

EL PERMISO PARA EL CUIDADO DEL LACTANTE Y LA NUEVA PRESTACIÓN SOCIAL POR SU EJERCICIO CORRESPONSABLE

*THE LICENSE FOR INFANT FEEDING AND
THE NEW SOCIAL BENEFIT FOR ITS
RESPONSIBLE EXERCISE*

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia

Doctor en Derecho / Graduado Social

RICARDO PEDRO RON LATAS

Profesor Titular de Universidad – Universidade da Coruña

Magistrado suplente TSJ/Galicia

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2019

Fecha de aceptación: 10 de enero de 2020

SUMARIO: 1. LA PROFUNDIZACIÓN EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL PERMISO. 2. LA NUEVA PRESTACIÓN SOCIAL POR EJERCICIO CORRESPONSABLE DE CUIDADO DE LACTANTE. 2.1. Situación protegida. 2.2. Beneficiarios. 2.3. Prestación económica.

RESUMEN: Una de las más llamativas modificaciones acometidas por el Real Decreto Ley 6/2019 ha sido la creación de un nuevo permiso para el cuidado del lactante, acometiendo a tal efecto dos cambios relevantes en la regulación del viejo permiso por lactancia: la profundización en la individualización y la creación de una prestación social asociada.

ABSTRACT: One of the most striking of the modifications undertaken by Royal Decree–Law 6/2019 has been the creation of a new license for the care of the infant, undertaking to this end two relevant changes in the regulation of the old license for infant feeding: the deepening in the individualization and the creation of an associated social benefit.

PALABRAS CLAVE: Lactante, prestación social, Real Decreto Ley 6/2019, derechos de conciliación, permiso laboral.

KEY WORDS: Infant, social benefit, Royal Decree Law 6/2019, life and work balance rights, labour leave.

De entre las novedades acometidas en el ámbito del trabajo por cuenta ajena por el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (en adelante, el RDL 6/2019)¹, la que concita ahora nuestra atención es que el conocido permiso por lactancia regulado en el art. 37.4 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante ET), ha sufrido una profunda transformación por parte de la norma, ya que la misma, además de rebautizarlo como permiso para el cuidado del lactante (decisión que se nos antoja acertada a los efectos de destacar su carácter individualizador²), acomete dos cambios relevantes en la regulación del viejo permiso por lactancia: la profundización en la individualización y la creación de una prestación social asociada al mismo.

1. LA PROFUNDIZACIÓN EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL PERMISO

Ahora, el derecho al permiso por cuidado de lactante se configura como un derecho individual de las personas trabajadoras sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor. La norma realiza, ante todo, una serie de ajustes formales de mera redacción que la doctrina científica más reciente resume del siguiente modo: 1) se suprime la referencia expresa al nacimiento “de hijo”; 2) se sustituye la referencia “la lactancia del menor” por “el cuidado del lactante”; 3) se sustituye la referencia “los trabajadores” por “las personas trabajadoras”; 4) se sustituye la expresión “parto” por “nacimiento”; y 5) finalmente, se sustituye la expresión “el empresario” por “la empresa”³.

El resto de su régimen jurídico queda casi igual: 1) derecho a una hora de ausencia del trabajo, que se puede dividir en dos fracciones, para el cuidado del lactante hasta que este cumpla nueve meses; 2) la duración del permiso se incrementará proporcionalmente en

.....

1 BOE de 7 de marzo de 2019.

2 Hubiera sido “de agradecer que el RDL 6/2019 hubiera sido más riguroso en la utilización del nuevo nombre porque aparecen diferentes conceptos a lo largo de todo su articulado” (María Amparo BALLESTER PASTOR, “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *FEMERIS*, vol. 4, n.º.2, 2019, p. 25).

3 Guillermo Leandro BARRIOS BAUDOR, “Nuevo régimen jurídico del lactante en el ámbito laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º. 8/2019, ps. 5 y ss.

los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples; y 3) quien ejerza el derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando, en su caso, lo establecido en aquella⁴.

