

EL PERMISO POR PATERNIDAD: UN BALANCE TRAS CASI DIEZ AÑOS DESDE SU IMPLANTACIÓN

Carolina Gala Durán

*Profesora Titular (acreditada a cátedra) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Autónoma de Barcelona*

EXTRACTO

En marzo de 2017 se cumple el décimo aniversario de la instauración en nuestro país del permiso por paternidad, figura cuyo objetivo esencial es fomentar la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos o menores. El objetivo de este trabajo es analizar cuál ha sido el nivel real de éxito de esta figura –tanto desde la perspectiva cuantitativa como cualitativa–, así como su configuración actual (tanto en el sector privado como en el sector público) y los debates judiciales que han surgido a lo largo de estos años. Ese análisis lleva a concluir que es necesario dar un paso más allá en torno a este permiso, equiparando su duración y condiciones a las del permiso por maternidad, estableciendo su carácter parcialmente obligatorio, flexibilizando su forma de disfrute y regulando las nuevas situaciones familiares surgidas de los nuevos modelos de familia. Asimismo, resulta urgente avanzar realmente en la revalorización social de las tareas de cuidado y en el convencimiento de que el cuidado de los menores es una tarea de hombres y mujeres.

Palabras clave: maternidad/paternidad, permisos, Administración pública, negociación colectiva, conciliación y corresponsabilidad.

Fecha de entrada: 27-09-2016 / Fecha de aceptación: 05-12-2016 / Fecha de revisión: 03-01-2017

PATERNITY LEAVE: A BALANCE AFTER ALMOST TEN YEARS SINCE ITS INCEPTION

Carolina Gala Durán

ABSTRACT

In March 2017 the tenth anniversary of the establishment in our country parental leave, figure whose main objective is to promote responsibility in caring for children. The aim of this paper is to analyze what has been the actual level of success of this figure –from both quantitatively and qualitatively–, and its current configuration (both in the private sector and the public sector) and judicial debates they have emerged over the years. This analysis leads to the conclusion that it is necessary to go a step further about this permit, equating its duration and conditions to maternity leave, setting their partially mandatory, flexible form of enjoyment and regulating new family situations arising the new family models. Also, it is urgent to really advance the social revaluation of care tasks and the conviction that the care of children is a task for men and women.

Keywords: maternity/paternity, permits, public administration, collective bargaining, conciliation, and responsibility.

Sumario

1. Introducción
2. El permiso por paternidad en el sector privado
 - 2.1. Marco legal, naturaleza y vinculación con el permiso por nacimiento de hijo
 - 2.2. Supuesto de hecho y beneficiarios del permiso por paternidad
 - 2.3. La duración y forma del disfrute del permiso
 - 2.4. Las causas de extinción del permiso
 - 2.5. El papel de la reciente negociación colectiva
3. El permiso por paternidad en el sector público
 - 3.1. El debate sobre la normativa aplicable
 - 3.2. El permiso por paternidad de los funcionarios públicos
 - 3.2.1. El permiso regulado en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
 - 3.2.2. El permiso por paternidad regulado en la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública y en la normativa autonómica. El caso de la Administración local
4. La protección en materia de Seguridad Social del permiso por paternidad
 - 4.1. Supuesto de hecho de la prestación y beneficiarios
 - 4.2. Cuantía, duración y vicisitudes de la prestación
 - 4.3. La gestión de la prestación por paternidad
5. La protección frente al despido: ¿Una medida necesaria?
6. Conclusiones: Hacia un nuevo modelo de permiso por paternidad

1. INTRODUCCIÓN

Tal y como señalaba la propia exposición de motivos de la [Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, [LOIEMH](#)), una de sus grandes innovaciones¹ consistía en el establecimiento en nuestro país de un permiso por paternidad, cuyo objetivo esencial era –y es– fomentar la necesaria corresponsabilidad de los hombres en el cuidado de los hijos o menores² (así se definía en dicha exposición de motivos como un «derecho individual y exclusivo del padre» y el art. 44.3 [LOIEMH](#) lo vinculaba con la contribución a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares), y que, además, resultaba aplicable tanto en el sector privado (trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia) como en el sector público. Se trataba, además, de un permiso claramente vinculado con el permiso por maternidad (comparten el mismo supuesto de hecho, cuantía..., aunque siguen existiendo diferencias)³ y con el permiso por nacimiento de hijos ya regulado en el [Estatuto de los Trabajadores](#).

Transcurridos casi diez años desde su implantación, cabe preguntarse sobre la forma en que dicho permiso se ha ido configurando en los diferentes ámbitos (perspectiva legal/intervención de la negociación colectiva, empresa privada/Administración pública, interpretación judicial, etc.) y los problemas que han surgido, con la finalidad de evaluar cuál ha sido su nivel de éxito hasta el momento, y analizar si es necesario proponer algunas reformas.

En todo caso, si tenemos en cuenta únicamente el factor cuantitativo, podríamos afirmar que, como veremos a continuación, se ha alcanzado un relativo éxito. En efecto, si nos atenemos a los datos estadísticos⁴, en el año 2015 se reconocieron 239.836 prestaciones por paternidad a cargo de la Seguridad Social, si bien el número de prestaciones ha ido descendiendo desde el año 2008 (ese año se concedieron 279.756 prestaciones)⁵ como consecuencia de la crisis económica, pero también cabe pensar que en ese descenso puede haber influido una mayor reticencia a solicitar el

¹ Respecto a la presencia de este permiso ya con anterioridad en el sector público LOUSADA AROCHENA, J. F.: *Permiso de paternidad y conciliación masculina*, Bomarzo, 2008, págs. 15-16.

² En torno al alcance de la corresponsabilidad, *vid.*, GONZÁLEZ, M. J. y JURADO, T.: *Padres y madres corresponsables. Una utopía real*, Catarata, 2015, págs. 31 y ss.

³ Al respecto, AGUILERA IZQUIERDO, R. y GIL PLANA, J.: *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural*, Thomson Reuters, 2010, págs. 108 y ss.

⁴ Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, www.seg-social.es.

⁵ En 2009 se concedieron 273.024 (-2,41 %); en 2010, 275.637 (0,96 %); 269.715 en 2011 (-2,5 %); 245.867 (-8,84 %) en 2012; 237.988 (-3,20 %) en 2013; y 235.678 (-0,97 %) en 2014.

permiso por paternidad ante posibles «represalias» o efectos negativos, principalmente en el sector privado⁶. Y cabe considerarlo un éxito si tenemos en cuenta que en el año 2015 se reconocieron 278.389 prestaciones por maternidad, por lo que las prestaciones por paternidad representan un 86,15 % de ese total (si bien, cabe tener presente que no siempre una prestación por maternidad va acompañada de una prestación por paternidad y al revés).

Y también desde una perspectiva introductoria cabe realizar otros tres apuntes que nos aportan otras visiones en relación con ese éxito:

1. Desde la vertiente legal, el permiso por paternidad se considera una figura plenamente aceptada y consolidada, lo que llevó incluso a promover su mejora a través de la [Ley 9/2009](#)⁷, ampliando su duración a cuatro semanas. Esa ampliación –prevista inicialmente para el día 1 de enero de 2011–, fue objeto de prórroga en las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado, habiendo entrado finalmente en vigor el pasado día 1 de enero de 2017⁸, como consecuencia de la prórroga de efectos de los Presupuestos Generales del Estado para 2016, conforme a lo previsto en el artículo 134.4 de la Constitución. Se trata, en definitiva, de una figura asumida y consolidada legalmente, pero en la que su coste económico, a cargo del sistema de Seguridad Social, prevalece sobre su papel como claro incentivo de la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos o menores, por cuanto precisamente su ampliación se justifica «en aras de una política positiva hacia la figura del padre, que permita incentivar la implicación de los hombres en las responsabilidades familiares»⁹.
2. Como veremos más adelante, la negociación colectiva no ha prestado una especial atención a este nuevo permiso, a pesar de su trascendencia y valor simbólico. Y ello, tanto en el sector público como en las empresas privadas. El acento, desde la perspectiva de los derechos del padre u otro progenitor, se pone, en la gran mayoría de los casos, en el permiso por nacimiento de hijo previsto en el [artículo 37.3 b\) del TRET](#)¹⁰.
3. También resulta un poco sorprendente el escaso debate judicial al que ha dado lugar este permiso, tanto en el marco de la jurisdicción social como contencioso-adminis-

⁶ Al respecto, MOLINA NAVARRETE, C.: «La "novela" sobre el permiso de paternidad: ¿Acaso puede "hacerse el amor de padre" con el "desamor" de la Ley?», *RTSS.CEF*, núm. 321, 2009, págs. 60 y ss.

⁷ De 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida (BOE de 7 de octubre de 2009). Sobre la misma, MOLINA NAVARRETE, C.: «La "novela" ...», ob. cit., págs. 47 y ss.

⁸ Disposición final 11.ª de la [Ley 48/2015, de 29 de octubre](#), de Presupuestos Generales del Estado para 2016 y disposición final 2.ª de la [Ley 9/2009](#).

⁹ Exposición de motivos de la [Ley 9/2009](#).

¹⁰ [Real Decreto Legislativo 2/2015, 23 de octubre](#), texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

trativa. Preocupa, sin embargo, que algunas de las sentencias se centren precisamente en supuestos en que una empresa prescinde del trabajador que solicita o disfruta del permiso por paternidad o que se ha reincorporado a trabajar tras el mismo, ya que tal situación recuerda lo que ya ocurría en el marco del permiso por maternidad. Al margen de la protección que, en estos casos, otorgan los artículos 53 y 55.5 del TRET, preocupa que, comenzado el siglo XXI, solicitar o disfrutar de los permisos por maternidad o paternidad siga siendo causa de despido o de no renovación contractual.

2. EL PERMISO POR PATERNIDAD EN EL SECTOR PRIVADO

2.1. MARCO LEGAL, NATURALEZA Y VINCULACIÓN CON EL PERMISO POR NACIMIENTO DE HIJO

En el supuesto de los trabajadores de las empresas privadas la regulación se encuentra actualmente en los artículos 45.1 d) y 48.7 del TRET, calificándose como causa de suspensión del contrato de trabajo la paternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento –de conformidad con el Código Civil (en adelante, CC) o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen–, siempre que su duración no sea inferior a un año, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

No se trata, pues, técnicamente de un permiso (esto es, retribuido a cargo de la empresa) sino de una causa de suspensión del contrato de trabajo que dará derecho, si se cumplen los requisitos del artículo 184 del TRLGSS¹¹, a percibir una prestación a cargo del sistema de Seguridad Social. Causa de suspensión compatible, por otra parte, con el disfrute compartido del permiso por maternidad en los términos previstos en el artículo 48.4 y 5 del TRET¹²; pudiéndose disfrutar los permisos de forma discontinua, ya que responden a causas de suspensión diferentes¹³. Sorprendentemente, ese disfrute compartido es muy poco común en la práctica, ya que en el año 2015 solo el 1,9% de las prestaciones por maternidad fue percibido por el padre¹⁴.

Y, obviamente, al tratarse de una situación de suspensión del contrato, durante el disfrute del permiso por paternidad se mantienen vigentes todas las obligaciones y derechos entre las par-

¹¹ Real Decreto Legislativo 8/2015, 30 de octubre, texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

¹² En relación con misma, LOUSADA AROCHENA, J. F.: *Permiso...*, ob. cit., págs. 51 y ss.

¹³ AGUILERA IZQUIERDO, R. y GIL PLANA, J.: *Las prestaciones...*, ob. cit., pág. 111.

¹⁴ Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, www.seg-social.es.

tes del contrato, con la excepción de la prestación de servicios y el pago de una remuneración. Se mantiene vigente, pues, el deber de buena fe, lo que lleva a preguntarse si cuando la empresa constata que el progenitor no utiliza el permiso para atender a su hijo, podría sancionarlo. A nuestro entender, teniendo en cuenta la propia conformación del permiso, que se proyecta en el ámbito familiar –responde, como ya hemos señalado, a la voluntad de fomentar la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos–, esa sanción no sería posible, salvo en los supuestos en que dicho progenitor decidiera trabajar en otro lugar (por cuenta ajena o por cuenta propia), ya que en ese caso sí se estaría incumpliendo voluntaria y frontalmente la finalidad del permiso y se estaría vulnerando el deber de buena fe. A lo que cabe añadir que precisamente entre las causas de suspensión o anulación de la prestación por paternidad se encuentra el trabajo por cuenta propia o ajena durante el periodo de descanso¹⁵.

En fin, aquí también cabe tener presente que nos encontramos ante un permiso de carácter voluntario¹⁶, que constituye un verdadero derecho¹⁷ y, en consecuencia, la empresa no puede denegar, condicionarlo, limitarlo o retrasarlo. En la misma línea, la negociación colectiva puede mejorar su contenido pero no reducirlo o condicionarlo¹⁸. Y, lógicamente, el disfrute de este permiso no puede suponer ningún perjuicio para el trabajador, tal y como prevé el [artículo 48.9 del TRET](#), aplicándose la prohibición de discriminación por responsabilidades familiares (arts. 14 CE y 44.1 LOIEMH). Por tanto, el disfrute del permiso por paternidad no puede implicar un trato desfavorable para el trabajador en lo relativo a sus condiciones de trabajo, incluida la retribución, en el sentido de acarrear la pérdida de derechos (antigüedad, promoción, cómputo en el derecho a vacaciones, etc.) o la pérdida de retribución (aumento salarial, acceso a un grado o nivel retributivo superior, obtención de una gratificación, etc.)¹⁹.

