), p. 15-27
- BLASCO LAHOZ, JOSÉ FRANCISCO. La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y su interpretación judicial. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. N. 9 (sept. 2015), p. 84-91
- CARPENA NIÑO, JOSÉ MARÍA. Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: análisis crítico. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. N. 99 (2012), p. 111-130
- FERNÁNDEZ ORRICO, FRANCISCO JAVIER. La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*. N. 344 (2011), p. 127-156
- GÁLVEZ CALLEJÓN, JORGE. Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: compatibilidad del cuidado directo, continuo y permanente con la escolarización del menor en un centro especial: STS de 28 de junio 2016 (JUR 2016, 163370) = Avantage financier pour les soins des enfants touchés par le cancer ou d'une autre maladie grave: compatibilité des soins directs, continue et permanente de l'enfant à la scolarisation dans un centre spécial. *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 190 (sept. 2016), p. [361]-369
- GÁLVEZ CALLEJÓN, JORGE. *La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2016. 371 p.
- HERRANZ HERGUEDAS, MÓNICA. La asistencia regular del menor a un centro no es obstáculo para reconocer a la madre la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: STSJ Cataluña, de 11 de marzo de 2016 (AS 2016, 836) = Child's regular assistance to a centre, does not prevent the recognition of the mother the benefit for care of minors affected by cancer or another serious illness. *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 194 (en. 2017), p. [335]-341
- PALOMINO SAURINA, PILAR. La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. *Revista general de derecho del trabajo y de la seguridad social*. N. 35 (oct. 2013), 15 p.
- TOSCANI GIMÉNEZ, DANIEL. Problemas prácticos relativos a la prestación de cuidado de menores afectados por enfermedades graves. *Capital humano*. N. 296 (marzo 2015), p. 118-120

Selección bibliográfica sobre **Prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave**, elaborada por la Biblioteca del Departamento, dependiente de la Subdirección General de Informes Socioeconómicos y Documentación.



## Sobre «Prestaciones en maternidad subrogada»

## On «Surrogate Pregnancy benefits»

- ARAGÓN GÓMEZ, CRISTINA. La legalización de facto de la maternidad subrogada: a propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad. *Revista de información laboral*. N. 4 (2017), p. 23-55
- ARAGÓN GÓMEZ, CRISTINA. Prestaciones por maternidad y paternidad en caso de gestación subrogada. *Revista de información laboral*. N. 2 (2017), p. 121-132
- ARIAS DOMÍNGUEZ, ÁNGEL. Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad. *Revista de derecho de la seguridad social*. N. 8 (2016), p. 75-96
- CORDERO GORDILLO, VANESSA. Gestación por sustitución y prestación por maternidad: (SSTS de 25 de octubre de 2016 (RJ 2016, 6167) y de 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6152)). *Nueva Revista española de derecho del trabajo*. N. 196 (marzo 2017), p. [233]-253
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, SONIA. Maternità surrogata e prestazioni sociali. *Rivista del diritto della sicurezza sociale*. Vol. 17, n. 2 (2017), p. [237]-264
- GARCÍA SÁNCHEZ, JESÚS DAVID. Prestación por maternidad: la prestación por maternidad en un supuesto de gestación subrogada. *Revista de información laboral*. N. 9 (2017), p. 75-83
- GORELLI HERNÁNDEZ, JUAN. El derecho a las prestaciones por maternidad en los supuestos de maternidad subrogada o gestación por sustitución. *Estudios sobre seguridad social*. Barcelona: Atelier, D.L. 2017. P. 655-675
- GORELLI HERNÁNDEZ, JUAN. La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler). *Revista Aranzadi doctrinal*. N. 1 (en. 2017), p. 203-232
- HIERRO HIERRO, FRANCISCO JAVIER. Maternidad subrogada y prestaciones de seguridad social = La gestation pour autrui et les prestations de la Sécurité Sociale. *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 190 (sept. 2016), p. [179]-222
- HIERRO HIERRO, FRANCISCO JAVIER. Prestaciones de seguridad social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada = Social security benefits and new types of families: decisions of the ECJ about maternity surrogacy. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. N. 127 (2017), p. 95-119
- LÓPEZ INSUA, BELÉN DEL MAR. Maternidad subrogada y protección del menor desde una perspectiva integradora: el derecho laboral de nuevo a examen. *Derecho de las relaciones laborales*. N. 2 (feb. 2017), p. 166-176
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, PAZ. ¿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*. N. 40 (mayo 2015), p. 45-83
- MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL. Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: comentario a la Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015, asunto «Paradiso y Campanelli c. Italia», demanda núm. 25358/2012. *Revista de trabajo y seguridad social*. N. 399 (jun. 2016), p. 195-204
- MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL. Prohibida la «nacional», ¿protegemos la «gestación/maternidad subrogada internacional» con prestaciones sociales? = Once the «national» has been prohibited, do we protect «international gestational/maternal surrogacy» via social benefits? *Revista de trabajo y seguridad social*. N. 406 (en. 2017), p. 199-210
- MORENO PUEYO, MANUEL. Maternidad subrogada y prestación de maternidad. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. N. 116 (2015), p. 21-56
- MORENO PUEYO, MANUEL. La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada: estado de la cuestión tras los pronunciamientos del TJUE de 18/03/14: STSJ País Vasco 13 mayo 2014. *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 172 (2015), p. 287-293