Y es que, en efecto, la novedad más significativa de la norma (además de la nueva denominación) tiene que ver con que ahora la reducción de jornada contemplada en el art. 37.4 ET constituye un derecho individual de las personas trabajadoras sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor. Por lo tanto, la causación del derecho no exige el trabajo de ambos progenitores, pero si ambos lo hacen tendrán derecho cada uno de ellos al permiso “de forma individual, diferenciada e intransferible ... si por el contrario solo uno de ellos trabaja, este progenitor... será el que genere el derecho en cuestión”⁵.

Nos encontramos aquí ante el debido cumplimiento de la individualización de derechos exigida, en relación con la regulación del permiso parental, en la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010⁶, que aplica el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental de 18 de junio de 2009, celebrado entre Business Europe, UEAPME, CEEP y CES. Individualización de derechos que aparece reforzada (entre otras cosas con la introducción de un permiso de paternidad de 10 días como mínimo) con la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo⁷.

Pero también nos encontramos aquí con el debido cumplimiento de la doctrina sobre individualización de derechos emanada del TJUE establecido a propósito del antiguo permiso de lactancia, antecedente de este para el cuidado del lactante, que deberá estar sujeto a la titularidad indistinta al no estar justificado en la protección de la maternidad: el permiso de lactancia es un permiso parental sujeto a una titularidad indistinta, y no un derecho de maternidad de titularidad exclusiva femenina.

Y es que, en efecto, la norma española lo que hace no es otra cosa que normativizar el

.....

4 Sobre la situación anterior, véase de manera amplia José Fernando LOUSADA AROCHENA, “El permiso de lactancia”, *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1996; José Fernando LOUSADA AROCHENA, “Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidas en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre”, *Actualidad Laboral*, núm. 25, 2000; y José Fernando LOUSADA AROCHENA, “El permiso de lactancia: las últimas reformas y el estado de la cuestión”, *Aequalitas*, núm. 22. También Pilar NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERERAS / José Fernando LOUSADA AROCHENA, “*Jornada de trabajo y derechos de conciliación*”, Editorial Tecnos (Madrid, 2015).

5 Guillermo Leandro BARRIOS BAUDOR, “Nuevo régimen jurídico del lactante en el ámbito laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 8/2019, p. 7.

6 DOUE de 18 de marzo de 2010.

7 Sobre esta nueva Directiva, y la profundización que supone en la construcción de los derechos de conciliación como fundamentales, vease José Fernando LOUSADA AROCHENA, “La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2019.

principio de individualización, que busca distribuir equilibradamente la titularidad de los derechos de conciliación entre mujeres y hombres, determinando: 1) la erradicación de los derechos de conciliación de titularidad femenina exclusiva o preferente; 2) la creación –en paralelo con los derechos femeninos de maternidad– de derechos masculinos de paternidad –el permiso de paternidad–; 3) la atribución de derechos individuales a cada progenitor sin posibilidad de transferencia al otro progenitor, o el establecimiento de cuotas de reserva a favor de cada progenitor en derechos de conciliación indistintos; y 4) la adopción de acciones positivas para el ejercicio masculino de derechos de conciliación.

Así, los Acuerdos Marcos Europeos sobre el Permiso Parental han sido especialmente insistentes en la individualización del permiso parental. Ya el originario Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental de 14 de diciembre de 1995, celebrado entre UNICE, CEP y CES, se refería –en concreto, en su cláusula 2ª– a “un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres”, que, “debe concederse, en principio, de manera no transferible”. El Acuerdo Marco revisado de 2009 mantuvo sustancialmente esa redacción y añadía –de nuevo en esa cláusula 2ª– que, “para fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores, al menos uno de los cuatro meses será intransferible”.

Aplicando estas reglas, la STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez, C-104/09⁸, consideró discriminatorio sexista el permiso de lactancia de titularidad femenina reconocido en el derecho español en cuanto que “las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, solo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena”.

Esta doctrina se reiteró posteriormente en la STJUE de 16.7.2015, Caso Maïstrellis, C-222/14. Según el estatuto del personal judicial griego, mientras que una jueza tenía derecho incondicional a una licencia después de un nacimiento o adopción, un juez solo podía reclamarlo si su esposa tenía una actividad profesional. Se considera ello contrario al Acuerdo Marco, pues con el mismo pretende garantizar ese permiso a todo progenitor, y a las directivas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, pues se establecen condiciones de trabajo que son diferentes para los hombres y las mujeres. Además, la normativa griega suponía claramente una perpetuación de los roles tradicionales que atribuyen a las mujeres el cuidado de los hijos/as.