Es más, el progenitor tiene derecho a este permiso aunque no cumpla los requisitos exigidos para acceder a la correspondiente prestación por paternidad a cargo del sistema de Seguridad Social y, por tanto, se encontrará en situación de suspensión del contrato sin percibir remuneraciones ni prestación.

Por otra parte, cabe destacar que la instauración del permiso por paternidad no supuso la desaparición del permiso por nacimiento de hijo²⁰ recogido en el [artículo 37.3 b\) del TRET](#), según

¹⁵ Artículos 185 y 180 del TRLGSS.

¹⁶ SSTSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 2008 (rec. núm. 1780/2008), [Andalucía/Sevilla de 5 de octubre de 2010 \(rec. núm. 2485/2010\)](#) y Madrid de 21 de julio de 2011 (rec. núm. 3239/2011).

¹⁷ SSTSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 2008 (rec. núm. 1780/2008) y de la [Comunidad Valenciana de 11 de diciembre de 2009 \(rec. núm. 611/2009\)](#).

¹⁸ STSJ de Asturias de 26 de abril de 2016 (rec. núm. 654/2016).

¹⁹ [STSJ de Andalucía/Sevilla de 5 de octubre de 2010 \(rec. núm. 2485/2010\)](#).

²⁰ Al respecto, ALTÉS TÁRREGA, J. A.: «Los permisos retribuidos en caso de nacimiento de hijo y circunstancias familiares de fuerza mayor: una reflexión sobre las relaciones entre el art. 37.3 b) ET y la maternidad biológica», *Ac-*

el cual el trabajador tiene derecho a un permiso retribuido de dos días a cargo de la empresa por el nacimiento de un hijo; plazo que se amplía a cuatro días cuando el trabajador necesita realizar un desplazamiento (concepto que puede delimitar la propia negociación colectiva). Es evidente que la finalidad de este permiso, que, de forma discutible, no alcanza a los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, es permitir que el padre acompañe a la madre y al hijo durante sus primeros días de vida, manteniéndose, por otra parte, un reparto tradicional de los roles domésticos²¹. Este permiso requiere justificación a cargo del trabajador (normalmente *a posteriori* y mediante la presentación del libro de familia), constituye un verdadero derecho para el trabajador y puede ampliarse a través de la negociación colectiva (lo que, como veremos en un apartado posterior, es frecuente en la práctica negociada). Asimismo, se disfruta de una forma ininterrumpida y se trata de días naturales a contar a partir de la fecha del nacimiento del hijo (no obstante, si se había empezado a trabajar, el permiso empieza el día siguiente laborable para el trabajador, y si el nacimiento es en día no laborable para el trabajador, aquel empieza a contar desde el primer día laborable). Y, en fin, este permiso, a diferencia del de paternidad, se pierde si el nacimiento se produce dentro del periodo de vacaciones del trabajador y no podrá disfrutarse si la distancia es tal que no es posible el desplazamiento al lugar donde se haya producido el nacimiento²². En cuanto a la retribución a percibir, será la fijada en convenio colectivo y, en su defecto, la habitual.

Ciertamente existe un vínculo entre este permiso y el permiso por paternidad, ya que al ser este último voluntario, el primero siempre se solicitará, pero no necesariamente el segundo, siendo ambos perfectamente compatibles, incluso cuando la duración del permiso por nacimiento se haya ampliado vía convenio colectivo²³. E incluso podríamos aventurarnos a afirmar que mientras el primero está «bien visto» por su finalidad y escasa duración, el segundo, desde la perspectiva empresarial (aunque sí cada vez más desde la vertiente social), no siempre goza de la misma comprensión. Asimismo, como ya hemos visto, mientras que el primero lo abona la empresa, el segundo va a cargo del sistema de Seguridad Social, y se reconoce una vez finalizado el permiso por nacimiento de hijo (la coordinación legal entre ambos es clara, aunque la naturaleza de ambas figuras, tal y como han señalado los tribunales²⁴, es diferente). Sin embargo, tal y como ha manifestado la doctrina²⁵, posición que compartimos, si de verdad quiere fomentarse la correspon-

tualidad Laboral, núm. 21/2009; y PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *La protección de la maternidad, la paternidad y la adopción y acogimiento*, Tirant lo Blanch, 2008, págs. 71 y ss.

²¹ LOUSADA AROCHENA, J. F.: *Permiso...*, ob. cit., pág. 47.

²² PEDRAJAS, A. y SALA FRANCO, T.: *La protección...*, ob. cit., pág. 72.

²³ SSTSJ del País Vasco de 11 de noviembre de 2008 (rec. núm. 2038/2008) y 23 de septiembre de 2008 (rec. núm. 1780/2008), de Madrid de 21 de julio de 2011 (rec. núm. 3239/2011), de Andalucía/Málaga de 14 de julio de 2011 (rec. núm. 436/2011) y de Cataluña de 8 de marzo de 2013 (rec. núm. 6517/2012), y STS de 19 de mayo de 2009 (rec. núm. 97/2008).

²⁴ SSTSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 2008 (rec. núm. 1780/2008), de Madrid de 21 de julio de 2011 (rec. núm. 3239/2011) y de Castilla-La Mancha de 20 de febrero de 2009 (rec. núm. 483/2009).

²⁵ LOUSADA AROCHENA, J. F.: *Permiso...*, ob. cit., pág. 47.

sabilidad en el cuidado de los hijos, debería haberse integrado –tal y como ocurre en el caso de los funcionarios públicos– el permiso por nacimiento de hijo dentro del permiso por paternidad, fijándose un único permiso. Dejar el resquicio de acudir a un permiso por nacimiento de solo dos o cuatro días si hay desplazamiento reduce de por sí los supuestos en que se va a recurrir al permiso por paternidad. De hecho, como ya hemos afirmado, en la negociación colectiva se hace más hincapié en el permiso por nacimiento de hijo que en el permiso por paternidad.

2.2. SUPUESTO DE HECHO Y BENEFICIARIOS DEL PERMISO POR PATERNIDAD

Tal y como se deriva de los artículos [45.1 d\)](#) y [48.7 del TRET](#), el supuesto de hecho de este permiso es el nacimiento de un hijo o hija o bien la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, conforme al [CC](#) o las leyes civiles de las comunidades autónomas, siempre que su duración no sea inferior a un año, de un menor de seis años o de un menor de edad que sea mayor de seis años cuando se trate de un menor con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero tenga especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. En este ámbito cabe hacer varias consideraciones:

- a) Se da el mismo trato al nacimiento de hijos y a la adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento de menores, en este último supuesto siempre que tenga una duración mínima de un año. Asimismo, si hay más de un hijo o menor implicado, la diferencia se sitúa, como veremos, en la duración del permiso por paternidad. A lo que cabe añadir que el permiso se refiere a una misma unidad familiar ya que, si esta es diferente, surge un nuevo derecho al permiso (así el disfrute inicial por el padre biológico no impide el disfrute posterior por el progenitor adoptivo o acogedor)²⁶.
- b) El caso de los menores de edad con discapacidad, el grado a tener en cuenta es el mínimo del 33 % o superior, valorado conforme a lo establecido en el [Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre](#).
- c) En los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, la edad de referencia son los seis años, pudiendo acceder al permiso por paternidad más allá de esa edad y con el límite de la mayoría de edad solo cuando se trate de menores con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes (es una lástima que el desarrollo reglamentario no concrete más este supuesto, dejándolo en manos del concreto órgano administrativo). Teniendo en cuenta que en ámbitos

²⁶ LOUSADA AROCHENA, J. F.: *Permiso...*, ob. cit., pág. 21.

como la reducción de la jornada por cuidado de hijos del [artículo 37.6 del TRET](#) la edad de referencia ha pasado a ser los doce años, sería recomendable ampliar esa edad hasta los ocho años de edad, en aras de incentivar aún más la corresponsabilidad en el cuidado de los menores.

- d) En fin, también da derecho a la suspensión del contrato la constitución de tutela sobre un menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no puede adoptar al menor. Y también se consideran jurídicamente equiparables a la adopción la guarda con fines de adopción y el acogimiento aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los mismos, cualquiera que sea su denominación²⁷.

Más compleja resulta la delimitación de quiénes son los beneficiarios del permiso por paternidad, por cuanto, como ocurre también en otras medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, el [artículo 48.7 del TRET](#) sigue bastante ajeno a los nuevos modelos de familia, cuando precisamente estos van incrementando progresivamente su peso en nuestra sociedad. A lo que cabe añadir que dicho precepto pretende garantizar la corresponsabilidad evitando que un solo progenitor –la madre– pueda acumular los permisos por maternidad y por paternidad (el permiso es intransferible), perpetuándose así los estereotipos en relación con las tareas de cuidado.

De este modo, el citado [artículo 48.7](#) señala que en el supuesto de parto, el permiso corresponde en exclusiva al otro progenitor. Y en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, el permiso corresponde solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el permiso por maternidad es disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho al permiso por paternidad únicamente puede ser ejercido por el otro. Aquí cabe realizar varias consideraciones:

- 1.^a En el caso de parto, el permiso por paternidad corresponde exclusivamente al otro progenitor. Si este no quiere o no puede acceder al permiso (la paternidad no ha sido determinada, el padre ha fallecido o no está en alta ni en situación asimilada al alta en la Seguridad Social o no tiene la custodia del hijo, etc.) no es posible acumular el permiso por maternidad y el permiso por paternidad. Por tanto, en los casos de familias monoparentales femeninas (madre soltera que ha recurrido a la inseminación artificial, no media matrimonio ni unión de hecho con el padre y este no ejerce el cuidado del hijo, se ha producido una crisis matrimonial o de la pareja de hecho y se atribuye la custodia a la madre, fallecimiento del padre, etc.), la madre no puede acumular ambos permisos, con lo que, es cierto, se ga-

²⁷ Artículo 22.1 y 2 del [Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo](#), por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

rantiza la corresponsabilidad pero se perjudica el cuidado del hijo recién nacido. Es más, cabe recordar que en el supuesto de parto, si fallece la madre, con independencia de que trabajara o no, el otro progenitor tiene derecho al permiso por maternidad durante todo el periodo de descanso o durante la parte que quedara pendiente y sin descontar el tiempo que la madre hubiera podido disfrutar antes del parto. Permiso de maternidad que es compatible con el permiso por paternidad²⁸. Por tanto, en este caso de familia monoparental masculina por fallecimiento de la madre sí se permite la acumulación. Ese trato desigual no resulta admisible. A nuestro entender, debería preverse expresamente, tal y como hacen algunas normas autonómicas respecto a los funcionarios públicos, que siempre en el caso de una familia monoparental femenina se puedan sumar ambos permisos.

- 2.^a ¿Qué ocurre cuando se recurre a una gestación por sustitución («vientre de alquiler») y la madre, residente en un país extranjero (Estados Unidos, India, etc.), renuncia conforme a la legislación de su país a los derechos derivados de la maternidad? ¿Quién puede acceder al permiso por paternidad o al de maternidad? Sin entrar en la compleja problemática jurídica que plantea esta figura, que está prohibida en nuestro país ([Ley 14/2006](#)), sí cabe señalar que se ha producido el nacimiento de un hijo y que, actualmente, se permite el registro de tales nacimientos siempre que exista una sentencia o resolución judicial firme. Aquí cabe citar, por ejemplo, la [STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2015 \(rec. núm. 2460/2015\)](#), donde un matrimonio homosexual recurrió a una gestación por sustitución, haciéndose constar en el Registro Civil Consular de California a uno de los padres como madre y a su esposo como padre de los dos menores. A este último se le reconoció el permiso por paternidad y al que constaba como madre el correspondiente permiso por maternidad. El argumento esencial es garantizar la finalidad del cuidado del menor (prevalencia del interés superior del menor), así como la existencia de una laguna legal. En la misma línea, otras sentencias han reconocido el derecho a la prestación por maternidad²⁹. En cambio, cuando no se trata de un matrimonio sino que es un hombre solo –padre biológico– quien recurre a esta fórmula (renunciando la madre notarialmente a sus derechos), los tribunales le reconocen la prestación por maternidad³⁰, si bien se le descuenta la prestación por paternidad que haya disfru-

²⁸ Artículos 48.4 del TRET y 3.3 del [Real Decreto 295/2009](#). Sin embargo, no cabe la acumulación cuando la madre se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta: [STSJ de Aragón de 18 de enero de 2016 \(rec. núm. 803/2015\)](#).

²⁹ SSTSJ de Castilla-La Mancha de 27 de mayo de 2015 (rec. núm. 1465/2014), de las [Islas Canarias de 27 de marzo de 2015 \(rec. núm. 1179/2013\)](#) y de Cataluña de 15 de abril de 2016 (rec. núm. 941/2016) y [9 de marzo de 2015 \(rec. núm. 126/2015\)](#).