- OLARTE ENCABO, SOFÍA. La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial?: a propósito de la STSJ País Vasco (Social) de 13 de mayo de 2014. *Revista de derecho de la seguridad social*. N. 2 (2015), p. 129-142
- POQUET CATALÁ, RAQUEL. La prestación por maternidad en la gestación por sustitución = Maternity benefit in gestation by substitution. *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 198 (mayo 2017), p. [51]-73
- PRESA GARCÍA-LÓPEZ, RAQUEL. Gestación por sustitución y prestaciones por maternidad (análisis de los nuevos criterios administrativos con ocasión de las SSTs de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016). *Revista de información laboral*. N. 2 (2017), p. 15-31
- REQUENA MONTES, ÓSCAR. El derecho a la prestación de maternidad en los supuestos de maternidad subrogada: STSJ Castilla La Mancha, Sala de lo Social, 27 de mayo 2015. *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 181 (2015), p. 339-346
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA. 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*. N. 2 (feb. 2017), p. 153-165
- SELMA PENALVA, ALEJANDRA. Nuevas posiciones en torno a la maternidad subrogada: STS (Sala de lo Civil) 6 de febrero de 2014. *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 172 (2015), p. 295-304

Selección bibliográfica sobre **Prestaciones en maternidad subrogada**, elaborada por la Biblioteca del Departamento, dependiente de la Subdirección General de Informes Socioeconómicos y Documentación.