No obstante la individualización, la norma establece de manera sensata que si dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causan-

.....

8 Sobre la misma véase José Fernando LOUSADA AROCHENA “El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as (A propósito de la STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez)”, *Diario La Ley*, núm. 7536, 2010.

te, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que deberá comunicar por escrito. Se trata de una previsión legal de carácter “potestativo (no imperativo) que, además de la comunicación escrita, exigirá en todo caso de la efectiva acreditación y motivación de las razones objetivas de funcionamiento de la empresa (no otras) que justifiquen semejante limitación”⁹.

Según la literalidad de la norma, la empresa puede limitar su ejercicio simultáneo, pero no puede denegar definitivamente el ejercicio del derecho a ninguno de sus dos titulares. En todo caso, serán los progenitores quienes decidirán quien disfruta el derecho en cada momento, pues la facultad concedida a la empresa literalmente no abarca la designación de quien no puede ejercitar el derecho. De llegarse a aplicar este supuesto, no resultaría lógico que a las personas titulares del permiso por cuidado de lactante se les privase del derecho a la prestación que pudiera corresponderles porque uno de ellos no ha disfrutado el permiso pues sería hacer pechar a las personas titulares con una decisión del empresario que están obligados a asumir.

Por último, el art. 34.7 ET, “cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen”, aumenta el periodo de disfrute “hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses”. De ahí que la norma haya creado la prestación de la que hablaremos seguidamente, ya que “su finalidad parece claro que es paliar la reducción salarial que se sufrirá durante esos tres meses de más que se conceden más allá de los nueve meses de vida del lactante”¹⁰.

2. LA NUEVA PRESTACIÓN SOCIAL POR EJERCICIO CORRESPONSABLE DE CUIDADO DE LACTANTE

El RDL 6/2019, en efecto, aprovechando el vacío que en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre¹¹, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) ha producido la desaparición del subsidio por maternidad derivado de la integración del permiso por paternidad en el permiso por na-

9 Guillermo Leandro BARRIOS BAUDOR, “Nuevo régimen jurídico del lactante en el ámbito laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 8/2019, p. 8.

10 Carolina BLASCO JOVER, “La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto–Ley6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, V. 7, nº. 2, 2019, p. 64.

11 BOE de 31 de octubre de 2015.

cimiento y cuidado de menor, ha introducido, en los artículos 183 a 185, una nueva prestación social con el fin de cubrir la reducción de jornada para cuidado de lactante, pero solo cuando el cuidado sea asumido por los dos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores: desde esta perspectiva, se la puede calificar como un premio a la corresponsabilidad¹². Junto con la prestación económica por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, son los únicos derechos de conciliación a los que se anuda una prestación económica de Seguridad Social.

2.1. Situación protegida

Se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo en media hora que, de acuerdo con el artículo 37.4 del ET, lleven a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad¹³. Los requisitos de la situación protegida son, en suma, los cuatro siguientes:

1º. La jornada de trabajo se debe reducir en media hora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.4 del ET, según el cual cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan el derecho al permiso por cuidado de lactante con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute de ese permiso podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses.

Con esta exigencia explícita de que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores reduzcan su jornada de acuerdo con el ET, se está exigiendo implícitamente que ambos sean trabajadores por cuenta ajena, con lo cual no se podría acceder al derecho a la prestación si uno de ellos es empleado público (aunque en este caso la situación protegida por la prestación quedaría cubierta porque el empleado público tendría derecho a un permiso retribuido por lactancia de un menor de doce meses según el artículo 48.f] del EBEP en la redacción dada por el RDL 6/2019), ni tampoco si uno de ellos es un trabajador autónomo (en este caso la situación protegida por la prestación quedaría sin cobertura económica, y ello aún en el supuesto de que el autónomo hubiera efectivamente reducido su jornada de trabajo para el cuidado del lactante: nos encontramos

.....

12 María Amparo BALLESTER PASTOR, “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *FEMERIS*, vol. 4, nº.2, 2019, p. 32.

13 Cfr. art. 183, párr. 1º LGSS.

con otro más de los muchos recortes de la cobertura social que sufre el trabajador autónomo).