³⁰ SSTSJ de Madrid de 12 de febrero de 2016 (rec. núm. 739/2015) y [17 de julio de 2015 \(rec. núm. 429/2015\)](#), de [Murcia de 30 de marzo de 2015 \(rec. núm. 931/2014\)](#) y de [Cataluña de 15 de septiembre de 2015 \(rec. núm. 2299/2015\)](#).

tado, por incompatibilidad entre ambas³¹. El derecho a la prestación por maternidad ha sido ratificado recientemente por la [STS de 25 de octubre de 2016](#).

- 3.^a Otra situación que puede plantearse es si se tendrá derecho al permiso por paternidad cuando el hijo o el menor fallece antes del inicio del permiso por paternidad, o bien fallece una vez iniciado dicho permiso. En el segundo caso hay derecho a acceder al permiso (a los efectos de poder acompañar a la madre y cumplir los trámites que resulten necesarios)³² y también en el primer supuesto ya que, según los tribunales³³, el artículo 30 del [CC](#) no resulta aplicable en este ámbito y, por tanto, se tendrá derecho incluso cuando no se cumplan los requisitos establecidos en dicho precepto (fallecimiento del hijo antes de las 24 horas de vida e incluso cuando se produce la muerte intrauterina del hijo con más de 180 días de gestación). El permiso en estos casos cumple la función de acompañamiento de la madre. Sin embargo, si falleciese también la madre, el padre tendría derecho al permiso por paternidad pero no al permiso por maternidad.
- 4.^a En caso de parto no podrá acceder al permiso por paternidad la pareja (matrimonial o no) de la madre que no es el padre biológico, salvo que sea posible y se produzca la adopción del menor recién nacido.
- 5.^a En el supuesto de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, cuando se trata de una pareja heterosexual, tal y como prevé el propio [TRET](#)³⁴, el beneficiario del permiso es solo uno y se elegirá por los propios interesados, si bien cuando el permiso por maternidad es disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho al permiso por paternidad únicamente puede ser ejercido por el otro. Aquí cabe hacer una crítica: la corresponsabilidad se ve mermada si tenemos en cuenta que basta con que los dos progenitores hayan compartido el permiso por maternidad, aunque uno de ellos solo lo haya disfrutado unos pocos días (el padre), para que el otro (la madre) pueda acumular el permiso de maternidad y el permiso por paternidad. Como ha señalado la doctrina³⁵, debería fijarse un límite mínimo de disfrute del permiso por maternidad por ambos progenitores –dos o más semanas– para permitir la acumulación del permiso por paternidad.

³¹ SSTSJ de Madrid de 12 de febrero de 2016 (rec. núm. 739/2015) y [17 de julio de 2015](#) (rec. núm. 429/2015).

³² Artículo 26.7 del [Real Decreto 295/2009](#).

³³ [STSJ del País Vasco de 9 de diciembre de 2010](#) (rec. núm. 2484/2010).

³⁴ También artículo 23.2 del [Real Decreto 295/2009](#); y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Instrumentos y garantías para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica 3/2007, de mujeres y hombres», en García-Perrote, I. y Mercader Uguina, J. R., *La Ley de igualdad: Consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Lex Nova, 2007, pág. 171.

³⁵ LOUSADA AROCHENA, J. F.: *Permiso...*, págs. 28-29. También critica esa opción legal GARCÍA TESTAL, E.: «Paternidad», en García Testal, E. y López Balaguer, M.; *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 45.

Es más, no podemos olvidar que, aunque sea muy poco frecuente en la práctica, si el padre y la madre adoptantes comparten el permiso por maternidad, la madre podría disfrutar del permiso por paternidad, y que si el padre adoptante disfruta de la totalidad del permiso por maternidad, necesariamente la madre tendrá que acudir al permiso por paternidad³⁶.

Sin embargo, la solución se complica en el caso de las parejas homosexuales, ya que si bien la madre biológica puede disfrutar del permiso por maternidad, su pareja deberá esperar al momento de la constitución de la adopción para poder acceder al permiso por paternidad. A diferencia de algunas leyes autonómicas en materia de función pública, esta situación no se regula expresamente en la normativa laboral.

En el caso de la adopción de un menor por una pareja homosexual, se aplicarán las reglas previstas con carácter general para la adopción. Y, en fin, si adopta o acoge un menor una persona soltera (supuesto aceptado en España si bien en algunas comunidades autónomas les es más difícil), conforme a la legislación vigente, no podrá acumular los permisos por paternidad y maternidad. Situación criticable, al dejarse de lado el necesario cuidado del menor.

- 6.^a Desde otra perspectiva, cabe destacar que, en el caso de parto, si la madre no tiene derecho a suspender su actividad profesional con derecho al permiso por maternidad, de acuerdo con las normas que regulan dicha actividad, el otro progenitor debe disfrutar del permiso por paternidad inmediatamente después del permiso por nacimiento de hijo y, a continuación, puede acceder a la totalidad del permiso por maternidad, computándose el momento de su disfrute a partir de la finalización del permiso por paternidad (no desde el nacimiento)³⁷. La misma solución se aplica cuando la madre, por causas ajenas a su voluntad, no reúne las condiciones exigidas para la concesión de la prestación por maternidad a cargo de la mutualidad de previsión social correspondiente, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad desde el momento en que pudo ejercitar dicha opción, con ocasión del ejercicio de la actividad profesional. Y también cuando la madre no tiene derecho a prestaciones, por no hallarse incluida en el RETA ni en una mutualidad de previsión social alternativa³⁸.

Sin embargo, como crítica cabe manifestar que, en los mismos supuestos anteriores, cuando es el padre quien carece de la prestación por paternidad, la madre no puede acumular los permisos por maternidad y paternidad. Si bien no estaríamos fomentando expresamente la corresponsabilidad, reconocer el derecho a esa acumulación sí mejoraría el cuidado del hijo.

³⁶ LOUSADA AROCHENA, J. F.: *Permiso...*, ob. cit., pág. 29.

³⁷ STSJ de Andalucía/Málaga de 14 de julio de 2011 (rec. núm. 436/2011).

³⁸ Artículos 48.4 párrafo 3.º del TRET y 3.4 y 26.4 del [Real Decreto 295/2009](#).

- 7.^a También cabe destacar que, nuevamente en el caso de parto, si la madre no cumple el periodo de cotización mínimo para acceder a la prestación por maternidad y se le reconoce el subsidio no contributivo, el padre puede acceder al resto de la prestación por maternidad y al permiso por paternidad, al preverse expresamente su compatibilidad³⁹.
- 8.^a Finalmente, cabe señalar que cuando la madre resida en el extranjero y el hijo nazca allí, el otro progenitor puede disfrutar igualmente del permiso por paternidad.

2.3. LA DURACIÓN Y FORMA DEL DISFRUTE DEL PERMISO

Tras la entrada en vigor, finalmente, de lo dispuesto en la [Ley 9/2009](#), la duración del permiso por paternidad es de cuatro semanas (veintiocho días naturales) ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días por cada hijo a partir del segundo, y este derecho puede ejercerse durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por dichas causas o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión. Cabe tener presente, no obstante, que si bien en el caso de parto se sumará el permiso por nacimiento de hijo antes visto, alcanzando, en el caso de un solo hijo, los treinta días o treinta y dos días en caso de desplazamiento, si se trata de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento esa duración es inferior, al no sumarse dicho permiso por nacimiento.

Cabe tener presente, sin embargo, que la [Ley 9/2009](#) entró en vigor el día 1 de enero de 2017 y la ampliación temporal allí prevista solo resulta aplicable a los hechos causantes acaecidos a partir de esa fecha. Por tanto, por poner un ejemplo, si el nacimiento del hijo se produjo el día 31 de diciembre de 2016, la normativa aplicable es la anterior y solo se habrá tenido derecho a un permiso por paternidad de trece días, conforme a la redacción anterior del [artículo 48.7 del TRET](#).

Por otra parte, resulta clara la flexibilidad que se fija en el disfrute del permiso, por cuanto su beneficiario puede disfrutarlo justo después del permiso por nacimiento o desde la constitución de la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, durante la vigencia del permiso por maternidad (disfrutado a tiempo completo o a tiempo parcial) o una vez finalizado este. Se facilita, pues, el cuidado conjunto del menor por parte de ambos progenitores o bien que, tras la reincorporación de uno de ellos a la actividad laboral, el otro pueda continuar con dicho cuidado mediante este permiso, alargando, en definitiva, el tiempo de cuidado del menor a cargo de sus progenitores. Pero, ¿qué ocurre si la madre no trabaja y no hay descanso por maternidad?

³⁹ Artículo 3.5 del [Real Decreto 295/2009](#).

¿O cuando vía convenio colectivo se ha ampliado la duración del permiso por maternidad más allá de las 16 semanas? En el primer supuesto se presumirá que dicho descanso ha existido a los efectos del permiso por paternidad y, en consecuencia, podrá iniciarse de la misma manera que si la madre hubiera trabajado, y en el segundo caso se tiene igualmente derecho al permiso por paternidad, por cuanto el [artículo 48.4 del TRET](#) permite su mejora vía negociación colectiva y cabe aplicar el principio *pro operario*⁴⁰.

Es importante destacar que el permiso puede disfrutarse, como hemos visto, tras el permiso por nacimiento de hijo «previsto legal o convencionalmente», por cuanto es posible que la duración de dicho permiso se haya ampliado a través del correspondiente convenio colectivo y será a partir del momento en que finalice dicha ampliación cuando, si así lo decide, el beneficiario pueda disfrutar del permiso por paternidad⁴¹. En fin, respecto a la forma de disfrute, a diferencia del permiso por maternidad, el permiso por paternidad no puede disfrutarse de forma anticipada, ni en caso de parto, ni en caso de adopción o acogimiento internacional. Aun cuando probablemente el motivo es que el legislador considere que la corresponsabilidad del padre es más efectiva tras el momento en que el hijo ha nacido o ha sido adoptado o acogido⁴², la decisión debería recaer, en todo caso, en el propio beneficiario, ya que es él el único que conoce realmente sus circunstancias familiares.

Por otra parte, cabe tener presente que la duración general o estándar puede ser mejorada a través de la negociación colectiva o bien por una decisión unilateral de la empresa (no obstante, en estos supuestos, la prestación por paternidad a cargo de la Seguridad Social queda limitada a los veintiocho días o más en caso de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples y el resto de los días irán a cargo exclusivo de la empresa).

En todo caso, con independencia de cuál sea la duración, el disfrute es por días naturales ininterrumpidos (para facilitar el cuidado del menor y también la gestión de este tipo de permisos tanto por parte de la empresa como por las entidades gestoras de la Seguridad Social en relación con la prestación que lo acompaña), si bien puede disfrutarse a tiempo completo o a tiempo parcial de un mínimo del 50 %, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador⁴³. Esta posibilidad de disfrute a tiempo parcial, muy poco utilizada en la práctica, se desarrolla en la disposición adicional 1.ª del [Real Decreto 295/2009](#), donde se prevé que su disfrute se realizará en los términos regulados en el citado real decreto y, de conformidad, en su caso, con lo que establezcan los convenios colectivos. En este punto cabe mencionar el nulo interés de los convenios en esta materia, ya que ninguno de los

⁴⁰ STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2010 (rec. núm. 4901/2009).

⁴¹ SSTSJ del País Vasco de 11 de noviembre de 2008 (rec. núm. 2038/2008) y 23 de septiembre de 2008 (rec. núm. 1780/2008).

⁴² LOUSADA AROCHENA, J. F.: *Permiso...*, ob. cit., pág. 31, y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «La suspensión de la relación de trabajo por maternidad y paternidad a la luz de la LO 3/2007», *Revista de Derecho Social*, núm. 40, pág. 121.

⁴³ Sobre este tema, AGUILERA IZQUIERDO, R. y GIL PLANA, J.: *Las prestaciones...*, ob. cit., págs. 133 y ss.

convenios colectivos consultados⁴⁴ hace referencia a esta posibilidad. En todo caso, esta previsión de disfrute a tiempo parcial se sitúa en la lógica, antes apuntada, de flexibilizar el uso del permiso por paternidad y adaptarlo a las necesidades e intereses –personales y familiares– de su beneficiario.

Sin embargo, esa flexibilidad se puede ver claramente mermada por el hecho de que sea imprescindible el acuerdo previo entre el empresario y el trabajador afectado y que, además, la jornada realizada a tiempo parcial no pueda ser inferior al 50% de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo (este último límite no se establece, sin embargo, en el permiso por maternidad y, a nuestro entender, es innecesario, al hacer más rígido este permiso frente al de maternidad, de mayor duración. Se frena, por otra parte, la lógica de corresponsabilidad). En todo caso, el acuerdo puede celebrarse al inicio de la suspensión del contrato o posteriormente y podrá extenderse a todo o a parte del permiso, incorporando una distribución regular del permiso –todos los días las mismas horas– o irregular –unos días unas horas y otros días otras horas–, e incluso fórmulas mixtas de distribución regular e irregular –un descanso troncal diario de duración uniforme completado con créditos horarios a disposición del progenitor–⁴⁵ (lo que no se admite, sin embargo, es el disfrute por días completos pero solo algunos días a la semana). Una vez acordado el disfrute a tiempo parcial solo puede modificarse lo pactado mediante un nuevo acuerdo, por iniciativa del trabajador y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor. Asimismo, se aplican las siguientes reglas:

1. Cabe pensar que la negativa empresarial al disfrute a tiempo parcial deberá estar fundada en objetivas razones organizativas, y por tanto deben excluirse las negativas arbitrarias, además de las discriminatorias⁴⁶.
2. El periodo de disfrute del permiso por paternidad se amplía proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realiza.
3. El disfrute del permiso es ininterrumpido y está prohibida la realización de horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.
4. Aunque se tenga jornada reducida, lógicamente no se aplican las reglas del contrato a tiempo parcial regulado en el [artículo 12 del TRET](#).
5. Esta fórmula es incompatible con el disfrute simultáneo del permiso por lactancia y del permiso por el nacimiento de hijos prematuros así como con la reducción de la jornada por cuidado de hijos. Y también es incompatible con la excedencia por cuidado de familiares regulada en el [artículo 46.3 del TRET](#).