## Sobre «Prestaciones de maternidad y paternidad»

## On «Maternity and Paternity benefits»

- AGUILERA IZQUIERDO, RAQUEL; GIL PLANA, JUAN. *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural: (análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo)*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2010, 167 p.
- ALONSO GARCÍA, ROSA MARÍA. Prestaciones por nacimiento y Ley de reproducción humana asistida. *Revista de Ministerio de Trabajo e Inmigración*. N. 94 (2011), p. 105-124
- ALTÉS TÁRREGA, JUAN ANTONIO. Los permisos retribuidos en caso de nacimiento de hijo y circunstancias familiares de fuerza mayor: una reflexión sobre las relaciones entre el art. 37.3b) ET y la maternidad biológica. *Actualidad laboral*. N. 21 (2009), p. 2552-2571
- ÁLVAREZ CORTÉS, JUAN CARLOS; PÉREZ YÁÑEZ, ROSA MARÍA. Sobre la regulación de las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia: (a propósito del RD 295/2009, de 6 de marzo). *Relaciones laborales*. N. 18 (2009), p. 75-112
- ARAGÓN GÓMEZ, CRISTINA; TRILLO GARCÍA, ANDRÉS RAMÓN. Prestaciones por maternidad y paternidad en caso de gestación subrogada. *Revista de información laboral*. N. 2 (2017), p. 121-132
- ARIAS DOMÍNGUEZ, ÁNGEL. Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad. *Revista de derecho de la seguridad social*. N. 8 (2016), p. 75-96
- ARMENIA, AMY; GERSTERL, NAOMI; WING, COADY. Workplace compliance with the law: the case of the Family and Medical Leave Act. *Work and occupations*. Vol. 41, n. 3 (2014), p. 277-304
- CLAVEL-FAUQUENOT, MARIE-FRANÇOISE; MARIGNIER, NATACHA; BALLERO, NOÉMIE. La maternité. *Liaisons sociales*. Numéro spécial (2008), p. 5-52
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (ESPAÑA). Dictamen sobre el anteproyecto de ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras: sesión extraordinaria del Pleno de 28 de abril de 1999. *Dictámenes*. N. 4 (1999), p. 1-21
- DI CARLUCCIO, CARMEN. Protección del trabajo femenino en el derecho laboral italiano: el papel del legislador y de la jurisprudencia constitucional. *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*. Año 30, n. 7-8 (2014), p. 101-127
- DILLA CATALÁ, MARÍA JOSÉ. ¿Constituye, realmente, la ficción del art. 180 LGSS, en los casos de excedencia por cuidado de hijos, un supuesto de pluriactividad?: a propósito de la STS 10 de febrero de 2015. *Derecho de las relaciones laborales*. N. 6 (2015), p. 670-678
- DUVANDER, ANN-ZOFIE E.; LAPPEGARD, TRUDE; ANDERSSON, GUNNAR. Family policy and fertility: fathers' and mothers' use of parental leave and continued childbearing in Norway and Sweden. *Journal of European social policy*. Vol. 20, n. 1 (2010), p. 45-57
- FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, ALICIA. *La prestación por maternidad*. Albacete: Bomarzo, 2013. 303 p.
- FINLANDIA. Las prestaciones familiares. Informe facilitado por la Consejería Laboral y de Asuntos Sociales en los Países Nórdicos. *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*. N. 14 (1995), p. 121-130
- FLAQUER, LLUÍS. *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*. Madrid: Fundación La Caixa, 2000. 165 p.
- FRICOTTÉ, LISIANE; GAUTHIER, LUCIE. La maternité: congés maternité, adoption, paternité et accueil de l'enfant. *Liaisons sociales*. Numéros juridiques. N. 15 (2014), p. 7-58
- GONZÁLEZ DÍAZ, FRANCISCO ANTONIO. Subsidios por maternidad y paternidad. *Compatibilidad de prestaciones de seguridad social con trabajo*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2016. P. 187-201
- GUÍA de ayudas sociales para las familias. Elaborada con la colaboración del Instituto Universitario de la Familia, Universidad Pontificia Comillas; coordinación y supervisión técnica Subdirección General de Infancia y Familia. Madrid: Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001. 64 p.

