

## EL PERMISO Y LA PRESTACIÓN POR PATERNIDAD EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD

**PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS**

*Profesora Titular de Derecho del  
Trabajo y de la Seguridad Social  
ETEA. Facultad de Empresariales.  
Universidad de Córdoba*

**AMPARO GARRIGUES GIMÉNEZ**

*Profesora Titular de Derecho del  
Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Jaime I de Castellón de la Plana*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Luis Enrique DE LA VILLA GIL, don Juan CALVENTE MENÉNDEZ, doña María Milagros CALVO IBARLUCEA, don Jesús MERCADER UGUINA, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don Antonio SEMPERE NAVARRO.

### **Extracto:**

SE trata de una de las grandes novedades introducidas por la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, que configura el permiso por paternidad como un nuevo derecho subjetivo del padre o del otro progenitor a suspender el contrato de trabajo con ocasión del nacimiento de un hijo biológico, el acogimiento o la adopción de un menor. Se trata de un derecho adicional e independiente y, en algunos supuestos, compatible con los períodos de descanso concedidos en caso de maternidad biológica, adopción o acogimiento (independiente del disfrute compartido por la madre y el padre de la suspensión por maternidad, adopción y acogimiento). La duración del permiso por paternidad es de trece días ininterrumpidos, ampliables en dos días más por cada hijo a partir del segundo en caso de parto, acogimiento o adopción múltiples. El derecho al permiso por paternidad podrá disfrutarse en coincidencia temporal con dichos períodos (descanso por maternidad, adopción o acogimiento) o bien una vez finalizados estos. Poco efecto conciliador y, por ende, escasa *vis* corresponsabilizadora cabría atribuir a dicha institución suspensiva si la misma no viniera acompañada, del mismo modo que en el caso de otras análogas (maternidad) de los necesarios mecanismos de procura económica destinados a proporcionar al beneficiario –en este caso, el padre trabajador– las necesarias rentas de sustitución que vengán a garantizar su estabilidad económica durante el período dedicado a la atención de sus obligaciones como progenitor.

**Palabras clave:** igualdad, maternidad, permiso, paternidad y prestación.

# Sumario

1. El permiso por paternidad en el contexto del Derecho de la Unión Europea.
2. El permiso por paternidad en el Derecho interno español: antecedentes y regulación en la Ley Orgánica de Igualdad.
  - 2.1. Consideraciones previas.
  - 2.2. Configuración del permiso por paternidad en la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres.
3. La prestación económica por paternidad en el sistema de la Seguridad Social.
  - 3.1. Introducción.
  - 3.2. La situación protegida.
  - 3.3. La condición de beneficiario.
  - 3.4. Cuantía de la prestación.
  - 3.5. La obligación de cotizar durante la situación protegida.
  - 3.6. La extinción del derecho a la prestación.
  - 3.7. Posibles interacciones entre la situación/prestación por paternidad y una eventual situación/prestación por incapacidad temporal. Concurrencia con la extinción de la relación laboral.
  - 3.8. La gestión de la prestación por paternidad.

## Bibliografía.

**NOTA:** Este trabajo ha sido subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia (#SEJ2004-02755/PSIC) y Bancaixa (#04I301).

## 1. EL PERMISO POR PATERNIDAD EN EL CONTEXTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Sin la participación del padre en el cuidado de los hijos no puede haber un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, lo que –obviamente– dificulta el acceso y, sobre todo, la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo. En la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales de la Unión Europea, reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio del 2000 <sup>1</sup>, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, se alienta a los Estados miembros a evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los trabajadores varones un derecho individual e intransferible al disfrute de un permiso de paternidad, durante el que se mantengan sus derechos laborales. En esta norma, por primera vez, quedará caracterizado el permiso por paternidad como figura diferenciada del permiso por maternidad y, también, del permiso parental, como un derecho exclusivo del padre a ausentarse con mantenimiento de sus derechos, incluida la retribución, con motivo del nacimiento del hijo <sup>2</sup>.

Posteriormente, la Directiva 2002/73/CE <sup>3</sup> da nueva redacción al artículo 2.7 de la Directiva 76/207/CEE, señalándose que su contenido no afectará a la potestad de los Estados miembros de reconocer un derecho específico al permiso por paternidad. Los Estados miembros que reconozcan

<sup>1</sup> DOCE de 31 de julio de 2000.