⁴⁴ Se han consultado 40 convenios colectivos –de empresa y supraempresariales– publicados en el BOE entre los meses de enero y julio de 2016.

⁴⁵ LOUSADA AROCHENA, J. F.: *Permiso...*, ob. cit., pág. 32.

⁴⁶ GARCÍA TESTAL, E.: *Los derechos...*, ob. cit., pág. 50.

6. Se percibe simultáneamente la remuneración por el tiempo de jornada realizado y, en su caso, la correspondiente prestación por paternidad a cargo de la Seguridad Social.
7. El salario a efectos del cálculo de las posibles indemnizaciones será el que hubiera correspondido sin considerar la reducción de jornada efectuada⁴⁷.
8. Ya hemos señalado que ninguno de los convenios colectivos analizados en este trabajo menciona el disfrute a tiempo parcial cuando, entre otras cuestiones, podrían prever que si un trabajador lo solicita, el empresario tendrá que concederlo o bien se podría otorgar algún tipo de preferencia.

Por otra parte, cabe destacar que si el beneficiario se encuentra en una situación de pluriempleo o pluriactividad, los permisos por paternidad pueden iniciarse en cualquier momento de los mencionados anteriormente, por lo que podrán disfrutarse de una manera simultánea, sucesiva o separados en el tiempo⁴⁸.

En cuanto a los trámites a cumplir para poder disfrutar del permiso por paternidad, basta con comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos. Si bien estos prestan, como ya hemos señalado, escaso interés en esta materia, sí señalan, en algún caso, que esa comunicación puede ser, por las circunstancias, *a posteriori* del nacimiento, o bien que la correspondiente justificación se presentará *a posteriori*, mediante la presentación del correspondiente libro de familia. A falta de previsión convencional, la citada comunicación debe realizarse en un plazo razonable⁴⁹. La obligación de comunicación responde a la idea de que el empresario pueda tomar, en su caso, las medidas necesarias para cubrir la ausencia del trabajador (cabe recordar también que si contrata a un trabajador interino se le bonifican las correspondientes cotizaciones). En todo caso, si la empresa le negase al trabajador el disfrute del permiso, este deberá acudir al procedimiento judicial urgente y preferente regulado en el artículo 139 de la LRJS⁵⁰, acompañando, si lo estima oportuno, la correspondiente reclamación por los daños y perjuicios causados.

Por último, cabe destacar que al finalizar el permiso por paternidad, al tratarse de una causa de suspensión del contrato, el trabajador tiene derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo –el día laborable siguiente–, y si el empresario se niega a la reincorporación, el trabajador deberá

⁴⁷ GARCÍA TESTAL, E.: *Los derechos...*, ob. cit., pág. 52.

⁴⁸ Sobre esta cuestión, AGUILERA IZQUIERDO, R. y GIL PLANA, J.: *Las prestaciones...*, ob. cit., págs. 113-114.

⁴⁹ GARCÍA TESTAL, E.: *Los derechos...*, ob. cit., pág. 50.

⁵⁰ Al respecto, GARCÍA TESTAL y LÓPEZ BALAGUER, *Los derechos...*, ob. cit., págs. 165 y ss.

demandarle por despido. La reincorporación debe producirse el día laborable siguiente a la finalización del permiso, sin posibilidad de demorarla⁵¹.

2.4. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL PERMISO

El permiso por paternidad se extingue por el transcurso del plazo fijado, por la reincorporación voluntaria al trabajo, por pasar a percibir las pensiones de jubilación o incapacidad permanente total o absoluta o por fallecimiento del beneficiario.

2.5. EL PAPEL DE LA RECIENTE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Tal y como ya hemos señalado, la negociación colectiva⁵² no le presta una especial atención al permiso por paternidad, mientras que el permiso por nacimiento de hijo sigue estando presente en casi todos los convenios colectivos. En este marco cabe destacar los siguientes elementos:

- a) Los convenios que recogen el permiso de nacimiento (un 92,5%) o bien mantienen la misma duración fijada en el [artículo 37.3 b\) del TRET](#)⁵³ limitándose, en su caso, a concretar el concepto de desplazamiento⁵⁴, o bien lo mejoran estableciendo: tres días o cinco días si se requiere el desplazamiento⁵⁵; dos días laborables o tres días naturales pero sin contemplar el caso de desplazamiento⁵⁶; tres días naturales de los que al menos dos serán laborables, pudiéndose ampliar en tres días naturales más en caso

⁵¹ GARCÍA TESTAL, E.: *Los derechos...*, ob. cit. pág. 52.

⁵² Se han consultado 40 convenios colectivos –de empresa y supraempresariales– publicados en el BOE entre los meses de enero y julio de 2016.

⁵³ [Convenio Colectivo de Gold Advance Investments, SL](#) (BOE de 29 de abril de 2016), [Convenio Colectivo de Servigesplan, SL](#) (BOE de 5 de mayo de 2016), [Convenio Colectivo de Soluciones de Externalización Hotelera, SL](#) (BOE de 16 de mayo de 2016), [Convenio Colectivo de Marc Clear, SL](#) (BOE de 6 de junio de 2016), [Acuerdo marco estatal sector de actividades forestales](#) (BOE de 22 de junio de 2016) y [Convenio Colectivo de Múltiples Transportes Envases de España, SL](#) (BOE de 22 de junio de 2016).

⁵⁴ [Convenio Colectivo de Claro Sol Facilities, SLU](#) (BOE de 13 de abril de 2016), [Convenio Colectivo de Tankat Seguridad, SLU](#) (BOE de 29 de abril de 2016) y [Convenio Colectivo de Ticketbis, SL](#) (BOE de 23 de mayo de 2016).

⁵⁵ [III Convenio Colectivo de Grupo Zena](#) (BOE de 3 de marzo de 2016), [Convenio Colectivo de A&G Ayora Gea Transportes Petrolíferos, SA](#) (BOE de 21 de abril de 2016), [Convenio Colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias](#) (BOE de 22 de abril de 2016) y [VII Convenio Colectivo nacional de universidades privadas](#) (BOE de 16 de mayo de 2016).

⁵⁶ [II Convenio Colectivo de Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL](#) (BOE de 19 de abril de 2016), [XVII Convenio Colectivo de Europcar IB, SA](#) (BOE de 21 de abril de 2016), [IV Convenio Colectivo del Grupo Ortiz](#) (BOE de 21 de abril de 2016) y [Convenio Colectivo de Compañía Logística Acotral, SA](#) (BOE de 13 de abril de 2016).

de parto con cesárea⁵⁷; tres días hábiles ampliables hasta cinco en caso de desplazamiento⁵⁸; de dos a cinco días naturales, en función de si el hecho se produce o no en el lugar de residencia, disfrute que, además, en determinados casos, puede ser no consecutivo⁵⁹, o, en fin, cinco días ampliables en tres más en caso de desplazamiento⁶⁰.

En cuanto al alcance del permiso, algunos convenios lo extienden a la adopción y el acogimiento⁶¹ (un 5%) o a la adopción⁶² (un 17,5%), mientras que otros utilizan el antiguo término de «alumbamiento de esposa»⁶³, lo que excluiría –en contra de lo previsto en el TRET– los nacimientos acaecidos en los casos en que los progenitores no están casados. Y la exigencia de desplazamiento o bien no se concreta o ni siquiera se cita o se sitúa como límite la provincia, 60 km o la provincia, o 200 km o incluso 600 km, por ejemplo.

En fin, en todo caso, en los convenios colectivos se recuerda que debe presentarse la correspondiente justificación y preavisar, salvo que no sea posible.

- b) Los convenios que hacen referencia al permiso por paternidad (solo un 42,5%) se limitan a recoger cuál es su duración, teniendo en cuenta el TRET y la Ley 2/2008, si bien no lo hacen fielmente, reduciendo la duración cuando el hijo o menor es discapacitado⁶⁴, lo que no es posible; o bien, anticipándose a lo previsto a partir del 1 de enero de 2017, mejoraban la duración del permiso fijándolo en quince días na-

⁵⁷ Convenio Colectivo de Dürr Systems Spain, SA (BOE de 20 de abril de 2016).

⁵⁸ IX Convenio Colectivo de La Vanguardia Ediciones, SLU (BOE de 22 de abril de 2016).

⁵⁹ Convenio Colectivo de las industrias del frío industrial (BOE de 18 de mayo de 2016).

⁶⁰ Convenio Colectivo de Radio Popular SA-COPE (BOE de 20 de mayo de 2016). También amplían la duración: Convenio Colectivo de Automáticos Orenes, SLU (BOE de 6 de junio de 2016), Convenio Colectivo de Lidl Supermercados, SAU (BOE de 8 de junio de 2016), Convenio Colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva (BOE de 22 de marzo de 2016), Convenio Colectivo de CEPSA (BOE de 7 de junio de 2016), XV Convenio Colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE de 2 de mayo de 2016), Convenio Colectivo estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE de 15 de marzo de 2016), Convenio Colectivo de Ilunion Seguridad, SA (BOE de 5 de abril de 2016), Convenio Colectivo de Refresco Iberia, SAU (BOE de 2 de mayo de 2016), Convenio Colectivo del Grupo Enagas (BOE de 16 de mayo de 2016) y Convenio Colectivo estatal de pastas, papel y cartón (BOE de 19 de mayo de 2016).

⁶¹ Convenio Colectivo de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas (BOE de 23 de marzo de 2016) y Convenio Colectivo de Compañía Logística Acotral, SA (BOE de 13 de abril de 2016).

⁶² IV Convenio Colectivo del Grupo Ortiz (BOE de 21 de abril de 2016), Convenio Colectivo de Tankat Seguridad, SLU (BOE de 29 de abril de 2016), Convenio Colectivo de Servigesplan, SL (BOE de 5 de mayo de 2016), XII Convenio Colectivo de Schweppes, SA (BOE de 25 de mayo de 2016), Convenio Colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU (BOE de 28 de junio de 2016), Convenio Colectivo de Ilunion Seguridad, SA (BOE de 5 de abril de 2016) y Convenio Colectivo de Refresco Iberia, SAU (BOE de 2 de mayo de 2016).

⁶³ Convenio Colectivo de Gold Advance Investments, SL (BOE de 29 de abril de 2016), Convenio Colectivo de Tankat Seguridad, SLU (BOE de 29 de abril de 2016) y Convenio Colectivo de Soluciones de Externalización Hotelera, SL (BOE de 16 de abril de 2016). Término presente en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944.

⁶⁴ Convenio Colectivo de Claro Sol Facilities, SLU (BOE de 13 de abril de 2016).

turales⁶⁵ o cuatro semanas⁶⁶ o, en fin, reproducen directamente el antiguo [artículo 48.7 del TRET](#)⁶⁷ añadiéndose, en algún caso⁶⁸, que el interesado se beneficiará de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante el permiso.

Por otra parte, en algún convenio se hace una referencia genérica a que en los «supuestos de maternidad y paternidad se estará a lo legalmente establecido»⁶⁹, de la que cabe deducir la inclusión del permiso por paternidad, o simplemente se señala que se aplicará el permiso por paternidad establecido en la normativa vigente⁷⁰. En fin, en algún supuesto se recoge la posibilidad de recurrir a un permiso no retribuido de hasta dos meses que se puede disfrutar tras el permiso por paternidad⁷¹.

Cabe tener presente, finalmente, que algún convenio vincula el permiso por paternidad exclusivamente con el nacimiento⁷², lo que contradice lo señalado en el [TRET](#).

- c) Algunos convenios colectivos (un 42,5 %) recogen lo dispuesto en el [artículo 38.3 del TRET](#) en materia de vacaciones y, en consecuencia, se fija que las vacaciones pueden disfrutarse tras el permiso por paternidad, aunque haya finalizado el año natural al que correspondan⁷³. Cabe destacar, no obstante, que otros convenios no

⁶⁵ [II Convenio Colectivo de Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL](#) (BOE de 19 de abril de 2016).

⁶⁶ [Convenio Colectivo de Múltiples Transportes Envases de España, SL](#) (BOE de 22 de junio de 2016).

⁶⁷ [VII Convenio Colectivo nacional de universidades privadas](#) (BOE de 16 de mayo de 2016) y [Convenio Colectivo de Refresco Iberia, SAU](#) (BOE de 2 de mayo de 2016).