- HERRANZ HERGUEDAS, MÓNICA. Derecho del padre a la prestación de maternidad: gestación por sustitución: STSJ Madrid 23 de diciembre 2014. *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 178 (2015), p. 337-344
- HOLM, EMMA. Parental benefits in the coordination regulation: (where) do they fit in?: the Swedish example. *European journal of social security*. Vol. 16, n. 2 (2014), p. 122-139
- LAPUERTA, IRENE. ¿Influyen las políticas autonómicas en la utilización de la excedencia por cuidado de hijos? *Revista española de investigaciones sociológicas*. N. 141 (2013), p. 29-60
- LA LICENCIA para el cuidado de los hijos. *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 116, n. 1 (1997), p. 119-139
- MARTÍNEZ SEPTIÉN, JOSÉ FERNANDO. Situaciones superpuestas de incapacidad temporal, maternidad y paternidad y cese de actividad de trabajadores autónomos. *Revista de información laboral*. N. 11 (nov. 2011), p. 22-24
- MATERNITY AND WORK. *Conditions of work digest*. N. 13 (1994), p. 1-482
- MATERNITY, PATERNITY AND PARENTAL BENEFITS ACROSS EUROPE: part one. *European industrial relations review*. N. 329 (2001), p. 21-27
- MATH, ANTOINE. Union européenne: la directive maternité dans les limbes. *Chronique internationale de l'IRES*. N. 139 (janv. 2013), p. 35-46
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, PAZ; CASTRO Mejuto, SAÚL JAVIER. ¿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*. N. 40 (mayo 2015), p. 45-83
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, JUAN. La reforma de las prestaciones de maternidad y paternidad por la ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. N. 79 (2009), p. 159-186
- MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS; FERNÁNDEZ AVILÉS. *Los derechos de protección social de los trabajadores autónomos*. Granada: Comares, 2009. 160 p.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, PILAR; VELASCO PORTEIRO, TERESA; GARRIGUES GIMÉNEZ, AMPARO. *Igualdad y conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas: (tras las modificaciones introducidas por la Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público)*. Madrid: Dykinson, D.L. 2008. 259 p.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, PILAR; MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, ROCÍO. La maternidad y paternidad en el derecho de la Unión Europea. *Actualidad laboral*. N. 14 (2011), p. 1652-1665
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, PILAR; GARRIGUES GIMÉNEZ, AMPARO. El permiso y la prestación por paternidad en la ley orgánica para la igualdad. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*. N. 300 (2008), p. 69-110
- ORTIZ VIDAL, MARÍA DOLORES. 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 española de derecho del trabajo*. N. 180 (2015), p. 241-265
- PANIZO, JOSÉ ANTONIO. La ampliación de la suspensión laboral y de la prestación de seguridad social. *Revista de información laboral*. N. 1 (2017), p. 123-129
- PEDRAJAS MORENO, ABDÓN; SALA FRANCO, TOMÁS. *La protección de la maternidad, la paternidad y la adopción y acogimiento: (novedades introducidas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. 133 p.
- PÉREZ ALONSO, MARÍA ANTONIA. Informe sobre el RD 295/2009, de 6 de marzo, en materia de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia para trabajadores por cuenta ajena. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 3 (mayo 2009), p. 115-141
- PÉREZ CASTILLO, ANA MARÍA. La prestación por paternidad en los casos de paternidad biológica, adopción y acogimiento: análisis crítico. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Extraordinario (2007)*, p. 183-202
- PRESTACIONES de maternidad, paternidad y parental en Europa: parte I y II. *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*. N. 76 (2001), p. 49-81
- PRESTACIONES de maternidad, paternidad y parental en Europa: Parte III y última. *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*. N. 77 (2001), p. 35-47
- RODRÍGUEZ CARDO, IVÁN ANTONIO. Descanso por maternidad biológica: derecho originario de la madre y derecho derivado para el otro progenitor: comentario a la STJUE (Sala 4ª) de 19 de septiembre de 2013. *Actualidad laboral*. N. 11 (nov. 2013), p. 1417-1418
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, YOLANDA. Maternidad biológica y subsidio de paternidad: a propósito de la Resolución de la Secretaria de Estado de la Seguridad Social. *Aranzadi social*. N. 5 (2004), p. 34-38
- SANTOS FITA, PABLO. Prestación por maternidad reconocida al padre solicitante, hallándose su cónyuge afiliada a la mutualidad de la abogacía: una interpretación flexible: STSJ País Vasco 5 marzo 2013 (JUR 2013, 156615). *Aranzadi social. Revista doctrinal*. Vol. 6, n. 5 (sept. 2013), p. 269-273

- SAXONBERG, STEVEN. From defamilialization to de-genderization: toward a new welfare typology. *Social policy & administration*. Vol. 47, n. 1 (2013), p. 26-49
- SELMA PENALVA, ALEJANDRA. Vientres de alquiler y prestación por maternidad. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. Vol. 5, n. 9 (en. 2013), p. 223-244
- SERRANO GARCÍA, MARÍA JOSÉ. Los permisos vinculados al cuidado de los hijos en Francia. *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*. Año 29, n. 6 (2013), p. 87-120
- TORTUERO PLAZA, JOSÉ LUIS. *50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral: (del permiso de paternidad obligatorio- al apoyo de las Pymes)*. Madrid: Thomson-Civitas, 2006. 256 p.
- TORTUERO PLAZA, JOSÉ LUIS. El desempleo y la maternidad/paternidad en la Ley Orgánica de Igualdad. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Extraordinario (2007), p. 241-259
- TOSCANI GIMÉNEZ, DANIEL. La maternidad por subrogación o sustitución también debe considerarse situación protegida a los efectos de la prestación por maternidad. *Capital humano*. N. 318 (marzo 2017), p. 106-108
- VALLE MUÑOZ, FRANCISCO ANDRÉS. *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*. Madrid: Colex, 1999. 154 p.
- VARELA AUTRÁN, BENIGNO. La protección social de la maternidad no biológica. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. [Vol. 6], n. 1 (abr. 2013), p. 153-160
- VILLOTA, PALOMA DE (ed.). *Conciliación de la vida profesional y familiar: políticas públicas de conciliación en la Unión Europea*. Madrid: Síntesis, [2008]. 332 p.