<sup>2</sup> Para lograr este objetivo, en la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio de 2000 (DOCE de 31 de julio de 2000), se alienta a los Estados miembros a recopilar y publicar regularmente informes cuantitativos de la participación de las mujeres y los hombres en la vida familiar, así como de la utilización por parte de las mujeres y los hombres del permiso de maternidad, **paternidad** y parental; incluidos los respectivos efectos en la situación de las mujeres y los hombres en el mercado de trabajo, para tener un conocimiento preciso de la situación en la práctica y favorecer la sensibilización de la opinión pública en la materia.

<sup>3</sup> Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DOCE de 5 de octubre de 2002), que modifica la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo.

este derecho tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores del despido motivado por su ejercicio y garantizarán que, al término de dicho permiso, los trabajadores puedan reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente en condiciones que no les resulten menos favorables, así como beneficiarse de cualquier mejora de trabajo que les hubiera podido corresponder durante su ausencia. Por tanto, otorga una protección a los trabajadores que disfruten de un permiso por paternidad similar a la prevista para las trabajadoras respecto del permiso por maternidad <sup>4</sup>. Más recientemente, la Directiva 2006/54 <sup>5</sup>, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 <sup>6</sup>, regula el permiso por paternidad en términos prácticamente idénticos a los establecidos en la Directiva 2002/73, que inciden en configurar –con los contornos ya descritos– el alcance de esta figura <sup>7</sup>. Del contenido de su regulación han de deducirse varios elementos básicos:

- Primero. El Derecho comunitario no exige el reconocimiento de un permiso por paternidad a los Estados miembros, pero sí admite la posibilidad de reconocerlo, siempre ajustándose a las reglas contenidas en las Directivas 2002/73 y 2006/54, que detallaremos a continuación. La regulación del permiso por paternidad no es, por tanto, una obligación de los Estados miembros.
- Segundo. El Derecho comunitario caracteriza el permiso por paternidad como un derecho específico, distinto del permiso por maternidad y del parental, exclusivo del padre.
- Tercero. El Derecho comunitario no establece, en momento alguno, una duración mínima para el permiso por paternidad en caso de ser reconocido por los Estados miembros, a diferencia de lo que sucede con el permiso de maternidad o con el parental.
- Cuarto. El Derecho comunitario reconoce garantías específicas para la eficacia del permiso por paternidad, similares a las del permiso por maternidad. Durante su ejercicio el trabajador no podrá ser despedido, ni tampoco en el momento de su reincorporación (ni en el período posterior a la misma); a la vez, se le mantendrán los derechos inherentes al contrato de trabajo durante su transcurso, incluida la retribución, así como el beneficio de una prestación adecuada.

Asimismo, hay que añadir, para concluir la caracterización del permiso por paternidad en el Derecho comunitario, que su regulación en las dos Directivas, tanto la 2002/73 como la 2006/54, se efectúa en términos idénticos a los establecidos para el permiso por adopción, abordándose, incluso,

<sup>4</sup> DE MIGUEL DE LA CALLE, P.: «Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Acceso al empleo, a la promoción y a la formación profesionales. La modificación de la Directiva 76/207/CE, del Consejo, por la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo», *RMTAS*, n.º 146, 2006, págs. 145 y 146.

<sup>5</sup> DOCE de 26 de julio de 2006.

<sup>6</sup> Relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

<sup>7</sup> Así pues, en su artículo 16 de la Directiva 2006/54: «Permiso de paternidad y adopción: Los Estados miembros que reconozcan estos derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia».

ambos permisos en un precepto conjunto (art. 16), bajo la rúbrica «permiso de paternidad y adopción»; por consiguiente, su configuración en el Derecho comunitario guarda una absoluta identidad con el permiso por adopción, mayor, por tanto, que con el permiso por maternidad, circunstancia que, necesariamente, ha quedado reflejada en su incorporación a nuestro Derecho interno a través de *la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres* (en adelante, LOI) <sup>8</sup>, reconociéndose el derecho a este nuevo permiso por paternidad en el, asimismo nuevo, artículo 48 bis del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, TRET) <sup>9</sup>. Al respecto, y como se verá a lo largo del presente trabajo, podemos anticipar que las exigencias mínimas de transposición para los Estados miembros relativas al permiso por paternidad, *ut supra* analizadas, han quedado holgadamente superadas por la LOI; que, a través de esta norma, el legislador da sobrado cumplimiento a las garantías para su ejercicio establecidas en la referida normativa comunitaria; a saber, resumidamente, mediante la presunción de nulidad del despido y la extinción por causas objetivas durante su transcurso, existente ya en la Ley 39/1999 para el permiso por maternidad y adopción, que alcanzará también en la LOI al permiso por paternidad; ampliando, también, la extensión temporal de dicha garantía al momento de la reincorporación tras su disfrute, siempre que no hayan transcurrido más de nueve meses desde el nacimiento del hijo, adopción o acogimiento del menor. A su vez, también como novedad, la LOI incorpora una previsión para que quien disfrute del permiso por paternidad se beneficie de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que haya podido tener derecho durante su transcurso.

