



## Las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor: coordinación de sistemas de Seguridad Social dentro y fuera del entorno europeo

### BENEFITS FOR BIRTH AND CARE OF THE CHILD: COORDINATION OF SOCIAL SECURITY SYSTEMS WITHIN AND OUTSIDE THE EUROPEAN ENVIRONMENT

**María Alexandra Díaz Mordillo**

Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social  
Instituto Nacional de la Seguridad Social - Tesorería General de la Seguridad Social  
[maria-alexandra.diaz@seg-social.es](mailto:maria-alexandra.diaz@seg-social.es) 0000-0001-8619-3592

Recibido: 07.06.2022 | Aceptado: 16.11.2022

#### RESUMEN

El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, agrupa las prestaciones de maternidad y paternidad en un único subsidio que ha dejado de ser un derecho transferible entre los progenitores. Teniendo en cuenta esta nueva configuración otorgada a las prestaciones por nacimiento, es conveniente analizar si se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004 y en el de aquellos otros Convenios Bilaterales suscritos por España que también recogían la anterior prestación de maternidad (Andorra, Argentina, Australia, Chile, Ecuador, Filipinas, Marruecos, Paraguay, Perú, República Dominicana, Rusia, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela). Es decir, la nueva prestación por nacimiento y cuidado del menor, con una regulación diferente a las anteriores, tiene que encontrar su encaje dentro los instrumentos internacionales ratificados por España.

#### ABSTRACT

The Royal Decree-Law 6/2019, of 1st March, on urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation, groups maternity and paternity benefits into a single subsidy that has ceased to be a transferable right between parents. Considering this new configuration granted to birth benefits, it is convenient to analyze whether they are included in the material scope of Regulation 883/2004 and in those other Bilateral Agreements signed by Spain that also included the previous maternity benefit (Andorra, Argentina, Australia, Chile, Ecuador, Philippines, Morocco, Paraguay, Peru, Dominican Republic, Russia,

#### PALABRAS CLAVE

Maternidad  
Paternidad  
Nacimiento  
Reglamentos comunitarios  
Convenios bilaterales

#### KEYWORDS

Maternity  
Paternity  
Birth  
Community regulations  
Bilateral agreements

Tunisia, Ukraine, Uruguay and Venezuela). That is, the new benefit for birth and care of the child, with a different regulation to the previous ones, must find its fit within the international instruments ratified by Spain.

## SUMARIO

- I. LA COORDINACIÓN DE SISTEMAS NACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL COMO GARANTÍA AL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN
  - II. LAS PRESTACIONES POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR DEL REAL DECRETO-LEY 6/2019. EL DEVENIR HISTÓRICO HASTA ALCANZAR EL PERMISO ÚNICO
  - III. LA PROTECCIÓN AL NACIMIENTO DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA
    - A. La coordinación de sistemas de seguridad social en europa
    - B. Principios informadores de los reglamentos comunitarios
    - C. ¿Puede considerarse incluida dentro del campo de aplicación material de los reglamentos comunitarios la prestación por nacimiento y cuidado del menor tras la nueva regulación?
    - D. Conclusión primera
  - IV. LA PROTECCIÓN AL NACIMIENTO DENTRO DE LOS CONVENIOS BILATERALES FIRMADOS POR ESPAÑA
    - A. La coordinación de sistemas de seguridad social fuera de europa
    - B. Convenios que incluyen la prestación por maternidad en su ámbito de aplicación
    - C. ¿Puede considerarse incluida dentro del campo de aplicación material de los convenios bilaterales suscritos por españa, la prestación por nacimiento y cuidado del menor tras la nueva regulación?
    - D. Conclusión segunda
- Bibliografía

## I. LA COORDINACIÓN DE SISTEMAS NACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL COMO GARANTÍA AL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN

La existencia de una normativa internacional en materia de prestaciones sociales no garantiza la aplicación uniforme de estos derechos en los diferentes países. A pesar de la eficacia de tratados como la Declaración de Derechos Humanos de la ONU de 10 de diciembre de 1948 o el importante Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo, la falta de un poder legislativo internacional provoca la imposibilidad de establecer medidas supranacionales<sup>1</sup>.

Es competencia de cada Estado la regulación y determinación de los requisitos exigibles para el acceso a sus propias prestaciones<sup>2</sup>. Los países tienden a conservar su individualidad fruto de un proceso histórico en el que confluyen factores políticos, económicos, sociales y culturales que son únicos para cada territorio<sup>3</sup>. Prevalen así

1. Ojeda Avilés, A.: "La convergencia europea en materia de Seguridad Social: los problemas de un Código internacional de prestaciones mínimas", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 84, 2009, pp. 15-37; resalta la utopía de la idea de un derecho universal.

2. STJUE C-430/2015, de 1 de febrero de 2017, *Tolley*.

3. Martínez Martínez, V. L.: "La coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea", *Estudios de Deusto*, vol. 65, núm. 2, 2017, p. 177.

las normas de coordinación de sistemas, que garantizan la independencia legislativa interna<sup>4</sup>, antes que las de armonización, que implicarían cesión de competencias. Estos instrumentos de coordinación determinan cuál es la normativa que debe regir ante la ausencia de armonización<sup>5</sup> y la medida en la que un país admitirá la aplicación de una norma extranjera para cubrir determinados supuestos internos<sup>6</sup>.

En el ámbito de la Unión Europea, la capacidad legislativa de cada Estado miembro se ve limitada por el propio Derecho Comunitario que garantiza libertad de circulación<sup>7</sup> y residencia<sup>8</sup>, aunque se permite que la normativa nacional establezca exigencias específicas<sup>9</sup> siempre que su uso sea proporcionado<sup>10</sup> y no discriminatorio<sup>11</sup> por razón de nacionalidad<sup>12</sup>. Sin embargo, desde hace unos años se observa cierta intromisión competencial en materia de protección social que, más que a la mejora de derechos, se orienta a la reducción del impacto que ocasiona la cobertura prestacional sobre el gasto público<sup>13</sup>.

Las actuales leyes internacionales, en general, han venido a complementar el derecho interno y no a sustituirlo, generando de esta manera diferencias sustanciales<sup>14</sup> en la cobertura dispensada por cada país<sup>15</sup>. El derecho a la libre circulación del trabajador migrante genera otros derechos sociales<sup>16</sup>, adquiridos o en curso de adquisición, que conviene proteger<sup>17</sup> con el fin de evitar cualquier diferencia de trato con respecto a las personas que hayan residido y trabajado siempre en un mismo país<sup>18</sup>.

4. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", en Sánchez-Rodas Navarro, C. y Garrido Pérez, E. (coords.): *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada. Retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2015, p. 185.