De las cuatro modalidades de disfrute del permiso para el cuidado del lactante que regula el artículo 37.4 del ET (a saber, derecho a una hora de ausencia al trabajo; división en dos fracciones de esa hora de ausencia al trabajo; sustitución, por la voluntad de quien ejerce el derecho, de la hora de ausencia al trabajo por una reducción de jornada en media hora que se puede proyectar sobre el principio de la jornada, atrasándolo, o sobre el final de la jornada, adelantándolo; y acumulación en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando en su caso lo establecido en aquella), únicamente la reducción de jornada habilita para la prestación económica por ejercicio corresponsable del lactante según el artículo 183 de la LGSS; en los demás casos habrá derecho a la ampliación del permiso hasta los doce meses pues el artículo 37.4 del ET no vincula tal derecho una determinada modalidad de disfrute, pero esa ampliación es sin derecho a retribución ni a prestación social.

Nos encontramos así con una limitación totalmente injustificada desde la perspectiva de la corresponsabilidad que precisamente la legislación ha pretendido fomentar. Quizás la razón de la restricción está en la mayor facilidad de gestionar y controlar la prestación económica en los casos de reducción de jornada, y a la vez el ahorro presupuestario (pues la reducción de jornada es de media hora mientras la ausencia, fraccionada o no, es de una hora, lo que supondría en términos estrictamente matemáticos una duplicación del coste total de la prestación).

Lo que la norma no exige es que la reducción de jornada en media hora hubiera tenido que ser el régimen disfrutado antes de los nueve meses, pues lo que exclusivamente exige es que esa reducción lo sea del mes nueve al doce. O sea, hasta los nueve meses las personas titulares del derecho han podido utilizar cualquiera de las otras tres modalidades de disfrute, incluso la acumulación en jornadas completas, siempre naturalmente que lo hayan hecho agotando la duración del permiso establecida hasta los nueve meses. Y si a partir de los nueve meses se ha optado por la reducción de jornada en media hora con igual duración y régimen, hay derecho a la prestación social.

Un problema interpretativo es si incide sobre la prestación, y en su caso, cómo, el nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples. Hay tres opciones interpretativas: (1) una interpretación estrictamente literal es que solo se ostentaría derecho a la prestación si ambas personas titulares reducen su jornada en media hora; (2) otra interpretación acorde con la finalidad de la norma es que podrían disfrutar la reducción de jornada que les correspondiese por el nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, pero solo tendrían derecho a la prestación correspondiente a la reducción de jornada en media hora; (3) una última interpretación más acorde

aún con la finalidad de la norma es que el derecho a la prestación también tendría el incremento proporcional que en el caso corresponda.

2°. La duración y régimen de la reducción de la jornada de trabajo en media hora debe ser la misma para los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente. Si uno de los titulares del derecho, después de haber agotado el permiso para el cuidado del lactante antes de los nueve meses, no lo sigue ejercitando con reducción de jornada en media hora después de los nueve meses, no nace la prestación. La acreditación del ejercicio corresponsable del cuidado del lactante se realizará mediante certificación de la reducción de la jornada por las empresas en que trabajen sus progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores. Reglamentariamente se determinarán los requisitos que deberá cumplir esta documentación (y lo más adecuado sería que en la norma reglamentaria se publicaran en anexo los formularios que deberían rellenar en estos casos las empresas concernidas).

3°. Ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, deben trabajar (se sobreentiende que por cuenta ajena dado que en otro caso no hay derecho a reducir jornada). La duda interpretativa surge con el disfrute del permiso por nacimiento y cuidado de menor, que, tras el RDL 6/2019, se puede disfrutar de manera interrumpida hasta los doce meses del menor, con lo cual este se puede superponer con el derecho a la reducción de jornada en media hora por cuidado del lactante. Resulta lo más lógico entender que ello no impide el acceso a la prestación por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante porque, aunque durante el disfrute del permiso por nacimiento y cuidado de menor no se está trabajando, tal disfrute supone un ejercicio de corresponsabilidad superior al del permiso por cuidado de lactante, de manera que, si se privase en este caso del acceso a la prestación, se estaría castigando un mayor ejercicio de corresponsabilidad. Otra solución conduciría, por el solapamiento parcial de ambos derechos, a la pérdida significativa del efecto útil de dos derechos que se han reconocido como novedades destacadas en el RDL 6/2009.