⁶⁸ [Convenio Colectivo del sector de la banca](#) (BOE de 15 de junio de 2016).

⁶⁹ [Convenio Colectivo de Gold Advance Investments, SL](#) (BOE de 29 de abril de 2016) y [Convenio Colectivo de Soluciones de Externalización Hotelera, SL](#) (BOE de 16 de abril de 2016).

⁷⁰ [Convenio Colectivo de las industrias del frío industrial](#) (BOE de 18 de mayo de 2016), [Convenio Colectivo de Radio Popular SA-COPE](#) (BOE de 20 de mayo de 2016), [Convenio Colectivo de Compañía Logística Acotral, SA](#) (BOE de 13 de abril de 2016), [Convenio Colectivo de CEPSA](#) (BOE de 7 de junio de 2016), [XV Convenio Colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas](#) (BOE de 2 de mayo de 2016), [Convenio Colectivo estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas](#) (BOE de 15 de marzo de 2016) y [Convenio Colectivo de Ilunion Seguridad, SA](#) (BOE de 5 de abril de 2016).

⁷¹ [XV Convenio Colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas](#) (BOE de 2 de mayo de 2016).

⁷² [II Convenio Colectivo de Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL](#) (BOE de 19 de abril de 2016).

⁷³ [III Convenio Colectivo de Grupo Zena](#) (BOE de 3 de marzo de 2016), [Convenio Colectivo de Claro Sol Facilities, SLU](#) (BOE de 13 de abril de 2016), [XVII Convenio Colectivo de Europcar IB, SA](#) (BOE de 21 de abril de 2016), [IV Convenio Colectivo del Grupo Ortiz](#) (BOE de 21 de abril de 2016), [Convenio Colectivo de A&G Ayora Gea Transportes Petrolíferos, SA](#) (BOE de 21 de abril de 2016), [Convenio Colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias](#) (BOE de 22 de abril de 2016), [Convenio Colectivo de Servigesplan, SL](#) (BOE de 5 de mayo de 2016), [Convenio Colectivo Site Logistic, SL](#) (BOE de 18 de mayo de 2016), [Convenio Colectivo de Radio Popular SA-COPE](#) (BOE de 20 de mayo de 2016), [Convenio Colectivo de Ticketbis, SL](#) (BOE de 23 de mayo de 2016), [Convenio Colectivo de Automáticos Orenes, SLU](#) (BOE de 6 de junio de 2016), [Convenio Colectivo de Marc Clear, SL](#) (BOE de 6 de junio de 2016), [Convenio Colectivo de Lidl Supermercados, SAU](#) (BOE de 8 de junio de 2016), [Convenio](#)

han actualizado la correspondiente cláusula, por lo que el permiso por paternidad sigue excluido del tratamiento favorable previsto en el mencionado artículo 38.3⁷⁴, lo que no es aplicable.

- d) Desde una perspectiva claramente favorable, algunos convenios, aunque sean pocos (solo un 17,5%), recogen una ayuda económica por natalidad, por nacimiento o adopción de un hijo, siempre que se cumpla con una antigüedad en la empresa o sin requerir tal requisito. Se percibe el importe de una mensualidad de ciertos conceptos retributivos o bien una cantidad fija de 169,47 o 130 euros⁷⁵. Se trata de ayudas que, ciertamente, tienen una cierta tradición en nuestra negociación colectiva pero que han ido desapareciendo progresivamente.

Y dentro de la misma lógica de mejora, algún convenio colectivo –muy pocos, solo un 5%– establece que el beneficiario, durante el permiso por paternidad, percibirá la diferencia entre la prestación y el 100% de su salario fijo bruto percibido en el mes anterior a producirse la situación o el 100% de su salario total⁷⁶. En fin, también algún convenio (un 5%) prevé el nacimiento o adopción de hijos como necesidad perentoria a la hora de conceder préstamos sin interés a los trabajadores o un préstamo extraordinario⁷⁷.

- e) En fin, en algún convenio se establece expresamente que el disfrute del permiso por paternidad no tendrá efectos negativos a los efectos de determinar el correspondiente nivel salarial⁷⁸, mientras que en otros casos el tiempo de paternidad no se excluye a los efectos de la aplicación de un determinado concepto salarial⁷⁹.

Colectivo del sector de la banca (BOE de 15 de junio de 2016), Acuerdo marco estatal sector de actividades forestales (BOE de 22 de junio de 2016), XV Convenio Colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE de 2 de mayo de 2016) y Convenio Colectivo estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE de 15 de marzo de 2016).

⁷⁴ A modo de ejemplo, Convenio Colectivo de Alcatel Lucent Transformation Engineering & Consulting Services Spain, SLU (BOE de 18 de mayo de 2016).

⁷⁵ Convenio Colectivo de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas (BOE de 23 de marzo de 2016), XXIII Convenio Colectivo de Mantenimiento y Montajes Industriales, SA (BOE de 29 de abril de 2016), Convenio Colectivo de Radio Popular SA-COPE (BOE de 20 de mayo de 2016), XII Convenio Colectivo de Schweppes, SA (BOE de 25 de mayo de 2016), Convenio Colectivo de Automáticos Orenes, SLU (BOE de 6 de junio de 2016), Convenio Colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU (BOE de 28 de junio de 2016) y Convenio Colectivo de Ilunion Seguridad, SA (BOE de 5 de abril de 2016).

⁷⁶ CC BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, SA (BOE 29 de abril de 2016) y Convenio Colectivo de Compañía Logística Acotral, SA (BOE de 13 de abril de 2016).

⁷⁷ Convenio Colectivo del sector de la banca (BOE de 15 de junio de 2016) y Convenio Colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU (BOE de 28 de junio de 2016).

⁷⁸ Convenio Colectivo del sector de la banca (BOE de 15 de junio de 2016).

⁷⁹ Convenio Colectivo de CEPSA (BOE de 7 de junio de 2016).

En definitiva, la tónica en los convenios colectivos que se refieren al permiso por paternidad (solo un 42,5 %, tras casi diez años desde la entrada en vigor de la [LOIEMH](#)) es referirse simplemente a su existencia, remitirse a lo establecido legalmente o reproducir lo dispuesto en el [TRET](#). Es evidente que la negociación colectiva podría implicarse más en esta cuestión, dando una mayor visibilidad y amplitud al permiso por paternidad con lo que, por otra parte, se fomentaría la normalidad en el recurso a esta medida y la propia corresponsabilidad. En este tema, a nuestro entender, todavía queda bastante camino por recorrer.

3. EL PERMISO POR PATERNIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO

3.1. EL DEBATE SOBRE LA NORMATIVA APLICABLE

Como en otras materias, la normativa aplicable depende del tipo de personal de que se trate, laboral o funcionario. En primer lugar, en el caso del personal laboral cabe citar un importante debate judicial sobre cuál es esa normativa, esto es, si el permiso por paternidad se rige por lo establecido en el [TREBEP](#)⁸⁰, en el [TRET](#), o bien se suma lo dispuesto en ambas normativas. Esta es precisamente la cuestión que más se ha planteado ante los tribunales en el sector público en relación con el permiso por paternidad, pretendiéndose por los demandantes –tanto sindicatos como trabajadores– la aplicación conjunta de ambas normativas, lo que determinaría actualmente un permiso de una duración de cuarenta y tres días (veintiocho días del [TRET](#) y quince días del [TREBEP](#)) al que sumar el permiso por nacimiento de hijo de dos o cuatro días.

Sin embargo, este debate fue tempranamente resuelto por la [Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2009 \(rec. núm. 97/2008\)](#), si bien se han seguido planteando demandas, con el mismo resultado, en los años posteriores. La doctrina del Tribunal Supremo se concreta en declarar que al personal laboral de las Administraciones públicas se le aplica en esta materia exclusivamente el [TRET](#), fundamentándose en los siguientes argumentos: a) el [TRET](#) y el [TREBEP](#) no pueden aplicarse acumulativamente, pues, aun siendo su objeto, finalidad y contenido esencialmente idéntico en el ámbito sustantivo, laboral y funcional, tienen destinatarios distintos, ya que la regla contenida en el [TRET](#) se refiere a los trabajadores aunque estén incluidos como personal laboral en el ámbito del [TREBEP](#), y la regulada en este a los funcionarios incluidos en su marco, sin que con respecto a los trabajadores sea más beneficioso el segundo que el primero, aunque pueden existir pequeñas diferencias favorables a la Administración pública empleadora en el último; y, b) del artículo 51 del [TREBEP](#) y de la remisión que efectúa para el régimen de permisos del personal laboral «a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente» no se deriva que deben ser aplicadas acumulativamente ambas normativas. Esta doctrina se ha seguido fielmente por los tribunales superiores de justicia, que hacen hincapié, además, en

⁸⁰ [Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre](#), texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

la deficiente redacción del artículo 51 del [TREBEP](#)⁸¹. En definitiva, al personal laboral de todas las Administraciones públicas se le aplica, respecto al permiso por paternidad, el mismo régimen jurídico ya analizado en relación con los trabajadores de las empresas privadas.

Y en segundo lugar, en el ámbito del personal funcionario la dificultad se sitúa en la dispersión de la normativa aplicable en función de la Administración pública para la que se preste servicios. Así, cabe citar el artículo 49 c) del [TREBEP](#) como norma marco, la [LMRFP](#)⁸² para el caso del personal de la Administración General del Estado, la normativa autonómica (recogida, en esta materia, tanto en las normas de función pública como en algunas leyes de igualdad autonómicas) y el artículo 92 de la [LBRL](#)⁸³ para el personal funcionario de la Administración local, según el cual dicho personal se rige, en lo no dispuesto en la [LBRL](#), por el [TREBEP](#), por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las comunidades autónomas, en los términos del artículo 149.1.18 de la [CE](#). Y también cabe tener en cuenta, por último, lo previsto en la negociación colectiva funcionarial.

3.2. EL PERMISO POR PATERNIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

3.2.1. El permiso regulado en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público

Tras la entrada en vigor de la [Ley 9/2009](#), y también con efectos del día 1 de enero de 2017, del artículo 49 c) del [TREBEP](#) se deriva que, en todo caso, se concederá a los funcionarios públicos un permiso por paternidad con las siguientes condiciones mínimas: por el nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo con una duración de cuatro semanas (veintiocho días naturales), a disfrutar por el padre o el otro progenitor a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. Como en el caso del [TRET](#), este permiso es independiente del disfrute compartido del permiso por maternidad, regulado en los apartados a) y b) del propio artículo 49 del [TREBEP](#).

⁸¹ SSTSJ de las Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 23 y 28 de septiembre de 2009 (recs. núms. 996/2009 y 998/2009), 29 y 30 de septiembre de 2009 (recs. núm. 519/2009 y 897/2009), 2 de noviembre de 2009 (rec. núm. 793/2009), 31 de marzo de 2010 (rec. núm. 1208/2009), 19 de noviembre de 2010 (rec. núm. 309/2010), 8 de noviembre de 2011 (rec. núm. 1192/2010), 23 de febrero de 2012 (rec. núm. 237/2011), 21 de marzo de 2012 (rec. núm. 339/2011), 24 de mayo de 2012 (rec. núm. 530/2011), 26 de junio de 2012 (recs. núms. 177/2012 y 589/2011), de Castilla-La Mancha de 20 de febrero de 2009 (rec. núm. 483/2009), de Andalucía/Sevilla de 16 de julio de 2010 (rec. núm. 1864/2009), de Cataluña de 8 de marzo de 2013 (rec. núm. 6517/2012) y de la Comunidad Valenciana de 1 de junio de 2010 (rec. núm. 2573/2009) y 17 de noviembre de 2009 (rec. núm. 500/2009).

⁸² [Ley 30/1984, de 2 de agosto](#), de medidas para la reforma de la función pública.

⁸³ [Ley 7/1985, de 2 de abril](#), reguladora de las Bases del Régimen Local.

También se prevé que el tiempo transcurrido durante el disfrute de este permiso se computa como de servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos del funcionario durante todo el periodo de duración del permiso, y, en su caso, durante los periodos posteriores al disfrute de este, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del periodo de disfrute del permiso. Con ello se pretende asegurar que cualquier mejora económica que pueda haberse consolidado durante el disfrute del permiso se percibirá una vez agotado dicho permiso, y que, por tanto, dicho disfrute no causará ningún perjuicio (concepto económico que se consolida durante el tiempo de permiso, cumplimiento de un periodo de antigüedad que permite acceder a un nivel retributivo superior...). Cabe tener presente, no obstante, que durante este permiso se percibirá, si se cumplen los requisitos, la correspondiente prestación a cargo del sistema de Seguridad Social, que es incompatible con el abono de salarios o retribuciones correspondientes al mismo periodo, con excepción de las percepciones concedidas en concepto de acción social o las complementarias de la citada prestación, que, por otra parte, son poco frecuentes en la práctica⁸⁴.

Asimismo, y dentro de la misma lógica, los funcionarios que hayan hecho uso del permiso por paternidad tienen derecho, una vez finalizado el mismo, a reintegrarse a su puesto de trabajo en términos y condiciones que no les resulten menos favorables a las anteriores al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia. Obviamente, esta misma solución se aplica también al personal laboral de las Administraciones públicas y a los trabajadores del sector privado aunque el TRET, a diferencia del TREBEP, no lo señale tan claramente. Cualquier otra solución resultaría discriminatoria (por «circunstancias familiares», tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional) y, por tanto, vulneraría el artículo 14 de la CE.