5. Jimeno Jiménez, F. M.: "La coordinación de las prestaciones de asistencia personal en el Derecho de la Unión Europea", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, núm. 1, 2021, p. 83.

6. Sánchez Carrión, J. L.: "Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho Comunitario", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 47, 2003, p. 17.

7. STJUE C-208/2007, de 16 de julio de 2009, *Chamier-Glisczinski*.

8. STJUE C-562/2010, de 12 de julio de 2012, *Comisión Europea contra la República Federal de Alemania*, por ejemplo.

9. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", ob. cit., p. 184.

10. Hay autores que se refieren a este fenómeno como articulación de derechos, término que superaría al de la propia coordinación. Miranda Boto, J. M.: "El estadio previo: algunos problemas terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (coord.): *El Reglamento Comunitario 1408/71: nuevas cuestiones, viejos problemas*, Laborum, Murcia, 2008, pp. 26-28.

11. Carrascosa Bermejo, M. D.: "Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales", en Nogueira Guastavino, M. et al. (coords.): *Lecciones de Derecho social de la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 188.

12. STJUE C-138/2002, de 23 de marzo de 2004, *Collins*.

13. De la Fuente Lavín, M.: "Pensiones mínimas y no contributivas: los casos de Francia y España", en VV.AA.: *Seguridad Social para todas las personas. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2021, p. 1211.

14. Sempere Navarro, A. V.: "Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, 2004, pp. 123-150; habla de la existencia de sistemas basados en el modelo bismarckiano y otros en el modelo de Beveridge.

15. Ordóñez Pascua, N.: "Los modelos europeos de rentas mínimas: Avanzando en el modelo de bienestar a través de la modalidad no contributiva de la Seguridad Social", en VV.AA.: *Seguridad Social para todas las personas. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2021, p. 1147.

16. STJUE C-114/1, de 12 febrero de 2015, *Bouman*.

17. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusula de residencia", *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, p. 397.

18. Martínez Martínez, V. L.: "La coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea", ob. cit., p. 200.

La coordinación de sistemas incentiva la movilidad laboral del trabajador al evitar la fragmentación de su vida laboral<sup>19</sup>. Aunque no siempre esta libertad de movimiento significa el libre acceso al sistema de Seguridad Social<sup>20</sup> de otro país<sup>21</sup>.

Uno de los principios fundamentales que rigen las fuentes del derecho internacional es el de la totalización de periodos para completar la necesidad de carencia y cálculo de cada prestación, computando para ello los periodos de seguro, empleo o residencia cumplidos en otro país como si se hubieran producido en el propio, teniendo en cuenta los periodos comunicados por el Estado miembro receptor, pero sin medir su valor<sup>22</sup>. La totalización sólo será posible en el caso de que una determinada prestación se encuentre recogida en el ámbito de aplicación material del convenio o acuerdo suscrito entre países<sup>23</sup>.

El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, agrupa la prestación de maternidad y la de paternidad en un único subsidio, que ha dejado de ser un derecho transferible entre los progenitores. Teniendo en cuenta esta nueva configuración otorgada a las prestaciones por nacimiento, es conveniente analizar si se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004 y en el de aquellos otros convenios bilaterales suscritos por España que también recogían la anterior prestación de maternidad.

## II. LAS PRESTACIONES POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR DEL REAL DECRETO-LEY 6/2019. EL DEVENIR HISTÓRICO HASTA ALCANZAR EL PERMISO ÚNICO

39

Desde que la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, unificara la incapacidad laboral transitoria y la invalidez provisional en una única prestación por incapacidad temporal, al tiempo que se configuraba la maternidad como contingencia específica desligada de las anteriores<sup>24</sup>, varias han sido las modificaciones que han ido modulando este derecho tal y como lo conocemos en la actualidad.

19. Maldonado Molina, J. A.: "El régimen jurídico de las prestaciones españolas no contributivas de jubilación e invalidez y su coordinación en el Reglamento 883/2004", en VV.AA.: *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Laborum, Murcia, 2017, p. 487.

20. Martínez Martínez, V. L.: "La coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea", ob. cit., p. 202.

21. STJUE C-290/2000, de 18 de abril de 2002, *Duchon*; STJUE C-170/1995, de 13 de junio de 1996, *Spataro* o STJUE C-43/1999, de 31 de mayo de 2001, *Ghislain*, entre otras.

22. Considerando 4 de la Decisión Nº H6, de 16 de diciembre de 2010, de la Comisión administrativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social relativa a la aplicación de determinados principios relacionados con la totalización de los períodos en virtud del artículo 6 del Reglamento (CE) 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

23. Véase por ejemplo la STS de 7 de marzo de 2005, número de Recurso 894/2004, en cuanto a la cobertura del subsidio de mayores de 52 años cuando existen cotizaciones en Suiza para completar el periodo de seguro español.

24. Debe hacerse notar que este epígrafe no pretende analizar la evolución histórica de la maternidad que nos llevaría a remontarnos hasta la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre condiciones de trabajo de

mujeres y niños y su Reglamento de aplicación del 13 de noviembre de 1900, así como textos posteriores. Únicamente se repasa la evolución de la moderna prestación desde su introducción en el TRLGSS de 1994.

La prestación se ha ido transformando de acuerdo con los diferentes modelos familiares (como cuando la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social equiparó la filiación adoptiva a la natural, en cuanto a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad como medida de protección a la familia)<sup>25</sup> y las nuevas necesidades sociales ocasionadas tras la incorporación masiva de la mujer al mundo laboral (como cuando la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras<sup>26</sup> facilitó a los hombres el acceso al cuidado del hijo desde el momento de su nacimiento o de su incorporación a la familia, al conceder a la mujer la opción de que fuera el padre el que disfrutara hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad, permitiendo además que lo disfrutara simultáneamente con la madre)<sup>27</sup>.

Sin embargo, si hay una Ley pionera en el desarrollo de los derechos de igualdad de género en España esta es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>28</sup>. Esta Ley nace con el objeto de hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular, mediante la eliminación de toda discriminación directa o indirecta de las mujeres. Para ello, y con el fin de fomentar la conciliación de la vida personal y laboral, su disposición adicional 18.7 incluyó, dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, el permiso de paternidad con una duración inicial de 13 días, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo. Aunque no se daba alternativa cuando la necesidad de descanso se producía en el núcleo de una familia monoparental<sup>29</sup>.

La Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad, determinó su duración en cuatro semanas (aunque no entraría en vigor hasta el 1 de enero de 2017, tras sucesivos aplazamientos). A partir del 5 julio de 2018<sup>30</sup> la duración de la suspensión pasó a ser de cinco semanas.