Selección bibliográfica sobre **Prestaciones de maternidad y paternidad**, elaborada por la Biblioteca del Departamento, dependiente de la Subdirección General de Informes Socioeconómicos y Documentación.





# Normas y procedimiento para la presentación de colaboraciones a la Revista del MEYSS

La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MEYSS) tiene carácter bimestral y pretende dar a conocer trabajos originales e inéditos en las materias propias de las funciones asignadas al Departamento. Además, publica números extraordinarios cuando surge un tema de actualidad que se considera importante y urgente su difusión.

La responsabilidad de las opiniones emitidas corresponde exclusivamente a sus autores.

Los autores ceden al MEYSS el derecho de explotación de las obras publicadas, que conlleva los derechos de edición, reproducción, distribución, traducción y comunicación pública de sus trabajos, por cualquier medio o soporte.

- **Título.** Deberá ser claro y conciso en castellano y en inglés. En caso necesario podrá ir acompañado de un subtítulo.
- **Nombre y apellidos de los autores.** Estos deberán figurar junto a la actividad, entidad o empresa donde el autor desarrolle su actividad laboral.
- **Texto.** La extensión aconsejable máxima es de 40 páginas tamaño DINA4, en formato Word, con un tamaño de letra de 12. En esta extensión deberán estar incluidos los gráficos, cuadros y demás elementos gráficos que se incluyan.
- **Bibliografía.** Se aportará las citas bibliográficas correspondientes, que se colocarán al final del texto.
- **Resumen.** Al texto del artículo o colaboración se acompañará un resumen, en castellano y en inglés, de al menos mil palabras, que describa en detalle la metodología, resultados y conclusiones del mismo; así como una relación de palabras clave en ambos idiomas.
- **Evaluación.** Los artículos serán evaluados por dos expertos externos al Departamento, mediante procedimiento abierto. Una vez realizada dicha evaluación se comunicará su resultado al autor del artículo enviado.
- **Normas éticas de publicación.** La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social declara su compromiso por el respeto e integridad de los trabajos publicado y tiene como referencia el Código de conducta y buenas prácticas para editores de revistas científicas que define el Comité de Ética de Publicaciones (COPE: Committee on Publication Ethics). El plagio está estrictamente prohibido y los textos en los que se detecte plagio serán rechazados. Los autores deben asegurarse de que los trabajos presentados son completamente originales. Cuando los autores utilicen el trabajo y/o palabras de otros, deben ser debidamente citados.
- **Forma de envío y contacto.** El artículo o colaboración se enviará por correo electrónico a la siguiente dirección: [proproeditorial@meyss.es](mailto:proproeditorial@meyss.es)

Ministerio de Empleo y Seguridad Social  
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones  
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid  
Tf: 913632305 Fax: 913632349 Internet: <http://www.meyss.es>

# Guidelines for submitting collaborations to the MEYSS magazine

The magazine of the Ministry of Employment and Social Security (MEYSS) is published every two months and aims to present original and unpublished works in the areas of the functions assigned to the Department. In addition, it publishes special editions for emerging issues that are considered important and urgent so as to be widely known.

The opinions expressed in this magazine are the sole responsibility of the authors.

The authors grant MEYSS the operating right of the published works, which entails the rights of editing, reproduction, distribution, translation and public communication of their works, by any means or format.