En el Informe de la Comisión de 28 de mayo de 2002 <sup>10</sup> relativo a los progresos realizados en materia de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres en la Unión Europea en el 2001, entre los avances a destacar en los Estados miembros en materia de conciliación de vida laboral y familiar, se ha introducido la referencia al permiso por paternidad en Grecia (permiso remunerado para los padres tras el nacimiento del hijo) mediante un convenio colectivo nacional; en Francia, Finlandia y el Reino Unido también se propuso la adopción de acciones normativas al respecto.

## 2. EL PERMISO POR PATERNIDAD EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL: ANTECEDENTES Y REGULACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD

### 2.1. Consideraciones previas.

En España todavía es muy escaso el número de varones, padres trabajadores, que hacen uso de los derechos que les han sido reconocidos por las normas, desde 1989, para el ejercicio

<sup>8</sup> Ley 3/2007, de 22 de marzo (BOE del 23).

<sup>9</sup> Nuevo artículo 48 bis del TRET redactado conforme a la disposición adicional undécima de la Ley 3/2007, de 22 de marzo (BOE del 23): «Suspensión del contrato de trabajo por paternidad. En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1 d) de esta Ley, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad regulados en el artículo 48.4 ...».

<sup>10</sup> Informe COM (2002) 258, de 28 de mayo (LCEur 2002/1393).

de sus responsabilidades familiares. En realidad, hasta el momento presente, y por lo que respecta al permiso por maternidad, su disfrute ha correspondido, casi de manera exclusiva, a la madre, como lo demuestra el hecho de que, en el año 2003, de los 239.858 permisos por maternidad disfrutados a nivel nacional, 236.162 correspondieron a mujeres (98,46%), porcentaje que se ha ido manteniendo casi inalterable a lo largo de los años sucesivos (en el año 2004, el 98,37%; en el año 2005, el 96,24%).

La configuración dada al permiso por maternidad ha condicionado de manera drástica la participación del padre en el cuidado del hijo recién nacido, ya que su participación queda supe-  
ditada a una decisión materna favorable al respecto y, además, al cumplimiento por parte de la madre de unos requisitos que permitan la transmisión al padre del derecho al disfrute. Debido a ello, en numerosas ocasiones, el padre ha quedado excluido del disfrute del derecho aunque inicialmente, ambos, padre y madre, estuvieran de acuerdo en compartir su disfrute. La necesidad de que la madre trabaje y cumpla determinados requisitos para disfrutar del descanso y acceder a la prestación por maternidad, y así poderle transmitir estos derechos al padre, si ese es el deseo de ambos progenitores, generó —a raíz de la reforma de 1989, y sobre todo, a partir de la Ley 39/1999— un buen número de resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo <sup>11</sup> sobre la delimitación del ámbito subjetivo de la protección por maternidad.

La mayoría de las sentencias recaídas a partir del año 2000 sobre esta materia versan sobre la exclusión del padre del disfrute de la prestación por maternidad por diferentes razones, todas ellas atinentes a la falta de cumplimiento de los requisitos de acceso por parte de la madre, cuando la madre está desempleada, tiene una profesión liberal (psicóloga, abogada en ejercicio) o es autónoma, aunque el padre sea trabajador por cuenta ajena y cumpla por separado los requisitos para el disfrute del permiso y la correspondiente prestación <sup>12</sup>. En muchos de estos pronunciamientos, los Tribunales se hacían eco del posible trato discriminatorio de los hijos naturales frente a los adoptivos pues, cuando se trataba de permiso por adopción, el padre sí podía percibir la prestación de maternidad, si cumplía