25. Sánchez-Urán Azaña, M.Y.: "Las prestaciones económicas vinculadas al nacimiento de hijos y protección a la familia (de las prestaciones familiares a la prestación familiar)", en *VV.AA.: Seguridad Social para todas las personas. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2021, p.465.

26. Dice su preámbulo: "La necesidad de conciliación del trabajo y la familia ha sido ya planteada a nivel internacional y comunitario como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social. Ello plantea una compleja y difícil problemática que debe abordarse, no sólo con importantes reformas legislativas, como la presente, sino con la necesidad de promover adicionalmente servicios de atención a las personas, en un marco más amplio de política de familia. En este sentido, en la IV Conferencia mundial sobre las mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995, se consideró como objetivo estratégico fomentar una armonización de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres y en la Declaración aprobada por los 189 Estados allí reunidos, se reafirmó este compromiso".

27. Panizo Robles, J. A.: "La protección de la maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo)", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 34, 2002, p. 23.

28. Como precursoras, la Directiva 2002/73/CE, de reforma de 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 formación profesionales, y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

29. Barrios Baudor, G. y Lasaos Irigoyen, E.: "Examen de la titularidad femenina del permiso de maternidad española a la luz del derecho social comunitario", en Areta Martínez, M. y Sempere Navarro, A. V. (dirs.): *Cuestiones actuales de Derecho Social Comunitario*, Laborum, Murcia, 2009, pp. 571-580.

30. Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

Es decir, la legislación sobre las prestaciones de maternidad y paternidad es heredera directa de las diferentes directivas europeas y los compromisos suscritos por el Estado español y sus obligaciones, especialmente en el marco de las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo.

El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, ha equiparado los derechos de ambos a ejercer su corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, igualando la duración del permiso de maternidad (contributiva) y paternidad (o permiso del otro progenitor), que a partir de ahora convergen en una única prestación<sup>31</sup>. Se ha producido la modificación del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores en este sentido.

Esta necesidad nace no sólo de la clara voluntad del legislador, sino de la existencia de una profunda demanda social<sup>32</sup> y de la exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución; de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea; y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para garantizar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres y las posibilidades de conciliación de la vida personal y familiar<sup>33</sup>.

La equiparación de permisos se ha llevado a cabo de forma progresiva hasta culminar en 2021<sup>34</sup> con un permiso de dieciséis semanas de duración para cada progenitor en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o, en su caso, acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten (art. 177 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. –TRLGSS– que, a su vez, remite a los arts. 48 y 49 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 6/2019)<sup>35</sup>.

Los progenitores tendrán derecho a una suspensión del contrato de trabajo de 16 semanas, que será igual para ambos, pudiendo disfrutar de las seis primeras semanas de manera ininterrumpida inmediatamente después del parto. Este periodo se disfrutará a tiempo completo y estará destinado a la protección de la salud en el caso de la madre biológica y de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil

31. Aragón Gómez, C.: "La prestación por nacimiento y cuidado de menor, fruto de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 219, 2019, pp. 229-239.

32. López Anierte, M. C.: "Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, 2018, pp. 93-135.

33. Barrios Baudor, G. L.: "Prestación por nacimiento y cuidado del menor: primeras interpretaciones administrativas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2020.

34. Disposición transitoria 13ª TRET que fijaba una aplicación progresiva de este precepto, diferente para los años 2019, 2020 y 2021.

35. Romero Burillo, A.M.: "De la prestación por maternidad a la prestación por nacimiento y cuidado de menores: una aproximación a la regulación contenida en el RD-Ley 6/2019", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 224, 2019, pp. 63-88.

cuando se trate del otro progenitor. El resto de los periodos podrán disfrutarse hasta el cumplimiento de los doce meses del hijo o hija, debiendo comunicar a la empresa cada periodo semanal o acumulado, con una antelación mínima de quince días.

Se trata de un derecho individual de cada trabajador sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor<sup>36</sup>. Mediante esta cualidad de no transferencia entre progenitores el legislador pone de manifiesto que la función principal del permiso es la corresponsabilidad y no el cuidado del menor<sup>37</sup>, ya que si así fuera, nada impediría que pudiera disfrutarlo la madre en su totalidad<sup>38</sup>. Esta circunstancia también justifica el cambio de nomenclatura<sup>39</sup>.

Únicamente podrán beneficiarse del permiso aquellas personas incluidas en cualquier régimen de Seguridad Social, independientemente de su sexo, que disfruten de los descansos establecidos, siempre que acrediten, además del resto de requisitos dispuestos en la normativa vigente<sup>40</sup>, un periodo mínimo de cotización que varía según la edad del beneficiario en el momento de acceso a la prestación<sup>41</sup>.

Si la persona trabajadora tiene menos de veintiún años de edad en la fecha del nacimiento, 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, no se exigirá período mínimo de cotización. Si la persona trabajadora tiene cumplidos veintiún años de edad y es menor de veintiséis en la fecha del nacimiento, 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, el período mínimo de cotización exigido será de noventa días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, acredita ciento ochenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

Por último, si la persona trabajadora tiene cumplidos veintiséis años de edad en la fecha del nacimiento, 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, el período mínimo de cotización exigido será de ciento ochenta días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente,

36. Sobre la aplicación en familias monoparentales se recomienda la lectura de: Ballester Pastor, I.: "Las familias monoparentales tienen derecho a la misma prestación por nacimiento y cuidado de hijos que las familias biparentales. Las normas deben velar por la protección del menor, lo que no cuadra con el diseño de un derecho individual e intransferible de cada progenitor", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2021.

37. Gorelli Hernández, J.: "La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 20, 2019, pp. 47-70.

38. Ballester Pastor, M. A.: "EL RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el Diablo en la Tierra del Sol", *Temas Laborales*, 2019, núm. 146, p. 27.

39. Blasco Lahoz, J. F.: "Las medidas adoptadas en materia de protección social como consecuencia de la COVID-19", *Trabajo y Derecho*, núm. extra 12, 2020.

40. Alonso-Olea García, B.: *Derecho de la protección social: derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales*, Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor, 2020.

41. Canvas Martínez, F.: "Prestación contributiva por nacimiento y cuidado de menor: Criterios administrativos y primeras experiencias judiciales", García Romero, B. y López Anierte, M. C. (coords.): *Protección social del trabajo de cuidados*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 75-110.

acredita trescientos sesenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

Aquellas personas que han realizado cotizaciones en países extranjeros sólo podrán beneficiarse de la totalización de periodos para alcanzar la carencia requerida si existe un acuerdo o convenio internacional que recoja en su ámbito de aplicación material la prestación por nacimiento y cuidado del menor en los mismos términos establecidos en nuestro país. Es decir, las antiguas prestaciones de maternidad y paternidad contributivas han sido suprimidas y sustituidas por la nueva prestación por nacimiento y cuidado del menor que, con una regulación diferente a las anteriores, tiene que encontrar su encaje dentro los instrumentos internacionales ratificados por España.