En este ámbito cabe realizar algunas consideraciones adicionales:

1. El artículo 49 actúa como norma marco respecto de todos los funcionarios a nivel estatal y, en consecuencia, ninguna norma autonómica puede establecer un régimen menos favorable, aunque sí puede mejorar lo fijado en dicho precepto. Y, como hemos visto, el artículo 49 c) resulta directamente aplicable en el caso de los funcionarios públicos que prestan servicios en las Administraciones locales.
2. No existe en el marco funcional un permiso por nacimiento de hijo, por lo que la duración general del permiso por paternidad es de veintiocho días naturales ininterrumpidos (sin ampliación por motivo de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples).
3. El periodo de disfrute del permiso por paternidad resulta más rígido que en los supuestos sujetos al TRET, ya que aquel solo puede disfrutarse a partir de la fecha

⁸⁴ Artículo 23.9 del [Real Decreto 295/2009](#).

del nacimiento, de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. Esta mayor rigidez resulta discutible tanto desde la perspectiva de facilitar el cuidado del menor como desde el fomento de la corresponsabilidad (ya que siempre coincidirán en el tiempo el permiso por maternidad y el permiso por paternidad). A nuestro entender, debería haberse dejado una mayor flexibilidad, facilitándose así que cada funcionario disfrute del permiso en función de su situación familiar. Esta flexibilidad sí está presente, como veremos más adelante, en algunas normas autonómicas sobre función pública.

4. El beneficiario del permiso por paternidad, según el [TREBEP](#), es el padre o el otro progenitor. Aquí se manifiesta la misma diversidad de situaciones que ya vimos al tratar del sector privado (parejas homosexuales, fallecimiento de la madre, familias monoparentales, etc.). Nos remitimos a lo allí señalado.
5. Para disfrutar válidamente de este permiso deberá presentarse la correspondiente justificación.
6. Tal y como ya hemos visto y apuntan los párrafos 3.º y 4.º del artículo 49 c) del [TREBEP](#), el disfrute del permiso no puede suponer la pérdida de ninguna mejora laboral, cualquiera que sea su naturaleza. De producirse esta, se estaría incurriendo en una discriminación por circunstancias familiares.
7. A diferencia de lo previsto para el personal laboral en el [artículo 38.3 del TRET](#), el artículo 50 del [TREBEP](#) no prevé que cuando el permiso por paternidad impida iniciar el disfrute de las vacaciones, o una vez iniciado el periodo vacacional sobreviniera dicho permiso, aquellas pueden disfrutarse con posterioridad. Sí se prevé tal posibilidad en las situaciones de permiso por maternidad, incapacidad temporal, riesgo durante la lactancia natural o riesgo durante el embarazo. A nuestro entender, tal y como hacen algunas normas autonómicas sobre función pública, debería ampliarse esa acumulación al supuesto de la paternidad, nuevamente en aras de fomentar la corresponsabilidad, dando, en consecuencia, el mismo trato a la maternidad y a la paternidad.
8. Finalmente, cabe destacar que los funcionarios públicos incluidos en el régimen general de la Seguridad Social (la gran mayoría actualmente), si cumplen los requisitos, podrán acceder a la prestación por paternidad regulada en el [TRLGSS](#). Esto supone que mientras que en el caso del personal laboral la correspondiente Administración pública asume el pago del permiso por nacimiento regulado en el [artículo 37.3 b\) del TRET](#) y el sistema de Seguridad Social el pago del permiso por paternidad, en el supuesto del personal funcionario la Administración pública no asume ningún coste económico y el sistema de Seguridad Social abona una prestación por paternidad de veintiocho días naturales.

3.2.2. El permiso por paternidad regulado en la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública y en la normativa autonómica. El caso de la Administración local

En primer lugar, cabe tener en cuenta que, tras la entrada en vigor de la [Ley 9/2009](#), el artículo 30.1 a) de la [LMRFP](#) establece que los funcionarios públicos de la Administración General del Estado tienen derecho a un permiso retribuido de veintiocho días naturales por el nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a disfrutar por el padre a partir de la fecha del nacimiento o de la correspondiente decisión administrativa o judicial. Resulta patente el paralelismo con el [TREBEP](#), si bien persiste la referencia única al «padre», que cabe interpretar hecha al padre o al otro progenitor.

En segundo lugar, en el marco autonómico, el permiso por paternidad se recoge tanto en la normativa de función pública como en algunas normas sobre igualdad, y, partiendo del mínimo previsto en el [TREBEP](#), las normas recogen un panorama de perfil variado para los funcionarios públicos autonómicos; aunque, en la mayoría de los casos, más favorable que el previsto en el [TREBEP](#) o la [LMRFP](#); así, podemos afirmar que:

- a) Alguna ley autonómica, por su fecha de aprobación, no hace referencia al permiso por paternidad y sigue incluyendo –aunque lo mejora– el permiso por nacimiento, acogida o adopción de un hijo que regulaba la [LMRFP](#) antes de la aprobación de la [LOIEMH](#). Así, en Cantabria se prevé un permiso retribuido por nacimiento, acogida o adopción de un hijo de hasta un máximo de cinco días hábiles, y en función de la distancia⁸⁵. O en Canarias se establece el derecho a un permiso retribuido por el nacimiento de un hijo de dos días, si el suceso se produce en la misma localidad y hasta cuatro días cuando lo sea en otra diferente⁸⁶. Lógicamente, a esos permisos se sumará el permiso por paternidad del [TREBEP](#), recogiéndose un régimen más favorable.
- b) En algunos casos, la norma autonómica reproduce lo señalado en el artículo 49 c) del [TREBEP](#)⁸⁷ o se remite a lo allí dispuesto⁸⁸. O bien simplemente se señala que

⁸⁵ Artículo 59.1 a) de la [Ley 4/1993](#), 10 de marzo, que regula la Función Pública de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria (BOC de 30 de marzo de 1993).

⁸⁶ Artículo 47.1 a) de la [Ley 2/1987](#), 30 de marzo, de la Función Pública Canaria (BOIC de 3 de abril de 1987). También, artículo 69 de la [Ley 1/1986](#), 10 de abril, sobre regulación de la Función Pública de la Comunidad de Madrid (BOCM de 24 de abril de 1986), 70 de la [Ley 6/1989](#), 6 de julio, sobre normas reguladoras de la Función Pública del País Vasco (BOPV de 28 de julio de 1989) y 73 de la [Ley 3/1985](#), 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias (BOPA de 30 de diciembre de 1985).

⁸⁷ Artículo 60 de la [Ley 7/2005](#), de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León (BOCL de 31 de mayo de 2005).

⁸⁸ Artículos 52 de la [Ley 13/2015](#), de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura (DOE de 10 de abril de 2015), 118 de la [Ley 3/2007](#), de 27 de marzo, Ley de Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (BOIB

los funcionarios tienen derecho a permisos retribuidos, en los casos y condiciones que reglamentariamente se determinen⁸⁹.

- c) En alguna norma autonómica se prevé un permiso por paternidad por nacimiento de hijo⁹⁰. Por influencia del **TREBEP** cabe entender que también se reconocerá en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento.
- d) Cabe tener muy presente que, en algunas comunidades autónomas, la duración del permiso por paternidad es, desde hace años, de cuatro semanas; situación que cabe calificar como de muy favorable, por cuanto se amplía el tiempo de cuidado del menor y se permite una mayor implicación de los dos progenitores en dicho cuidado. Es el caso de Cataluña⁹¹, Comunidad Valenciana⁹², Galicia y Castilla-La Mancha. En Cataluña, el permiso por paternidad se suma a un permiso por nacimiento, adopción o acogimiento de cinco días laborales consecutivos, que se amplía a diez días si se trata de dos hijos o menores y a quince días si se trata de tres o más.

En el caso de Galicia se fija incluso un permiso por paternidad de veintinueve días naturales, que se amplía a treinta y cinco días naturales en el supuesto de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples⁹³. Y, en fin, en Castilla-La Mancha el permiso se amplía en dos días más en el supuesto de discapacidad del menor y por cada hijo o menor a partir del segundo, en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples⁹⁴.

- e) En fin, algunas normas autonómicas son más flexibles que el **TREBEP** a la hora de fijar la fecha de disfrute del permiso por paternidad, al permitir que este se disfrute tras el nacimiento, adopción o acogimiento, o durante el permiso por maternidad o bien tras finalizar este⁹⁵.

de 3 de abril de 2007) y 50 de la [Ley 3/1990, de 29 de junio](#), sobre normas reguladoras de la Función Pública de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOLR de 31 de julio de 1990).

⁸⁹ Decreto Foral 251/1993, de 30 de agosto, texto refundido del Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones públicas de Navarra (BON de 1 de septiembre de 1993).

⁹⁰ Artículo 75 del [Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia (BORM de 12 de abril de 2001).

⁹¹ Artículo 13 de la [Ley 8/2006, de 5 de julio](#), de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las administraciones públicas de Cataluña (DOGC de 13 de julio de 2006).

⁹² Disposición transitoria 6.ª de la [Ley 10/2010, de 9 de julio](#), de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana (DOCV de 14 de julio de 2010).

⁹³ Artículo 76 del [Decreto Legislativo 1/2008, 13 de marzo](#), que aprueba el texto refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia (DOG de 13 de junio de 2008).

⁹⁴ Artículo 104 de la [Ley 4/2011, 10 de marzo](#), del Empleo Público de Castilla-La Mancha (BOCM de 22 de marzo de 2011).

⁹⁵ Artículos 13 de la [Ley catalana 8/2006](#) y 104 de la [Ley 4/2011](#) de Castilla-La Mancha.

Y junto a lo anterior, también cabe destacar que algunas normas autonómicas recogen medidas adicionales vinculadas con este permiso, mejorando nuevamente el régimen legal estatal, lo que, sin duda, es loable desde la perspectiva de la corresponsabilidad y sería recomendable que se extendiera; así:

1. Tal y como ya hemos adelantado, algunas normas autonómicas señalan que si el periodo de vacaciones no se hubiera disfrutado, total o parcialmente, por haber coincidido con el permiso por paternidad, las vacaciones se podrán disfrutar durante los doce meses siguientes a la finalización del permiso, si no existiese tiempo suficiente para su disfrute dentro del periodo de vacaciones fijado; o bien se establece que las vacaciones se podrán disfrutar en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan⁹⁶. Se mejora así lo dispuesto en el artículo 50 del [TREBEP](#).
2. Alguna norma autonómica establece que el funcionario puede acudir a actividades formativas durante el permiso por paternidad o se otorga preferencia, durante uno o dos años, en la adjudicación de plazas para participar en las actividades formativas relacionadas con las funciones o tareas de su puesto de trabajo a quienes se hayan incorporado procedentes de un permiso por paternidad⁹⁷. Teniendo en cuenta la trascendencia que la formación tiene en el desarrollo de la carrera profesional, este tipo de medidas resulta interesante, sobre todo por el hecho de que tal medida se recoge también para el permiso por maternidad, por lo que se equiparan ambas situaciones, dentro de una lógica de corresponsabilidad.
3. En Cataluña y Castilla-La Mancha se contempla expresamente el caso de las familias monoparentales, estableciéndose, muy acertadamente, que el progenitor o progenitora de una familia monoparental, si tiene la guarda legal exclusiva del hijo, puede acumular el permiso por maternidad y por paternidad⁹⁸. En la misma línea, en Galicia se prevé que la madre puede acumular ambos permisos en varios supuestos: a) cuando el padre falleciese antes de la utilización íntegra de dicho permiso; b) si la filiación paterna no estuviese determinada; y, c) cuando en la resolución judicial dictada en el proceso de nulidad, separación o divorcio, iniciado antes de la utilización del permiso, se le reconociese a la madre la guarda del hijo. Y, así-

⁹⁶ Artículos 45.2 g) de la [Ley canaria 2/1987](#) y 71.1 de la [Ley 10/2010](#) de la Comunidad Valenciana. También, artículos 16 de la [Ley catalana 8/2006](#), 51 de la [Ley 13/2015](#) de Extremadura, 75 del [Decreto Legislativo 1/2008](#) de Galicia, 105.3 de la [Ley 4/2011](#) de Castilla-La Mancha, 60.4 de la [Ley 8/2011, 23 de marzo](#), de Igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura (DOE de 25 de marzo de 2011) y 43.5 de la [Ley 12/2010, 18 de noviembre](#), de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha (DOCM de 25 de noviembre de 2010).

⁹⁷ Artículos 93 de la [Ley 10/2010](#) de la Comunidad Valenciana, 93 del [Decreto Legislativo 2/2015, 12 de febrero](#), texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad (DOG de 17 de febrero de 2016) y 59.3 de la [Ley 8/2011](#) de Extremadura.

⁹⁸ Artículos 13.3 de la [Ley catalana 8/2006](#) y 104.4 de la [Ley 4/2011](#) de Castilla-La Mancha.

mismo, se reconoce ese disfrute acumulado cuando las personas progenitoras no estuviesen casadas ni unidas en pareja de hecho⁹⁹.