<sup>11</sup> Tal ha servido para denegar el disfrute del permiso y el acceso a la prestación por el padre —trabajador por cuenta ajena— en los supuestos de madre trabajadora por cuenta propia afiliada al RETA [STSJ Andalucía/Granada (Social), de 18 diciembre 2000 (AS 2001, 970); en el mismo sentido, STSJ Galicia (Social), de 19 junio 1999 (AS 1999, 1971), STSJ Murcia (Social), de 30 septiembre 2002 (AS 2002, 3004) y STSJ Madrid (Social), de 26 febrero 2003 (AS 2003, 3015)] o Procuradora de los Tribunales [STSJ Castilla-La Mancha (Social), de 9 noviembre 1998 (AS 1998, 4250)]. No obstante, y hasta tiempos recientes, no ha sido esta una cuestión pacífica, puesto que se han dado algunas sentencias de los TTSSJJ que, razonando en sentido opuesto, abogaban por una interpretación amplia del artículo 48.4 del ET, y en las que cupo el reconocimiento del derecho al disfrute paterno de la prestación cuando la madre fuera abogada ejerciente adscrita a la Mutualidad General de la Abogacía [SSTSJ País Vasco (Social), de 9 febrero 1999 (AS 1999, 563), y de 16 noviembre 1999 (AS 1999, 4432)], o Registradora de la Propiedad [STSJ Navarra (Social), de 29 febrero 2000 (AS 2000, 178)].

En cualquier caso, la cuestión queda zanjada por las SSTS (Social) —recaídas ambas en RCU—, de 20 noviembre 2001 (RJ 2002, 360), y de 28 diciembre 2000 (RJ 2001, 1882), según la cual:

«A) De la redacción del artículo 48.4 del ET (dictado en desarrollo del art. 39.1 de la Constitución Española, a cuyo tenor los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia) se desprende que la titular del derecho que nos ocupa es la madre, pero queda facultada para transferir el disfrute parcial de ese derecho al padre. B) Solamente quien es titular de ese derecho puede cederlo, de tal suerte que para que el padre, por más que esté afiliado a la Seguridad Social, pueda disfrutarlo, es preciso que la madre se lo ceda.»

<sup>12</sup> El otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo siguiente.

los requisitos exigidos por la Ley aunque la madre no los cumpliera. No obstante, los Tribunales sostuvieron el criterio de que el permiso por maternidad biológica responde a la especial condición biológica de la mujer después del parto, y a las particulares relaciones que se establecen entre ella y su hijo durante el período que sigue a dicho acontecimiento <sup>13</sup>.

En este momento, hemos de dejar apuntado que estas concretas dificultades de acceso del padre al permiso por maternidad biológica han encontrado respuesta puntual y reciente en la LOI, mediante la modificación operada en el artículo 48.4 del TRET por la que, en caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional, podrá el padre suspender su actividad por la totalidad de las 16 semanas –o, en su caso, más– que corresponden a la madre <sup>14</sup>.

Asimismo, desde la reforma de 1989, la Doctrina científica, en numerosas ocasiones, ha venido evidenciando la falta de una referencia normativa, en su caso, a la paternidad como causa de suspensión del contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 48.4 del TRET <sup>15</sup>. Ya que dicha carencia de un permiso paterno, autónomo e independiente, había hecho imposible la participación del padre en el cuidado del hijo recién nacido, incluso cuando la madre falleciese –cuando esta no era «trabajadora», al no poderle transmitir el derecho al padre–, a pesar de cumplir este los requisitos exigidos. Esta concreta situación fue primeramente solventada por vía administrativa <sup>16</sup>, hallando, después, respuesta normativa en el nuevo artículo 48.4 del TRET, en su redacción dada por la LOI <sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Por todas, STSJ del País Vasco de 13 de octubre de 2004 (AS 2004/3583).

<sup>14</sup> Nuevo artículo 48.4 del TRET: «En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulan dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo siguiente». Lo que permitirá que el padre trabajador disfrute del permiso por maternidad completo en caso de que la madre trabajase pero no tuviese derecho a él y posteriormente disfrute también del permiso por paternidad.

<sup>15</sup> Por todos, así lo destacó en su momento después de la reforma de 1989, SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 3/1989 sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota Crítica», *Relaciones Laborales*, n.º 13, 1989, pág. 80.