### III. LA PROTECCIÓN AL NACIMIENTO DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA

#### A. La coordinación de sistemas de seguridad social en europa

La Unión Europea carece de un sistema propio de Seguridad Social. Todos los países han conservado su autonomía reguladora en materia de prestaciones, mientras que la Unión Europea ha impulsado una política comunitaria basada en la coordinación y representada en los actuales Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social<sup>42</sup> y el Reglamento (CE) 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009<sup>43</sup>, que se han convertido en los elementos esenciales para proteger la libre circulación de trabajadores regulada en el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE (también en el 21.1).

Establece el artículo 48 del TFUE<sup>44</sup> que tanto el Parlamento como el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de Seguridad Social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes<sup>45</sup>: a) la acumulación de todos los periodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de estas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados Miembros (también se incluye en el 352 TFUE).

42. Que ha sido modificado por el Reglamento (CE) 988/2009, de Parlamento Europeo y el Consejo, de 16 de septiembre de 2009; Reglamento (UE) 1244/2010, de la Comisión, de 9 de diciembre de 2010; Reglamento (UE) 465/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012; Reglamento (UE) 1224/2012, de la Comisión, de 28 de diciembre de 2012; Reglamento (UE) 517/2013, del Consejo, de 13 de mayo de 2013 y Reglamento (UE) 1372/2013, de la Comisión, de 19 de diciembre de 2013.

43. Que ha sido modificado por el Reglamento (UE) 1244/2010, de la Comisión, de 9 de diciembre de 2010; Reglamento (UE) 465/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012; Reglamento (UE) 1224/2012, de la Comisión, de 28 de diciembre de 2012 y Reglamento (UE) 1372/2013, de la Comisión, de 19 de diciembre de 2013.

44. <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>.

45. Lozano Lares, F.: *La protección social de las personas migrantes*, Bomarzo, Albacete, 2019, p. 32.

Por su parte, el artículo 151 TFUE establece que, tanto la Unión Europea como los Estados miembros, teniendo presentes los derechos sociales fundamentales indicados en la Carta Social Europea, firmada en Turín en 1961 y en la Carta Comunitaria de todos los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, tendrán como objetivo, entre otros, una protección social adecuada. Este artículo se completa con lo dispuesto en el 156 TFUE que dispone la facultad de la Comisión para fomentar la colaboración entre los Estados miembros y facilitar la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social, particularmente en materia de Seguridad Social.

Fruto de estas facultades nacen los Reglamentos Comunitarios que garantizan la coordinación de sistemas ante la independencia nacional en el desarrollo normativo. Así, el Considerando 1 del Reglamento 883/2004 dispone que las normas sobre coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social forman parte del marco de la libre circulación de personas y deben contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de estas. Añadiendo el Considerando 13 que las normas de coordinación deben garantizar a las personas que se desplazan dentro de la Comunidad, incluyendo personas a su cargo y supérstites, el mantenimiento de los derechos adquiridos o en curso de adquisición, siempre que exista un elemento transfronterizo.

En materia de armonización las disposiciones son más limitadas y se han centrado en materias concretas como la igualdad de trato o la seguridad y salud laboral.

## B. Principios informadores de los reglamentos comunitarios

La correcta aplicación del Derecho Comunitario garantiza en los trabajadores una serie de derechos. Los Reglamentos Comunitarios prevalecen sobre el derecho nacional y tienen carácter de ley, no pudiendo las autoridades nacionales modificar su contenido o efectuar una aplicación fragmentada. Los Reglamentos son directamente aplicables en todos los Estados miembros, respetando siempre las características especiales de las legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social (considerando 4 del Reglamento 883/2004).

Una de las principales garantías de estos instrumentos de coordinación es la de preservar la igualdad de trato<sup>46</sup>, es decir, los sujetos comprendidos en su campo de aplicación tendrán los mismos derechos y obligaciones<sup>47</sup> que los nacionales del Estado miembro competente (art. 4 del Reglamento 883/2004). Se prohíbe así cualquier tipo de discriminación directa o encubierta<sup>48</sup>, cuya razón última se fundamenta principalmente en criterios de nacionalidad<sup>49</sup>.

En cuanto al ámbito subjetivo, determina el artículo 2 que su aplicación se circunscribe a los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o Suiza, a los apátridas o refugiados residentes en uno de estos estados, así

46. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: análisis crítico del capítulo 8 del Reglamento 883/2004", *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 32, 2012.

47. STJUE C-134/2018, de 14 de marzo de 2019, *Vester*.

48. STJUE C-523/2013, de 18 de diciembre de 2014, *Larcher*.

49. Recio Laza, A. M.: *La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, p. 71.

como a sus familiares y supérstites. En virtud del Reglamento (CE) 1231/2010, también serán aplicables a los nacionales de terceros países y a sus familiares, siempre que acrediten la legalidad de la residencia en un Estado miembro. Por otro lado, será posible la asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos ocurridos en el territorio de otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en el propio, salvo lo dispuesto para el principio de totalización y siempre que los resultados objetivos estén justificados (art. 5 del Reglamento 883/2004, matizado por los arts.10, 11 y 12)<sup>50</sup>. Se incluyen, además, los principios de supresión de cláusulas de residencia (art. 7), no acumulación de prestaciones (art. 10) o única legislación aplicable (art. 15). Por último, el principio de totalización de periodos<sup>51</sup> del artículo 6 garantiza la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones mediante la consideración de periodos de seguro cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro, en la medida necesaria, como si se tratara de periodos propios. Para que estos períodos tengan valor deben ser reconocidos por la legislación nacional<sup>52</sup> bajo la que hayan sido realizados.

Por tanto, para que el solicitante de una prestación de nacimiento o cuidado de menor en España al amparo de la nueva normativa pueda acogerse a estos principios rectores, es necesario conocer si la prestación se encuentra contenida en el campo de aplicación material de los Reglamentos Comunitarios o no.

### C. ¿Puede considerarse incluida dentro del campo de aplicación material de los reglamentos comunitarios, la prestación por nacimiento y cuidado del menor tras la nueva regulación?