Igualmente se planteará otro problema interpretativo si la madre biológica titular del derecho al permiso por cuidado de lactante se encuentra en situación de riesgo durante la lactancia natural: la duda se encuentra en ese caso si el padre ostenta, simultáneamente con ese derecho de la madre biológica, el derecho al permiso por cuidado de lactante hasta los doce meses y la consiguiente prestación económica.

De esta exigencia de que trabajen ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, se deriva además que las familias monoparentales no pueden acceder a esta prestación, lo que, cuando solo un progenitor, adoptante, guardador o acogedor esté en situa-

ción de prestar los cuidados por fallecimiento o ausencia del otro, tropieza con la lógica protectora –que si cubre una necesidad en familias biparentales con más razón la debería cubrir cuando la necesidad se concentra en una única persona en una familia monoparental–. Aquí es oportuno apostar por una interpretación flexible de la norma.

Lo que no se exige en la norma que las personas titulares deban ser correlativas. Es decir, no se exige sean los dos progenitores, los dos adoptantes, los dos guardadores con fines de adopción, o los dos acogedores de carácter permanente. O sea, una de las personas titulares puede ser de una categoría, y la otra de otra categoría diferente.

4º. La finalidad es el cuidado del lactante desde que cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad. El cuidado se debe entender en un sentido amplio que obviamente no se limita a la alimentación natural o artificial del menor de doce meses y que comprende cualquier clase de cuidados que el mismo requiera, incluyendo aquellos que no exigen el contacto (pensemos, por ejemplo, que la reducción de jornada se utiliza para realizar la compra, u otras gestiones relacionadas con el cuidado del lactante).

El desarrollo reglamentario no puede establecer más exigencias so riesgo de incurrir en ilegalidad. La única habilitación hecha al reglamento es a los efectos de los requisitos de la documentación. Pero no a los efectos de imponer más requisitos a la situación protegida que aquellos establecidos en la propia LGSS y al ET por remisión.

2.2. Beneficiarios

Para el acceso al derecho a la prestación económica por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante, se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor¹⁴, a saber: afiliación y alta, carencia y, en su caso, estar al corriente en el pago de las cuotas. Resulta bastante llamativo que la norma se remita a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, cuando la prestación por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante presenta unos mayores paralelismos con la prestación por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave.

Cuando concurren 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 percibirla solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos¹⁵. La elección de cuál es derecho de los beneficiarios. De todos modos, si lo que se pretende es promover la corresponsabilidad, “no se entiende el motivo (a

.....

14 Cfr. art. 184.1 LGSS.

15 Cfr. art. 184.2 LGSS.

menos que sea estrictamente económico) por el que la prestación solo podrá ser reconocida a uno de los progenitores cuando en ambos concurren las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios”¹⁶. Por ello, si el derecho es individual, “quizá hubiera resultado más conveniente que ambos sujetos pudiesen tener acceso a la prestación ... [ya que] lo contrario ... constituiría un elemento disuasorio para los progenitores que pretendieran hacer uso de esta reducción de jornada corresponsable, al saber que, por su disfrute, uno de ellos no tendría acceso a ningún beneficio derivado de la Seguridad Social, y vería, además, reducido su salario”¹⁷.

¿Podría solicitarse el cambio en la persona perceptora de la prestación económica durante su percepción? Es una posibilidad admitida para la prestación económica por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave siempre que haya acuerdo entre ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, y las empresas respectivas, y siempre que se haga por periodos no inferiores a un mes¹⁸. Una interpretación analógica debería llevar a idéntica solución para la prestación económica por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante. Esperaremos a ver el desarrollo reglamentario.