4. En algún caso se regula expresamente la situación de las parejas de hecho o matrimonios de mujeres, señalándose que, siendo una de ellas la madre biológica, la otra tiene derecho al permiso por paternidad¹⁰⁰. O bien, refiriéndose en general a los progenitores que tengan el mismo sexo se establece que el permiso lo disfrutará la persona a la que no le corresponda el permiso por maternidad¹⁰¹.
5. También es importante destacar que en Galicia se establece que cuando las pruebas de promoción interna comprendan la valoración de méritos de los candidatos, se establecerá a favor de los mismos, cuando estuvieran utilizando o hubieran utilizado, en los últimos años, el permiso por paternidad, una puntuación específica que se gradúa en función del tiempo utilizado en dicho permiso u otras medidas vinculadas con la conciliación de la vida laboral y familiar¹⁰².
6. También como medida innovadora cabe mencionar el hecho de que, en Castilla-La Mancha, los beneficiarios del permiso por paternidad tienen derecho, desde el primer día, a la percepción de un complemento equivalente a la diferencia entre la prestación a cargo del sistema de Seguridad Social y el 100% de la suma de los siguientes conceptos retributivos: sueldo, trienios, complemento de carrera, complemento de puesto de trabajo y complementos personales transitorios, en los casos que existan¹⁰³. Esto supone que el beneficiario del permiso por paternidad seguirá percibiendo la totalidad de su remuneración durante dicho permiso, lo que favorece especialmente a aquellos que perciben una remuneración superior a la base máxima de cotización. Obviamente, este complemento va a cargo de la correspondiente Administración autonómica y también se aplica en los supuestos de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y maternidad.
7. En fin, alguna norma autonómica recuerda que cualquier tipo de trato desfavorable relacionado con la paternidad constituye una discriminación directa por razón de sexo, vía artículo 14 de la CE¹⁰⁴.

En definitiva, puede afirmarse que la normativa autonómica es la más sensible y protectora actualmente en materia de paternidad en el país.

⁹⁹ Artículo 76 del [Decreto Legislativo 1/2008](#) de Galicia.

¹⁰⁰ Véase nota anterior.

¹⁰¹ Artículos 60.5 de la [Ley 8/2011](#) de Extremadura y 43.4 de la [Ley 12/2010](#) de Castilla-La Mancha.

¹⁰² Artículo 51 del [Decreto Legislativo 2/2015](#).

¹⁰³ Disposición adicional 7.ª de la [Ley 4/2011](#) de Castilla-La Mancha.

¹⁰⁴ Artículo 4.3 de la [Ley 8/2011](#) de Extremadura.

Por último, en el caso del personal funcionario de las entidades locales, tras una etapa de confusión, el artículo 92 de la **LBRL** señala, como ya hemos adelantado, que al mismo se le aplica el **TREBEP**.

4. LA PROTECCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL DEL PERMISO POR PATERNIDAD

4.1. SUPUESTO DE HECHO DE LA PRESTACIÓN Y BENEFICIARIOS

Al igual que ocurre con el permiso por maternidad y con el mismo objetivo –no imponer costes a los empleadores–, el permiso por paternidad se cubre por el sistema de Seguridad Social siempre que se cumplan ciertos requisitos, tal y como establecen los artículos **183 a 185 del TRLGSS** y 22 y siguientes del **Real Decreto 295/2009**. De este modo, a los efectos de la prestación por paternidad se consideran situaciones protegidas el nacimiento de un hijo, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento, de acuerdo con el **CC** o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulan, siempre que en este último caso su duración no sea inferior a un año, durante el periodo de suspensión que, por tales situaciones, se disfrute conforme a los artículos **48.7 del TRET** y 49 c) del **TREBEP** o la correspondiente normativa autonómica.

Sin embargo, no siempre que se disfrute del permiso por paternidad –al que siempre se tiene derecho– se tendrá derecho a percibir la correspondiente prestación económica, ya que esta exige estar en situación de alta o asimilada al alta¹⁰⁵ y acreditar un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio del permiso, o, alternativamente, trescientos sesenta días a lo largo de la vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha. Si se trata de un trabajador a tiempo parcial, el plazo de los siete años se incrementa en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada por el trabajador y la jornada habitual en la actividad correspondiente y exclusivamente en relación con los periodos en que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada inferior a la habitual¹⁰⁶.

Cabe destacar, no obstante, que el periodo de cotización exigido es bastante asequible (aunque coincide con el más elevado exigido en el marco de la maternidad), si bien no recibe el mismo trato que la prestación por maternidad, ya que en esta, dicho periodo depende de la edad que tenga el beneficiario en el momento del hecho causante¹⁰⁷. A nuestro entender, en esa línea de equiparar maternidad y paternidad que subyace en la propia regulación del permiso por paternidad

¹⁰⁵ Vid. AGUILERA IZQUIERDO, R. y GIL PLANA, J.: *Las prestaciones...*, ob. cit., págs. 117 y ss.

¹⁰⁶ Artículo 23.1 párrafo 2.º del **Real Decreto 295/2009**.

¹⁰⁷ **Artículo 178 del TRLGSS**.

pero que no se cumple del todo, también debería haberse tenido presente el factor de la edad en el marco de la prestación por paternidad.

Respecto a los beneficiarios también cabe señalar que, al margen de cumplir esos requisitos, el elemento determinante es que tengan derecho al correspondiente permiso en los términos regulados por el TRET o la normativa funcionarial; términos analizados en los apartados anteriores y a los que nos remitimos. Por tanto, los beneficiarios son tanto los trabajadores –ya presten servicios en el sector privado o en el sector público– como los funcionarios públicos incorporados en el régimen general de la Seguridad Social.

Asimismo, en las situaciones de pluriactividad puede percibirse la prestación por paternidad en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social en el que se reúnan los requisitos exigidos y, además, de forma simultánea, sucesiva o separada en el tiempo. Si el beneficiario acredita las condiciones para acceder a la prestación solo en uno de los regímenes, se reconoce una única prestación computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen. Si en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos para acceder a la prestación, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan, y se causará la prestación en el régimen en el que se acrediten más días de cotización. En caso de pluriempleo, el beneficiario puede causar la prestación en cada empleo, si disfruta de la suspensión del contrato, y a efectos de la base reguladora se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo aplicable el tope máximo establecido a efectos de cotización¹⁰⁸.

Por otra parte, como supuesto particular, cabe tener presente que si el empresario no ha dado de alta en la Seguridad Social al beneficiario, se aplicará lo dispuesto en los artículos 167.2 del TRLGSS y 94 de la Ley de Seguridad Social de 1966 y, en consecuencia, el empresario será el único responsable del pago de la prestación, sin obligación de anticipo por parte del INSS. Por el contrario, si el beneficiario sí está dado de alta pero el empresario ha incumplido la obligación de cotización, este solo será responsable del pago de la prestación cuando dicho incumplimiento hubiera impedido alcanzar al trabajador el periodo mínimo de cotización antes mencionado.

En fin, según los tribunales, se tiene derecho a la prestación por paternidad tras una situación de incapacidad temporal¹⁰⁹, mientras que un trabajador fijo discontinuo no puede disfrutar del permiso por paternidad si cuando se produce el supuesto de hecho aún no se ha reincorporado a su actividad laboral¹¹⁰.

¹⁰⁸ Artículo 23.4 del Real Decreto 295/2009.

¹⁰⁹ STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de diciembre de 2009 (rec. núm. 611/2009).

¹¹⁰ STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2013 (rec. núm. 6517/2012).

4.2. CUANTÍA, DURACIÓN Y VICISITUDES DE LA PRESTACIÓN

La prestación por paternidad –igual que la de maternidad– consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (por tanto, se toma la base de cotización por contingencias comunes), utilizándose como referencia la fecha de inicio del permiso por paternidad. Si se disfruta el permiso a tiempo parcial, la base reguladora de la prestación se reduce en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada de trabajo. En todo caso, la prestación puede reconocerse por el INSS mediante una resolución provisional teniendo en cuenta la última base de cotización por contingencias comunes que conste en las bases de datos corporativas del sistema de Seguridad Social, en tanto no esté incorporada a las mismas la base de cotización correspondiente al mes inmediatamente anterior al del inicio del permiso por paternidad. Si posteriormente se comprueba que la base tenida en cuenta provisionalmente y la definitiva son diferentes, se recalcula la prestación y se emite una resolución definitiva. Si la base no ha variado, la resolución provisional se convierte en definitiva.

En fin, en el caso de trabajadores a tiempo parcial, la base reguladora diaria de la prestación es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio del permiso, entre trescientos sesenta y cinco. De ser menor la antigüedad, la base reguladora de la prestación es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que estas correspondan. Y en el supuesto del contrato para la formación y el aprendizaje la base reguladora es equivalente a la base mínima de cotización del régimen general de la Seguridad Social.

Por otra parte, cabe tener presente que durante la percepción de la prestación se mantiene la obligación de cotizar a la Seguridad Social, adaptándose dicha cotización en el supuesto de que se disfrute del permiso por paternidad a tiempo parcial¹¹¹. Cotización que, lógicamente, cuenta a efectos de las prestaciones.

La duración de la prestación por paternidad es la misma que la del correspondiente permiso, si bien cabe tener presente que, como ya señalamos, si vía negociación colectiva se ha ampliado la duración del permiso por paternidad, la prestación solo alcanza el tiempo previsto legalmente, yendo el resto a cargo exclusivo de la empresa o Administración. Asimismo, en el caso del [artículo 48.7 del TRET](#), si el previo permiso por nacimiento se ha ampliado vía convenio colectivo, el permiso por paternidad y la correspondiente prestación por paternidad se iniciará una vez finalizada dicha ampliación, sin que el INSS pueda denegar la prestación amparándose precisamente en que se ha superado la duración del permiso por nacimiento prevista legalmente.

Esta prestación puede ser denegada, anulada o suspendida por las mismas causas que la prestación por maternidad, esto es, cuando el beneficiario ha actuado fraudulentamente para ob-

¹¹¹ Artículos 13.2 y 68 del [Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre](#), Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

tenerla o conservarla, así como cuando trabaje por cuenta propia o ajena durante el periodo de permiso, salvo en los supuestos en que se disfrute del permiso por paternidad a tiempo parcial o en los casos de pluriactividad o pluriempleo. Y se extingue por el transcurso del plazo de duración, por la reincorporación voluntaria al trabajo, por causar su beneficiario derecho a una pensión de jubilación o de incapacidad permanente, o por fallecimiento.

Por último, cabe tener presente que si el contrato de trabajo se extingue durante el disfrute del permiso por paternidad, el beneficiario sigue percibiendo la prestación hasta su extinción, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, en su caso, la prestación por desempleo o, si procede, la prestación por incapacidad temporal. Asimismo, pueden darse otras situaciones particulares¹¹²:

- a) Si el beneficiario ha iniciado un proceso de incapacidad temporal antes del permiso por paternidad, la incapacidad temporal se mantiene hasta el inicio del permiso, y una vez finalizado este, si persiste la incapacidad temporal, se reanuda el cómputo interrumpido y el abono de la prestación por incapacidad temporal.
- b) Si el beneficiario se encuentra en una situación de prórroga de efectos de la incapacidad temporal, puede causar la prestación por paternidad, interrumpiéndose el cómputo de la prórroga, que se reanuda, si procede, una vez extinguida la prestación por paternidad.
- c) Durante el permiso por paternidad no puede accederse a la prestación por incapacidad temporal, salvo en un supuesto: cuando se disfrute el permiso a tiempo parcial puede percibirse simultáneamente la prestación por incapacidad temporal, por contingencias comunes o profesionales. La base reguladora se calcula sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial que se viniera compatibilizado con la prestación por paternidad. Si agotado el permiso por paternidad el beneficiario continúa en situación de incapacidad temporal, se mantiene la percepción de la prestación por incapacidad temporal en la cuantía que corresponda al régimen de jornada completa, si bien a efectos de duración y porcentaje se toma como referencia la fecha de la baja médica en el trabajo en régimen de jornada a tiempo parcial.
- d) Si la extinción del contrato se produce una vez iniciado el permiso por paternidad, se mantiene el percibo de la prestación hasta el término de tal situación. De igual modo si la extinción se produce durante el disfrute del permiso a tiempo parcial, a partir de ese momento la prestación se percibe en su totalidad. Una vez extinguida la prestación, si persiste una situación previa de incapacidad temporal, se reanuda el cómputo interrumpido y el abono de la prestación correspondiente.

¹¹² Artículos 284 del TRLGSS y 27 del Real Decreto 295/2009.

En cambio, si la extinción del contrato se produce antes del inicio del permiso por paternidad, se causa derecho a la prestación, interrumpiéndose la prestación por incapacidad temporal que se sustituirá desde el día de inicio del permiso por paternidad por la prestación por paternidad. También se causa derecho a la prestación por paternidad cuando entre la extinción de la incapacidad temporal por alta médica y el inicio de la situación de paternidad no haya solución de continuidad, bien por producirse el alta médica por incapacidad temporal y el inicio del permiso por paternidad el mismo día, bien por tener lugar este al día siguiente de aquella.