La Directiva pionera fue la 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 período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), garantiza el acceso a las trabajadoras de un permiso de maternidad de al menos catorce semanas ininterrumpidas, antes y/o después del parto, con arreglo a las prácticas nacionales<sup>53</sup>. El bien jurídico protegido por esta Directiva europea, y posteriores, no es otro que la recuperación física y psicológica de la madre tras el parto<sup>54</sup>. No será hasta la regulación posterior de los permisos parentales cuando se proteja el interés del menor y su necesidad de cuidados durante las primeras semanas (de los que se hace copartícipe al padre), además de la estabilidad en el empleo de las personas que interrumpen su actividad laboral por este motivo<sup>55</sup>.

50. Interesante reflexión en García de Cortázar y Nebreda, C.: "Principio de asimilación en el Reglamento 883/04", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 3, núm. 1, 2018, pp. 3-15.

51. En los artículos 69.4 del Tratado del Carbón y el Acero, el artículo 51 del Tratado de Maastricht y el artículo 42 del Tratado de Ámsterdam se encuentra plasmado el principio de totalización.

52. TJCE C-41/1977, de 9 de noviembre de 1977.

53. Guerrina, R.: *Mothering the Union*, Manchester University Press, London, 2010.

54. Como ejemplo, STJUE C-5/2012, de 19 de septiembre de 2013, *Betriu Montull*,

55. Pérez Campos, A. I.: "La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. XLVII, 2014, p. 179.

El permiso por paternidad (parental o del otro progenitor) se encuentra en 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 Consejo<sup>56</sup>, que regulaba la existencia del permiso parental como herramienta para favorecer la corresponsabilidad<sup>57</sup>.

No fue sino hasta la efectividad de los Reglamentos 988/2009, de 16 de septiembre, y el Reglamento 987/2009, de 16 de septiembre<sup>58</sup>, cuando se incluiría en el campo de aplicación material europeo la prestación de paternidad con efectos del 1 de mayo de 2010, aplicándose desde esa fecha, en caso de ser necesario, el principio de totalización de los periodos de seguro acreditados en la Unión Europea, estados parte del Espacio Económico Europeo y Suiza. También le será aplicable el principio de exportación y será abonada a cargo de un único país, como se venía haciendo para la prestación de maternidad.

Por tanto, de acuerdo con el artículo 3.1.b) del Reglamento 883/2004, las prestaciones de maternidad y de paternidad<sup>59</sup> asimiladas se encuentran dentro del campo de aplicación material (lista cerrada) de los Reglamentos, y se caracterizan por tratarse bien de prestaciones en metálico, bien por ser prestaciones en especie. Por tanto, salvo disposición en contrario del Anexo XI, esta garantía será aplicable a los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos<sup>60</sup>.

Resulta cierto que la protección a la familia no es competencia de la Unión Europea, sino de cada uno de los Estados Miembros que la forman. Este hecho provoca un problema: la comparación internacional de los permisos es difícil porque las denominaciones y coberturas no son homogéneas<sup>61</sup>: maternidad (los más parecidos entre sí), paternidad (con notables diferencias en cada país en cuanto a su carácter individual e intransferible<sup>62</sup>) o cuidado parental, se han ido construyendo según la historia particular de cada país y presentan características diferentes<sup>63</sup> en cuanto a la titularidad

---

56. Cuya precursora fue la Directiva europea 96/34/CE relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental, que fue el origen de la posibilidad en el ordenamiento jurídico español que hasta diez de las dieciséis semanas de la baja maternal pudieran cederse al padre. La Directiva de 2010 fue la primera en establecer permisos diferenciados para ambos progenitores.

57. Núñez-Cortés Contreras, P.: "La maternidad y la paternidad en el derecho de la Unión Europea", *Actualidad Laboral*, núm. 14, 2011.

58. Que modificaron el 883/2004.

59. García de Cortázar y Nebreda, C.: "El campo de Aplicación del Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 64, 2006, p. 61. Ya se adelantaba a lo que estaba por venir, indicando en 2006 que la nueva inclusión en los Reglamentos Comunitarios de las prestaciones de paternidad no era mera formalidad, sino que se trataba de una protección que poco a poco se iría imponiendo en Europa.

60. STJUE C-266/2013, de 19 de marzo de 2015, *Kik y Staatssecretaris van Financiën*.

61. Corte Rodríguez, M.: "El permiso parental en la Unión Europea: de la antigua a la nueva directiva", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28, 2012, p. 197.

62. Castro García, C. y Pazos Morán, M.: "Permiso de maternidad, de paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual", en Pazos, M. (ed.): *Economía e igualdad de género: retos de la hacienda pública en el siglo XXI*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008, p. 192.

63. Castro García, C. y Pazos Morán, M.: "Permiso de maternidad, de paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual", ob. cit., p. 189.

del derecho, remuneración<sup>64</sup>, agente remunerador, grado de individualidad, obligatoriedad, duración<sup>65</sup>, derechos sociales asociados o flexibilidad en el uso.

Aunque en referencia a la acumulación de prestaciones del artículo 10 del Reglamento 883/2004, cabe recordar que el propio TJUE entiende que, independientemente de las características propias de las diferentes normativas nacionales, las prestaciones de Seguridad Social deben considerarse de la misma naturaleza cuando su objeto y su finalidad, así como su base de cálculo y los requisitos para su concesión sean idénticos. Por el contrario, las características puramente formales no son elementos pertinentes para clasificar las prestaciones<sup>66</sup>.

Esta dificultad queda superada por lo dispuesto en el Considerando 19 que establece que, dado que en algunos supuestos las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas pueden ser disfrutadas tanto por la madre como por el padre y que, en este último caso, la naturaleza de estas prestaciones es distinta de las prestaciones parentales y puede asimilarse a las prestaciones de maternidad *strictu sensu* por concederse durante los primeros meses de vida del recién nacido, resulta conveniente una regulación conjunta de las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas.

#### D. Conclusión primera

Por todo ello, puede concluirse que las prestaciones de maternidad y paternidad (del otro progenitor) se encuentran expresamente incluidas en el ámbito de aplicación material de los Reglamentos comunitarios por lo que la prestación por nacimiento y cuidado del menor también lo está. Es decir, que los principios informadores que conforman los Reglamentos europeos (sobre todo en lo que respecta a la totalización de periodos) son plenamente aplicables a las nuevas prestaciones por nacimiento vigentes en España desde el 1 de enero de 2019, siempre que el solicitante cumpla con el resto de los requisitos exigidos por la normativa nacional<sup>67</sup>.

64. Jover Ramírez, M. C.: "La coordinación de las prestaciones de maternidad y paternidad asimiladas, diferenciando entre el régimen aplicable a las prestaciones en metálico y en especie", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Los Reglamentos de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 265-280.

65. <https://www.epdata.es/duracion-prestaciones-maternidad-paternidad-paises-ocde/3767a979-5feb-4bc8-ae0f-fb1d70591d4a>. Duración de las prestaciones por maternidad y paternidad en los países de la OCDE.