- **Title.** It must be clear and concise in Spanish and English. If necessary, it may be accompanied by a subtitle.
- **Name and surname of the authors.** These must appear next to the activity, entity or company where the author develops his/her labour activity.
- **Text.** The maximum recommended length is 40 pages size DIN A4, in Word format, with a font size of 12. This length includes graphics, tables and other graphic elements.
- **Bibliography.** The corresponding references will be provided and will be placed at the end of the article.
- **Abstract.** The text of the article or collaboration will include a summary, in Spanish and English of, at least, a thousand words, describing in detail the methodology, results and conclusions thereof, as well as a list of keywords in both languages.
- **Assessment.** The articles will be evaluated by two external experts to the Department, through an open procedure. Once this evaluation is done, the result will be communicated to the author of the submitted article.
- **Ethical standards of publication.** The magazine of the Ministry of Employment and Social Security is committed to the respect and integrity of the published works and has as reference the Code of Conduct and Good Practices for editors of scientific journals that are defined by the Committee of Publication Ethics (COPE: Committee on Publication Ethics). Plagiarism is strictly prohibited and texts in which plagiarism is detected will be rejected. Authors must make sure that the submitted papers are completely original. When authors use the work and /or words of other authors, they should be duly quoted.
- **How to send the articles and contact.** The article or collaboration will be sent to the following email address: [proproeditorial@meyss.es](mailto:proproeditorial@meyss.es)

Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Phone number: 913632305

Fax number: 913632349

Internet: <http://www.meyss.es>

# Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

10 números configurados en 5 series según materias específicas

REFERENCIA	MATERIA	PRECIO € (IVA incluido)
RTC <input type="checkbox"/>	10 Números (Todas las series)	165
RTD <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho del Trabajo)	35
RTS <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Seguridad Social)	35
RTL <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho social Internacional y Comunitario)	35
RTE <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Economía y Sociología)	35
RMI <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Migraciones Internacionales)	35
N. ... <input type="checkbox"/>	1 Número suelto o extraordinario	20
Importe Total		

## BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

### DATOS DEL SUSCRIPTOR:

Nombre..... Apellidos.....

Domicilio..... C.P. y Población.....

Provincia..... Teléfono..... Fax.....

RTC  RTD  RTS  RTL  RTE  RMI  N.º....

MARQUE CON UNA X EL RECUADRO DE LO SOLICITADO

Importe total

..... €

### FORMA DE PAGO:

Giro postal

Transferencia a Banco BBVA

c/c: ES75-0182-4828-6702-0001-3172

(Adjuntar justificante de la transferencia)

FIRMA:



Ministerio de Empleo y Seguridad Social  
Subdirección General de Información  
Administrativa y Publicaciones

Librería  
Agustín de Bethencourt, 11  
28003 Madrid

Tel.: 91 363 23 17  
Fax: 91 363 23 49  
Correo electrónico: [sgpublic@meyss.es](mailto:sgpublic@meyss.es)  
Librería Virtual  
<https://explotacion.mtin.gob.es/libreriavirtual>

## SUMARIO

EDITORIAL: *José María Marín Correa* • I. ESTUDIOS: Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social. *Iciar Alzaga Ruiz* • La problemática de la prestación de incapacidad temporal. *Juan Molins García-Atance* • Riesgo durante la lactancia natural. *M<sup>a</sup> Valvanuz Peña García* • Últimas interpretaciones en torno a la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. *Raquel Poquet Catalá* • Prestación por riesgo durante el embarazo. *José María Rios Mestre* • La prestación por paternidad. *Iñigo Sagardoy de Simón* y *Pilar Núñez-Cortés Contreras* • Los subsidios de la Seguridad Social en el Derecho de la Unión Europea. *Andrés Ramón Trillo García* • II. JURISPRUDENCIA: Recordatorio de Jurisprudencia en materia de Seguridad Social, en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Junio 2016 a febrero 2017. *M<sup>a</sup> Luz García Paredes* • III. DOCUMENTOS: Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo. • IV. BIBLIOGRAFÍA: Sobre «Prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave» • Sobre «Prestaciones en maternidad subrogada» • Sobre «Prestaciones de maternidad y paternidad»