Las previsiones contenidas en este capítulo –según acaba diciendo el artículo 184 de la LGSS, en su apartado 3– no serán aplicables a los funcionarios públicos, que se regirán por lo establecido en el artículo 48.f) del EBEP, y en la normativa que lo desarrolle. Y es que en esa norma se reconoce directamente un permiso retribuido por lactancia de un hijo menor de doce meses, con lo cual el empleado público, de manera individualizada y con independencia de su sexo, ya tiene cubierta (él o ella y el otro/a progenitor, adoptante, guardador o acogedor) la contingencia protegida con la prestación por ejercicio corresponsable de cuidado del lactante. Aquí surge sin embargo un problema interpretativo fruto seguramente de las prisas en aprobar la norma. La LGSS, en su artículo 184, se refiere solo a los funcionarios públicos para remitirse al artículo 48.f) del EBEP. Por su lado, el artículo 7.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) y la disposición adicional 22ª del ET establecen que en materia de permisos de lactancia, el



16 Carolina BLASCO JOVER, “La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, nº. 2, 2019, p. 64.

17 Carolina BLASCO JOVER, “La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, nº. 2, 2019, p. 64.

18 Según dispone el art. 4.5 del 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, “mediante acuerdo entre ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras y la empresa o empresas respectivas, podrán alternarse entre ellas el percibo del subsidio por periodos no inferiores a un mes, en cuyo caso el percibo del subsidio quedará en suspenso cuando se reconozca un nuevo subsidio a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora”.

personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el EBEP, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del ET sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho. Con independencia de la defectuosa redacción de este último inciso del artículo 7.2 del EBEP y de la disposición adicional 22ª del ET (porque la lactancia origina en el ET un permiso retribuido a cargo de la empleadora, y no una suspensión de los contratos de trabajo), de ambas normas se deduce que el personal laboral tendrá derecho al mismo permiso establecido para los funcionarios públicos en el artículo 48.f) del EBEP.

2.3. Prestación económica

La prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante consistirá en un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo¹⁹. Lo que obliga, para cuantificar el importe de la prestación económica por ejercicio corresponsable de cuidado del lactante, a calcular el porcentaje que media hora de duración diaria del permiso por cuidado del lactante representa sobre el total de la jornada de trabajo, y aplicar ese porcentaje a la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (ejemplo: en una jornada diaria de 8 horas, la prestación sería la dieciseiava parte de esa base reguladora; en una jornada diaria de 4 horas, la prestación sería la octava parte de esa base reguladora; frente a la claridad de solución en estos ejemplos paradigmáticos, los cálculos se complicarán necesariamente en aquellos supuestos de distribución irregular de jornada de trabajo, o en los supuestos de trabajadores/as fijos discontinuos).

En cualquier caso, la doctrina asegura con razón que “la prestación no tendrá gran relevancia para sus eventuales beneficiarios porque media hora diaria durante tres meses se asimila aproximadamente a la retribución correspondiente a 33 horas de trabajo, algo menos de una semana”²⁰. Se trata, por el contrario, de un coste importante para las arcas públicas, “sobre todo en el contexto del actual déficit, por lo que plantea el dilema de si su coste (aunque sea bajo) justifica su existencia”²¹; de ahí que esa misma doctrina plantee “si no hubiera sido más adecuado sencillamente aumentar a doce meses la edad

19 Cfr. art. 185.1 LGSS.

20 María Amparo BALLESTER PASTOR, “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *FEMERIS*, vol. 4, nº.2, 2019, p. 32.

21 María Amparo BALLESTER PASTOR, “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *FEMERIS*, vol. 4, nº.2, 2019, p. 32.

del hijo que da derecho al permiso para el cuidado del lactante (como se establece en el EBEP), puesto que el carácter retribuido del mismo nunca hasta ahora ha sido planteado como un coste inasumible por el empresario, dado que básicamente requiere ajustes de organización pero no genera incrementos de costes²².

Esta prestación se extinguirá cuando el o la menor cumpla doce meses de edad²³. Obviamente, también se extinguirá (aunque la norma guarde silencio al respecto) si antes de cumplir los doce meses de edad, quien disfruta el derecho o el otro progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor de carácter permanente, se reincorpora a su jornada anterior a la reducción de jornada. Más dudoso es que se extinga la prestación si el otro progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor de carácter permanente fallece o deviene imposibilitado para prestar los cuidados (por ejemplo, por una hospitalización), porque se trata de una circunstancia sobrevenida que no mengua las exigencias de cuidado del lactante, sino que, antes al contrario, la proyecta sobre uno solo de los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores con carácter permanente.

.....

22 María Amparo BALLESTER PASTOR, “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *FEMERIS*, vol. 4, nº.2, 2019, p. 33.

23 Cfr. art. 185.2 LGSS.