66. STJUE C-347/2012, de 8 de mayo de 2014, *Wiering*.

67. Artículo 46.1 del Reglamento 987/2009, deberán cumplirse los requisitos de la legislación interna que aplique la institución mencionada en el artículo 45, apartado 1 o 4, del Reglamento de aplicación.

## IV. LA PROTECCIÓN AL NACIMIENTO DENTRO DE LOS CONVENIOS BILATERALES FIRMADOS POR ESPAÑA

### A. La coordinación de sistemas de seguridad social fuera de europa

Los Convenios Bilaterales fueron los primeros instrumentos nacidos para la coordinación de las legislaciones sociales de dos o más países y suponen el germen del derecho internacional de la Seguridad Social tal y como lo conocemos hoy.

Actualmente España tiene suscritos convenios bilaterales con veinticuatro países a los que acaba de unirse recientemente Senegal. Antes de los Reglamentos 1408/1971 y 572/1972, España también tenía suscritos convenios con los países que formaban parte de las Comunidades Europeas, salvo Dinamarca, Grecia e Irlanda. Estos antiguos Convenios Bilaterales continúan vigentes en la parte que no haya sido sustituida por la nueva normativa y aquellas otras partes objeto de reserva por el Anexo II del Reglamento 883/2004. Los Convenios Bilaterales y Multilaterales, al igual que ocurre con los Reglamentos Europeos, prevalecen sobre el derecho interno nacional, presentando así un mayor nivel de eficacia en la protección de los derechos de los trabajadores migrantes<sup>68</sup>.

Todos los Convenios Bilaterales tienen una estructura parecida, variando sólo su extensión en proporción a su contenido. Los principios informadores que los regulan son similares, y contemplan: la igualdad de trato, la determinación de la legislación aplicable, la conservación de derechos adquiridos o en curso de adquisición, colaboración administrativa o afectación automática de legislaciones coordinadas. Cuando España firma un Convenio Bilateral busca el amparo recíproco de sus trabajadores migrantes a la vez que asegura la protección de aquellos trabajadores extranjeros en su propio suelo<sup>69</sup>. Aun así, nuestro país presenta la particularidad de ser uno de los que mantiene un mayor número de Convenios suscritos con países en vías de desarrollo<sup>70</sup> con sistemas de Seguridad Social menos avanzados que el español.

Aunque el principio de igualdad de trato está recogido expresamente en todos los Convenios Bilaterales, no siempre tiene el mismo significado. Cada Convenio Bilateral es independiente para incluir personas, normalmente nacionales de los Estados contratantes que hayan trabajado en uno o ambos Estados y a los miembros beneficiarios de sus familias y supérstites<sup>71</sup>; otros Convenios incluyen, además, a los refugiados y apátridas con residencia en uno de los dos Estados (Filipinas o Marruecos). Otros

68. Miaja de la Muela, A.: "La primacía sobre los ordenamientos jurídicos internos del Derecho Internacional y Derecho Comunitario europeo", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 1, núm. 3, 1974, pp. 987-1030.

69. Llamosas Trápaga, A.: "Los Convenios Bilaterales suscritos por España en materia de Seguridad Social", en Arrieta Idiákez, F. J. (coord.): *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 121-182.

70. Sánchez Carrión, J. L.: "Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho Comunitario", ob. cit., p. 18.

71. Correa Carrasco, M.: "El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial: problemas y soluciones", en Correa Carrasco, M. (coord.): *La protección social en las relaciones Laborales extraterritoriales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, p. 23.

protegen a los trabajadores en general, independientemente de su nacionalidad (Andorra o Argentina) y algunos utilizan el término *persona* (Australia o Japón).

En cuanto a los períodos incluidos en el principio de totalización, todos los Convenios hacen referencia a aquellos periodos de seguro, de cotización, de empleo o de trabajo que así se consideren por la legislación de cada una de las partes contratantes bajo las que hubieran sido realizados. Cada parte contratante reconocerá el derecho a prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en su propia legislación.

Al igual que ocurre entre los países europeos, existen grandes diferencias de cobertura social que se producen principalmente por causas económicas y que tienen que ver con el nivel de desarrollo de cada país. El grado de cobertura incluido en el Convenio suscrito va a depender principalmente de la reciprocidad que pueda obtenerse del otro país.

## B. Convenios que incluyen la prestación por maternidad en su ámbito de aplicación

Normalmente los Convenios Bilaterales cubren la mayor parte de las prestaciones a excepción de las no contributivas y presentan limitaciones en asistencia sanitaria o prestación de desempleo.

Los que prevén expresamente la prestación de maternidad dentro de su ámbito material de aplicación son los firmados con Andorra<sup>72</sup>, Argentina<sup>73</sup>, Australia<sup>74</sup>, Chile<sup>75</sup>, Ecuador<sup>76</sup>, Filipinas<sup>77</sup>, Marruecos<sup>78</sup>, Paraguay<sup>79</sup>, Perú<sup>80</sup>, República Dominicana<sup>81</sup>, Rusia<sup>82</sup>, Túnez<sup>83</sup>, Ucrania<sup>84</sup>, Uruguay<sup>85</sup> y Venezuela<sup>86</sup>. Ninguno de ellos contempla la

72. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, hecho en Andorra el 9 de noviembre de 2001.

73. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina, hecho en Madrid el 28 de enero de 1997.

74. Convenio entre España y Australia sobre Seguridad Social, hecho en Madrid el 31 de enero de 2002.

75. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile, hecho en Madrid el 28 de enero de 1997.

76. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Ecuador, hecho en Madrid el 4 de diciembre de 2009.

77. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Filipinas, hecho en Manila el 12 de noviembre de 2002.

78. Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 8 de noviembre de 1979.

79. Convenio de Seguridad Social entre la República de Paraguay y el Reino de España de fecha 24 de junio de 1998.

80. Convenio, apartado 1 sobre Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Perú, suscrito el 16 de junio de 2003.

81. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Dominicana, hecho en Madrid el 1 de julio de 2004.

82. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la Federación de Rusia, hecho en Madrid el 11 de abril de 1994.

83. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, hecho en Túnez el 26 de febrero de 2001.

84. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y Ucrania, hecho en Madrid el 7 de octubre de 1996.

85. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Montevideo el 1 de diciembre de 1997.

86. Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela, firmado en Caracas el 12 de mayo de 1988.

paternidad expresamente. Si bien es verdad que la mayoría de los Convenios fueron firmados mucho antes de que la Ley 3/2007 introdujera la protección a la paternidad (del otro progenitor) en el ordenamiento jurídico español, no parece que haya existido una voluntad clara de ampliar la cobertura.