4.3. LA GESTIÓN DE LA PRESTACIÓN POR PATERNIDAD

La gestión corresponde directamente al INSS o al ISM en el caso del régimen especial de los trabajadores del mar y su pago se realiza directamente sin ningún tipo de colaboración por parte de las empresas o Administraciones públicas. La prestación se abona en un único pago y el procedimiento para su reconocimiento, que se inicia a instancia del beneficiario y precisa de la presentación de la correspondiente documentación (libro de familia, certificación de la empresa, etc.), se regula en el artículo 30 del [Real Decreto 295/2009](#)¹¹³.

5. LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO: ¿UNA MEDIDA NECESARIA?

También como un elemento común a los trabajadores del sector privado y del sector público cabe citar el hecho de que el permiso por paternidad, junto con otras medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, goza de una elevada protección en el marco del despido, tal y como disponen los artículos 53.4 y 55.5 del TRET (108.2 y 122.2 de la LRJS), al considerarse nulo el despido de un trabajador durante el periodo de suspensión del contrato por paternidad o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho periodo así como el despido de un trabajador después de haberse reintegrado al trabajo tras finalizar el permiso por paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento del hijo o menor. Y también será nulo el despido de un trabajador que haya solicitado el permiso por paternidad pero aún no lo esté disfrutando.

Tal y como han confirmado los tribunales¹¹⁴, en estos supuestos solo cabe la declaración de nulidad o de procedencia del despido, en este último supuesto cuando la empresa o Administración pública pruebe que el despido se fundamenta en motivos no relacionados con la paternidad; tratándose, además, de una nulidad automática, que no requiere, en consecuencia, la aportación de indicios, sino simplemente que se produzca y acredite alguna de las situaciones antes mencio-

¹¹³ Al respecto, AGUILERA IZQUIERDO, R. y GIL PLANA, J.: *Las prestaciones...*, ob. cit., págs. 128 y ss.

¹¹⁴ SSTSJ de Madrid de 27 de junio de 2011 (rec. núm. 1496/2011) y de Andalucía/Granada de 29 de septiembre de 2010 (rec. núm. 1760/2010).

nadas, invirtiéndose la carga de la prueba. Obviamente, los efectos de la declaración de nulidad del despido son la readmisión obligatoria en la empresa o administración y el pago de los correspondientes salarios de tramitación.

Podemos preguntarnos si es necesaria tanta protección de la paternidad actualmente, una vez ya casi han transcurrido diez años desde la entrada en vigor de la [LOIEMH](#), se ha avanzado socialmente en la corresponsabilidad y se admite claramente la necesidad de conciliar la vida laboral y familiar. Sin embargo, a nuestro entender, tal y como ya adelantamos, resulta preocupante que, aunque sean pocas las sentencias, se produzcan situaciones en las que la solicitud o el disfrute del permiso por paternidad tengan como consecuencia el despido de un trabajador. Es más, a nuestro entender y como ya hemos apuntado, parece haberse trasladado al ámbito de la paternidad la mala práctica empresarial consistente en la renovación contractual o el despido por motivos vinculados con la maternidad.

En este ámbito cabe citar casos en que se despide al trabajador cuando se reincorpora tras el disfrute del permiso por paternidad alegándose causas productivas que no se prueban¹¹⁵ o por causas disciplinarias reconociendo la empresa la improcedencia¹¹⁶. En cambio, no se declara la nulidad del despido cuando el trabajador no logra probar fehacientemente que presentó la solicitud del permiso por paternidad el mismo día en que fue despedido por causas objetivas¹¹⁷. Y los tribunales han reiterado que la protección de la nulidad no requiere que el permiso por paternidad esté vigente cuando se produce el despido¹¹⁸. Y, en fin, particularmente interesante es la [Sentencia del TSJ de Madrid de 11 de julio de 2014 \(rec. núm. 342/2014\)](#) donde un trabajador en situación de incapacidad temporal tiene un hijo –circunstancia conocida por la empresa– y al reincorporarse y antes de llegar a solicitar el permiso por paternidad es despedido disciplinariamente. El tribunal declara la nulidad del despido, no por la aplicación del [artículo 55.5 del TRET](#) ya que no había solicitado el permiso, sino por discriminación por circunstancias familiares, habiéndose vulnerado, en definitiva, el artículo 14 de la [CE](#); manifestándose al respecto que «se trata de un ejemplo ciertamente paradigmático de vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por las circunstancias familiares como forma de hacer realidad la conciliación de la vida familiar y laboral dentro del marco de igualdad efectiva de mujeres y hombres que proclama la Ley Orgánica 3/2007 [...] el cual tiene plena cabida en el artículo 14 de nuestra Carta Magna». Se recoge, pues, la doctrina presente en la [STC 26/2011](#), aunque esta no se refiera al permiso por paternidad.

En consecuencia, dado el panorama actual, consideramos muy conveniente que la protección recogida en los artículos [53.4](#) y [55.5 del TRET](#) se mantenga, así como la prevista en el [artículo](#)

¹¹⁵ SSTSJ de Madrid de 30 de marzo de 2015 (rec. núm. 886/2014) y de Andalucía/Granada de 29 de septiembre de 2010 (rec. núm. 1760/2010).

¹¹⁶ STSJ de Madrid de 16 de abril de 2010 (rec. núm. 320/2010).

¹¹⁷ STSJ de Madrid de 27 de junio de 2011 (rec. núm. 1496/2011).

¹¹⁸ Véase nota 120.

52 d), según la cual el tiempo del permiso por paternidad no computa como ausencia a los efectos del despido por causas objetivas allí establecido. Es más, esa protección debería extenderse al permiso por nacimiento de hijo regulado en el [artículo 37.3 b\) del TRET](#) –esta falta constituye, según la doctrina¹¹⁹, una vulneración del art. 16 de la [Directiva 2006/54/CE](#)–.

6. CONCLUSIONES: HACIA UN NUEVO MODELO DE PERMISO POR PATERNIDAD

Si hacemos un balance del permiso por paternidad, podríamos partir de que este ha alcanzado un elevado nivel de éxito, ya que se solicita en la práctica con frecuencia, está consolidado y no da lugar a demasiados problemas judiciales. Sin embargo, ese éxito no impide señalar que ha llegado el momento en que, a nuestro entender, es necesario dar un paso más allá, reformulando algunos de sus aspectos para que realmente cumpla su finalidad de fomento de la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos o menores.

Porque, ¿realmente cumple en la realidad con esa finalidad? A estos efectos, cabe señalar que «formalmente» cumple con dicho objetivo de fomentar la corresponsabilidad ya que, como sabemos, pretende que el padre u otro progenitor cuide de los hijos o menores, pero tal fin se enfrenta a tres importantes obstáculos: a) al factor social, que supone que, con carácter general, la propia sociedad sigue vinculando la labor de cuidado con las mujeres, viéndose el padre como una figura complementaria, que si bien se implica cada vez más, no es la figura prioritaria. Sigue estando mal visto que una madre solo disfrute del descanso obligatorio de seis semanas en caso de parto («abandona a su hijo, que la necesita») pero no lo está el que el padre no solicite el permiso por paternidad («tiene que trabajar»). Este factor social tiene un gran peso todavía y solo podrá revertirse realmente cuando, en el ámbito educativo y familiar, se logre cambiar la visión sobre los estereotipos, roles y funciones a desempeñar por los hombres y las mujeres; b) a un factor cultural empresarial que si bien, por suerte, no afecta a todas las empresas, sí impregna o subyace en ciertas prácticas empresariales y que se centra en considerar que la maternidad y, por vinculación, la paternidad son elementos «problemáticos» que representan un coste para la empresa y que, por tanto, deben verse como algo poco positivo o incluso negativo para la organización, y ello, a pesar de que parece probado que las empresas sensibles a la conciliación obtienen mejores resultados; y, c) y en un sentido más concreto, es difícil fomentar verdaderamente la corresponsabilidad cuando el permiso por paternidad solo tiene una duración de veintiocho días.

Partiendo de ello, la primera propuesta a realizar es la siguiente: para fomentar verdaderamente la corresponsabilidad, el permiso por paternidad debería ser intransferible y de la misma duración que el permiso por maternidad (dieciséis semanas o más), dejándose la máxima flexibi-

¹¹⁹ LOUSADA AROCHENA, J. F.: *Permiso...*, ob. cit., pág. 49.

lidad a los progenitores en cuanto a la forma de disfrutar de dichos permisos (de forma simultánea o sucesiva, a tiempo completo o a tiempo parcial, anticipada o no, intermitente dentro de un plazo temporal máximo), con el único límite –aplicable también a los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento– de que uno de ellos no podría acumular nunca ambos permisos. Con ello se fomentaría la corresponsabilidad y, a la vez, se ayudaría a dejar de focalizar en el ámbito laboral a la maternidad como una «cuestión femenina». El permiso por paternidad ampliado sería cubierto por el sistema de Seguridad Social (lo que supone, efectivamente, un incremento de costes que bien puede cubrirse con una mejora en la lucha contra el fraude, una revisión de pensiones como la viudedad para beneficiarias/os jóvenes, o la eliminación de políticas de bonificación de contratos a cargo de los ingresos del sistema de Seguridad Social...; no podemos olvidar que la conciliación de la vida laboral y familiar es un derecho constitucionalmente amparado). Sin embargo, somos conscientes de que persistiría el riesgo de que, siendo voluntario el permiso por paternidad, los beneficiarios no lo solicitaran. Es por ello, por lo que, como medida adicional a la ya apuntada, proponemos que, al menos, cuatro semanas del permiso por paternidad tuvieran carácter obligatorio.

Por otra parte, la equiparación del permiso por paternidad a la protección por maternidad implicaría cuatro consecuencias adicionales: 1) la desaparición del permiso por nacimiento de hijo regulado en el [artículo 37.3 b\) del TRET](#), al quedar absorbido; 2) la equiparación total de los requisitos para acceder a la correspondiente prestación del sistema de Seguridad Social, particularmente en cuanto al requisito de cotización y el acceso a la misma en caso de fallecimiento del otro progenitor. En otras palabras, la regulación de ambas prestaciones debería ser la misma a todos los efectos, circunstancia que, en estos momentos, no se da; 3) la desaparición del límite mínimo de jornada del 50% cuando se disfrute el permiso por paternidad a tiempo parcial, así como de la necesidad de acuerdo con la empresa; y, 4) la necesidad de reformular el permiso de lactancia, ampliando su plazo de referencia más allá de los primeros nueve meses de vida previstos actualmente, hasta los doce o dieciocho meses de edad.

A lo que cabe añadir que, en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento debería modificarse la normativa vigente para garantizar que ambos adoptantes o acogedores disfrutan por igual de los permisos, evitando acumulaciones en la madre que perpetúan los roles (debería fijarse, como ya hemos señalado, un disfrute compartido mínimo obligatorio). Y, en fin, también en esos supuestos debería incrementarse la edad de referencia para poder acceder tanto al permiso por maternidad como al permiso por paternidad hasta los ocho años de edad.

En segundo lugar, deberían regularse de forma expresa las situaciones a las que se enfrentan los nuevos modelos de familia, permitiendo la acumulación de los permisos por maternidad y paternidad en todos los supuestos de familias monoparentales, y reconociendo legalmente de forma expresa el derecho a acceder a los permisos por maternidad y paternidad en los casos de gestación por sustitución.

En tercer lugar, debería ampliarse la protección frente al despido en el marco de la paternidad –y la maternidad– previéndose la nulidad del mismo tras la reincorporación al trabajo

no solo hasta los nueve meses sino, al menos, hasta los doce meses de edad del menor. Como ya hemos señalado, la doctrina judicial en ambos temas parece aconsejar medidas de este tipo.

En cuarto lugar, no hay duda de que la negociación colectiva debería asumir un papel mucho más activo que el actual en esta materia, incorporando con mucha mayor frecuencia regulación sobre el permiso por paternidad, mejorando lo previsto legalmente y articulando la forma de disfrute del mismo (estableciendo que se tendrá derecho a disfrutar el permiso a tiempo parcial si así se solicita, estableciendo preferencias en materia de acceso a la formación, ayudas económicas o mejoras voluntarias, etc.).

En quinto lugar, en el marco de la función pública, al margen de la ampliación del permiso antes propuesta y su carácter parcialmente obligatorio, debería flexibilizarse la regulación recogida en el [TREBEP](#) en cuanto a la forma de disfrute del permiso, reconociéndose, asimismo, el derecho a disfrutar del mismo con posterioridad a las vacaciones si ambas situaciones coinciden en el tiempo. Asimismo, el [TREBEP](#) debería recoger algunas de las novedades –ciertamente favorables– presentes ya en algunas normas autonómicas, tal y como vimos páginas atrás.

Finalmente, cabe destacar que, al margen de las intervenciones legal y convencional en el marco laboral y funcionarial, y a pesar de que han transcurrido casi diez años desde la aprobación de la [LOIEMH](#), sigue siendo necesario (esencial) avanzar hacia un cambio cultural y social que nos lleve a una visión verdaderamente corresponsable de la maternidad y la paternidad, revalorizándose además la tarea de cuidado. Aquí la familia y la labor educativa son fundamentales.