Estos Convenios regulan la totalización de periodos de seguro para la adquisición del derecho a la maternidad. La prestación será abonada por un único Estado. En todos los Convenios se regula el principio de exportación salvo el convenio hispano australiano, que expresamente establece que no le es de aplicación este principio a esta prestación. El ámbito subjetivo de los Convenios con Argentina, Australia, Brasil, Paraguay y Uruguay extiende la cobertura a los trabajadores de cualquier nacionalidad. El resto únicamente a los trabajadores nacionales de los países firmantes.

Existen países que, después de la firma del Convenio con España, han incluido la paternidad en su esfera protectora (como es el caso de Andorra), pero no han ampliado la cobertura de sus respectivos Convenios Bilaterales. Otros países, si bien incluyen determinados permisos o licencias por nacimiento para el otro progenitor en su propio ordenamiento jurídico, carecen de un subsidio propiamente dicho que pudiera ser exportable (como Perú, Ecuador o Filipinas). Argentina, por ejemplo, a pesar de que desde el año 2001 ha introducido un variado catálogo de prestaciones relacionadas con el nacimiento y cuidado de hijos<sup>87</sup>, dentro del Convenio establece expresamente que su ámbito de aplicación material se circunscribe al régimen de Asignaciones Familiares en lo que se refiere exclusivamente a la Asignación por Maternidad (art. 2).

En el artículo 2 del Convenio con Rusia, se habla de prestaciones por incapacidad laboral transitoria, embarazo y parto, natalidad, cuidado del niño y subsidio por defunción. También de prestaciones familiares y maternidad. A pesar de que en la normativa interna de este país parecen existir subsidios por nacimiento para el otro progenitor, el propio Convenio en su artículo 3 indica que los términos y expresiones utilizados tienen el significado que se les atribuye por la legislación de la correspondiente parte contratante. Si nos retrotraemos a la normativa española de la fecha de firma y ratificación (1994-1995), nada indica que deba ser tenida en cuenta una prestación diferente a la maternidad vigente en aquel momento. Llama la atención que tanto Rusia como Ucrania incorporan determinadas prestaciones por cuidado del niño y prestaciones sociales que no tienen equivalencia exacta en nuestro sistema contributivo de Seguridad Social<sup>88</sup>.

87. Normativa | [Argentina.gob.ar](http://Argentina.gob.ar)

88. Sánchez Carrión, J. L.: "Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho Comunitario", ob. cit.

### C. ¿Puede considerarse incluida dentro del campo de aplicación material de los convenios bilaterales suscritos por España, la prestación por nacimiento y cuidado del menor tras la nueva regulación?

Como hemos visto, ninguno de los Convenios Bilaterales suscritos por España que contemplan la prestación de maternidad incluyen expresamente la prestación de paternidad (o del otro progenitor) dentro de su ámbito de aplicación material.

Para evitar las posibles modificaciones ordinarias de los Convenios, derivadas de la ampliación de los Sistemas de Seguridad Social a nuevas ramas, regímenes o grupos de beneficiarios, se han incluido una serie de previsiones de futuro mediante la adopción de fórmulas diversas<sup>89</sup>: extender su aplicación a las disposiciones legales que en el futuro modifiquen o complementen las recogidas en el Convenio Bilateral firmado (Marruecos o Argentina); extender el Convenio a aquellas disposiciones legales que establezcan un nuevo régimen especial de Seguridad Social o que incluyan, dentro de los regímenes vigentes, a nuevas categorías de personas cuando las partes contratantes así lo acuerden (principio recogido en el artículo 3 de todos los Convenios Bilaterales que incluyen prestaciones de maternidad); o bien, extender el ámbito de aplicación a otras categorías de beneficiarios, únicamente si la autoridad competente de una parte no comunica su objeción a la otra parte, dentro de un plazo prefijado desde la notificación; o cuando la otra parte no se oponga o cuando las partes así lo acuerden.

Teniendo en cuenta los criterios de reciprocidad que España suele asegurarse generalmente en la firma de cualquier Convenio Bilateral y el desembolso económico que puede suponer ampliar la totalización de periodos a efectos de la nueva prestación por nacimiento y cuidado del menor, resulta completamente necesario que, como paso previo e indispensable, se negocie la inclusión expresa de las prestaciones por nacimiento (la paternidad en particular o la protección a las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor en general) en los Convenios Bilaterales suscritos por nuestro país.

### D. Conclusión segunda

Si atendemos a las circunstancias y pactos que llevaron a los firmantes a suscribir los Convenios Bilaterales, el Reino de España no puede apartarse de sus obligaciones internacionales realizando modificaciones unilaterales mediante normativa interna, aunque esta normativa revista la forma de Real Decreto-ley. Por tanto, los Convenios Bilaterales se mantendrán vigentes en los términos pactados hasta producirse la correspondiente revisión según los instrumentos indicados para ello<sup>90</sup>.

89. *Ibídem*.

90. En la misma línea STS 198/2021, de 15 de febrero de 2021. Sala de lo social. recurso 2582/2018 respecto de la exigibilidad del requisito de residencia en España para ser beneficiario del complemento a mínimos.

El Real Decreto-Ley 6/2019 ha establecido la plena equiparación de los derechos de ambos padres, pero, como hemos visto, con una finalidad diferente para aquellos progenitores diferentes de la madre biológica. Al carecer todos estos Convenios Bilaterales de cláusulas de equiparación de permisos (como sí lo hace el Reglamento 883/2004), no cabe más que afirmar que sólo será posible su aplicación cuando la prestación de nacimiento se refiera exclusivamente a los supuestos contemplados en la tradicional prestación de maternidad.

Indican los Convenios Bilaterales señalados que las prestaciones económicas derivadas de la maternidad serán reconocidas por el país en que esté asegurado el beneficiario teniendo en cuenta, si fuera necesario, los periodos de seguro realizados en el otro país, siempre que no se superpongan. Por tanto, si para el reconocimiento de una prestación por nacimiento y cuidado de menor en España hubiera que acudir a la totalización de periodos, no será posible hacerlo si se trata de países con Convenio Bilateral en los términos actuales, salvo que se trate de los supuestos previstos en la anterior prestación de maternidad.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la totalización de periodos sólo opera cuando el trabajador que ha prestado servicios en otros países diferentes de España no pueda causar la prestación de nacimiento con las cotizaciones realizadas exclusivamente en nuestro país y haya que acudir al sistema de *pro rata temporis*<sup>91</sup>, nada impide al trabajador (diferente de la madre biológica) que sí presenta cotizaciones españolas suficientes, acceder a la prestación de nacimiento y cuidado del menor siempre que reúna el resto de los requisitos establecidos.

## Bibliografía

- Alonso-Olea García, B.: *Derecho de la protección social: derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales*, Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor, 2020.
- Aragón Gómez, C.: "La prestación por nacimiento y cuidado de menor, fruto de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 219, 2019
- Ballester Pastor, I.: "Las familias monoparentales tienen derecho a la misma prestación por nacimiento y cuidado de hijos que las familias biparentales. Las normas deben velar por la protección del menor, lo que no cuadra con el diseño de un derecho individual e intransferible de cada progenitor", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2021.
- Ballester Pastor, M. A.: "EL RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el Diablo en la Tierra del Sol", *Temas Laborales*, núm. 146, 2019.
- Barrios Baudor, G. L.: "Prestación por nacimiento y cuidado del menor: primeras interpretaciones administrativas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2020.

91. Principio al que se achaca la fracturación absoluta del principio de unicidad legislativa. Dans Álvarez de Sotomayor, L.: "Coordinación europea en materia de Seguridad Social: reglas de funcionamiento y principios aplicables", *Trabajo y Derecho*, núm. 35, 2017, pp. 58-68.

- Barrios Baudor, G. y Lasaosa Irigoyen, E.: "Examen de la titularidad femenina del permiso de maternidad española a la luz del derecho social comunitario", en Areta Martínez, M. y Sempere Navarro, A. V. (dirs.): *Cuestiones actuales de Derecho Social Comunitario*, Laborum, Murcia, 2009.
- Blasco Lahoz, J. F.: "Las medidas adoptadas en materia de protección social como consecuencia de la COVID-19", *Trabajo y Derecho*, núm. extra 12, 2020.
- Canvas Martínez, F.: "Prestación contributiva por nacimiento y cuidado de menor: Criterios administrativos y primeras experiencias judiciales", en García Romero, B. y López Aniorte, M. C. (coords.): *Protección social del trabajo de cuidados*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- Carrascosa Bermejo, M. D.: "Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales", en Nogueira Guastavino, M. et al. (coords.): *Lecciones de Derecho social de la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- Castro García, C. y Pazos Morán, M.: "Permiso de maternidad, de paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual", en Pazos, M. (ed.): *Economía e igualdad de género: retos de la hacienda pública en el siglo XXI*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008.
- Correa Carrasco, M.: "El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial: problemas y soluciones", en Correa Carrasco, M. (coord.): *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.
- Corte Rodríguez, M.: "El permiso parental en la Unión Europea: de la antigua a la nueva directiva", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28, 2012.
- Dans Álvarez de Sotomayor, L.: "Coordinación europea en materia de Seguridad Social: reglas de funcionamiento y principios aplicables", *Trabajo y Derecho*, núm. 35, 2017.
- De la Fuente Lavín, M.: "Pensiones mínimas y no contributivas: los casos de Francia y España", en VV.AA.: *Seguridad Social para todas las personas. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2021.
- García de Cortázar y Nebreda, C.: "El campo de aplicación del Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 64, 2006.
- García de Cortázar y Nebreda, C.: "Principio de asimilación en el Reglamento 883/04", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 3, núm. 1, 2018, DOI: <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2018.i01.02>.
- Gorelli Hernández, J.: "La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia", *Revista de Derecho de la Seguridad Social - Laborum*, núm. 20, 2019.
- Guerrina, R.: *Mothering the Union*, Manchester University Press, London, 2010.
- Jimeno Jiménez, F. M.: "La coordinación de las prestaciones de asistencia personal en el Derecho de la Unión Europea", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, núm. 1, 2021, DOI: <https://doi.org/10.12795/e-rips.2021.i01.04>.
- Jover Ramírez, M. C.: "La coordinación de las prestaciones de maternidad y paternidad asimiladas, diferenciando entre el régimen aplicable a las prestaciones en metálico y en especie", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Los Reglamentos de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2021.
- López Aniorte, M. C.: "Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, 2018.
- Lozano Lares, F.: *La protección social de las personas migrantes*, Bomarzo, Albacete, 2019.
- Llamosas Trápaga, A.: "Los Convenios Bilaterales suscritos por España en materia de Seguridad Social", en Arrieta Idiákez, F. J. (coord.): *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- Maldonado Molina, J. A.: "El régimen jurídico de las prestaciones españolas no contributivas de jubilación e invalidez y su coordinación en el Reglamento 883/2004", en VV.AA.: *Protección social en España, en la Unión Europea y en el derecho internacional*, Laborum, Murcia, 2017.
- Martínez Martínez, V. L.: "La coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea", *Estudios de Deusto*, vol. 65, núm. 2, 2017, DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp177-209](https://doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp177-209).

- Miaja de la Muela, A.: "La primacía sobre los ordenamientos jurídicos internos del Derecho Internacional y Derecho Comunitario europeo", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 1, núm. 3, 1974.
- Miranda Boto, J. M.: "El estadio previo: algunos problemas terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (coord.): *El Reglamento Comunitario 1408/71: nuevas cuestiones, viejos problemas*, Laborum, Murcia, 2008.
- Núñez-Cortés Contreras, P.: "La maternidad y la paternidad en el derecho de la Unión Europea", *Actualidad Laboral*, núm. 14, 2011.
- Ojeda Avilés, A.: "La convergencia europea en materia de Seguridad Social: los problemas de un Código internacional de prestaciones mínimas", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 84, 2009.
- Ordoñez Pascua, N.: "Los modelos europeos de rentas mínimas: Avanzando en el modelo de bienestar a través de la modalidad no contributiva de la Seguridad Social", en *VV.AA.: Seguridad Social para todas las personas. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2021.
- Panizo Robles, J. A.: "La protección de la maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo)", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 34, 2002.
- Pérez Campos, A. I.: "La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 47, 2014.
- Recio Laza, A. M.: *La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria*, La Ley - Actualidad, Madrid, 1997.
- Romero Burillo, A. M.: "De la prestación por maternidad a la prestación por nacimiento y cuidado de menores: una aproximación a la regulación contenida en el RD-Ley 6/2019", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 224, 2019.
- Sánchez Carrión, J. L.: "Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho Comunitario", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 47, 2003.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusula de residencia", *Temas Laborales*, núm. 130, 2015.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: análisis crítico del capítulo 8 del Reglamento 883/2004", *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 32, 2012.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", en Sánchez-Rodas Navarro, C. y Garrido Pérez, E. (coords.): *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada. Retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2015.
- Sánchez-Urán Azaña, M. Y.: "Las prestaciones económicas vinculadas al nacimiento de hijos y protección a la familia (de las prestaciones familiares a la prestación familiar)", en *VV.AA.: Seguridad Social para todas las personas. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2021.
- Sempere Navarro, A. V.: "Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, 2004.