<sup>16</sup> La Secretaría de Estado de la Seguridad Social, mediante resolución de fecha 21 de abril de 2004, ha resuelto que, en caso de fallecimiento de la madre durante el parto o en momento posterior, con independencia de que la misma se encontrara o no incluida en el ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social, el padre podrá acceder a la prestación económica por maternidad (arts. 133 bis y ss., del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social –en lo sucesivo, TRLGSS–), durante la totalidad del período reglamentario o de la parte de este que reste, en su caso, hasta completar dicho período computado desde la fecha del parto, siempre que el trabajador acredite, por sí mismo, los requisitos exigidos por la normativa.

Se clarifica, así, de manera definitiva (desde la nada desdeñable –tanto para los administrados, como para el operador jurídico– perspectiva de la práctica administrativa), y en sentido afirmativo, la cuestión del acceso al permiso y a la prestación por maternidad, en los supuestos de maternidad biológica o natural, por parte del padre trabajador, dado el fallecimiento –concomitante al parto o puerperal– de la madre, acceso que se había evidenciado especialmente conflictivo cuando la fallecida careciera, precisamente, de la condición de trabajadora que le hubiera permitido, a ella, disfrutar (*ex* arts. 48.4 del TRET y 133 bis del TRLGSS) de los correspondientes permiso y prestación económica.

<sup>17</sup> Nuevo artículo 48.4 del TRET: «En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que esta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto».

Además de la necesidad de resolver, en el plano legal, deficiencias como las descritas, que dejaban injustificadamente desprotegido al hijo recién nacido, la paternidad exigía un espacio propio en que el padre trabajador fuera protagonista de la asunción de las responsabilidades familiares y que, con el paso del tiempo, favoreciese su progresiva implicación y corresponsabilización en el cuidado del hijo.

En tal andadura, el Congreso de los Diputados aprobó –en fecha 6 de marzo de 2001– una Proposición no de Ley (presentada por el Grupo Parlamentario Socialista) en la que se establecía la obligación de llevar a cabo un estudio sobre la instauración de un permiso por paternidad (en la iniciativa se hablaba, más rotundamente, de la *necesidad* de implantarlo). En la misma línea, en diciembre de 2005, en el marco del Acuerdo de la Mesa General de Negociación por el que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos (*Plan Concilia*), tanto la Administración como los sindicatos firmantes convinieron la concesión de 10 días de permiso por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, a disfrutar por el padre a partir de la fecha de nacimiento o de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción<sup>18</sup>.

Posteriormente, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña, se aprobó en la *Ley 18/2003, de 4 de julio, de Apoyo a las Familias* –DO de 16 de julio de 2003–, en cuyo artículo 23, entre las medidas de conciliación de vida laboral y familiar establece, para el personal al servicio de las Administraciones públicas catalanas, la introducción de *un permiso de paternidad, de cuatro semanas como mínimo, como derecho individual del padre, sin que este período se reste de las 16 semanas de descanso a que tiene derecho la madre*. Asimismo, también en el ámbito de las actuaciones legislativas de carácter autonómico, dentro del marco de la *Ley Gallega 7/2004, de 16 de julio, para la Igualdad de mujeres y hombres*, se reconoce un permiso por paternidad en el ámbito de la Administración pública gallega: un permiso retribuido a favor de los progenitores varones empleados a su servicio, sea cual sea la situación laboral de la madre, con una duración de ocho días naturales o diez si el parto es múltiple<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> De otra parte, sí cabe destacar cómo, en el ámbito de la negociación colectiva, puede hallarse ya algún ejemplo de sensibilización de los agentes sociales ante el posible reconocimiento (y promoción), siquiera por vía negociada, de un a modo de «permiso por paternidad»; así, el artículo 27 del Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración del Principado de Asturias aprobado por Resolución de 22 de octubre de 2002 (BOPA de 16 de noviembre de 2002) establece que:

«En el caso del personal masculino de la Administración del Principado de Asturias, siempre que solicitaran, al menos, el disfrute de un período de quince días de la baja de maternidad, la Administración del Principado de Asturias les otorgará el derecho a una semana de permiso retribuido que se añadirá al período solicitado a la Seguridad Social por el padre, y que deberá ser disfrutado con el anterior de modo ininterrumpido. Si el permiso solicitado fuese superior a un mes natural, la Administración del Principado de Asturias otorgará dos semanas. Si la licencia por maternidad/paternidad se compartiese al 50 por 100 entre la madre y el padre, el número de semanas que se otorgarían por parte de la Administración del Principado de Asturias sería de tres. En el caso del personal femenino de la Administración del Principado de Asturias, tendría el derecho a similares períodos de permiso y en las mismas condiciones, siempre que cediera una parte de la licencia por maternidad a favor del padre. En el caso de que ambas personas progenitoras trabajasen en la Administración Autónoma, solo una de ellas podrá solicitar y disfrutar los permisos aquí recogidos. Los permisos recogidos en este apartado D) serán aplicables a los supuestos de adopción y acogimiento. La incorporación al trabajo deberá producirse cuando concluya el período fijado para la suspensión.»

<sup>19</sup> Un buen número de leyes autonómicas de Igualdad omiten cualquier mención respecto a la regulación del permiso por paternidad, entre ellas, la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres de Castilla y León; o la Ley 12/2006, de las Islas Baleares, sobre normas reguladoras para la Mujer.



Finalmente, en el ámbito de las iniciativas legislativas de carácter estatal, primero el anteproyecto de la LOI (marzo de 2006) y, luego, el Proyecto (PLOI) de junio de 2006 recogían un permiso por paternidad específico, distinto del de maternidad y adopción; autónomo e independiente, no supeditado a la opción materna a favor de su disfrute, ni tampoco al cumplimiento de requisito alguno por parte de la madre, con una duración de 8 días, que fue ampliada a 13 días en la versión del PLOI remitida al Senado el 29 de diciembre de 2006. Un permiso, en definitiva, a través del cual se da cumplimiento, con la posterior aprobación de la *Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres*, a las exigencias del Derecho comunitario *ut supra* comentadas <sup>20</sup>.

A la vez que se tramitaba el PLOI en el Congreso de los Diputados, la *Ley 8/2006*, lo hacía en el Parlamento de Cataluña y que contiene las medidas de conciliación de vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones públicas de Cataluña concede, en su artículo 13, al progenitor –o progenitora <sup>21</sup>– un permiso por paternidad <sup>22</sup> de cuatro semanas distinto del de maternidad.

## 2.2. Configuración del permiso por paternidad en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres.

El permiso por paternidad en la LOI queda caracterizado como una nueva figura suspensiva (existe otra novedad suspensiva también, el riesgo durante la lactancia natural), mediante su inclusión en la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del TRET, que queda redactado en los siguientes términos: «... d) Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, ...». Su regulación, contenida en un nuevo artículo 48 bis, titulado «Suspensión del contrato de trabajo por paternidad», configura el permiso por paternidad como un nuevo derecho subjetivo del padre o del otro progenitor a suspender el contrato de trabajo con ocasión

<sup>20</sup> ENMIENDAS:

*Congreso de los Diputados*: Núm. 302 (Grupo Parlamentario Popular); Núm. 365 (Grupo Parlamentario Izquierda Republicana); Núm. 485 (Grupo Parlamentario Socialista); Núm. 80 (Grupo Mixto); Núm. 161-162 (Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds); Núm. 415-417 (Grupo Parlamentario Catalán); Núm. 158 (Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds); Núm. 202 (Grupo Mixto).

*Senado*: Núm. 202 (Grupo Parlamentario Socialista).

<sup>21</sup> Sobre el alcance del término «progenitora», se detallará *infra* en páginas posteriores, por su íntima vinculación –semántica y exegética– con el término «otro progenitor» al que alude la LOI.

<sup>22</sup> *Ley 8/2006*, de 5 de julio, del Parlamento de Cataluña. Artículo 13 (en la redacción dada por la disp. adic. 3.ª de la *Ley 5/2007*, de 4 de julio –en vigor el 7 de julio de 2007–):

«1. El progenitor o progenitora, sin perjuicio del derecho al permiso por maternidad, tiene derecho a un permiso de paternidad de cuatro semanas consecutivas.

2. El progenitor o progenitora puede disfrutar de este permiso durante el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento del hijo o hija, desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogida, y hasta que finalice el permiso por maternidad, o también inmediatamente después de dicho permiso.

3. El progenitor o progenitora de una familia monoparental, si tiene la guarda legal exclusiva del hijo o hija, también puede disfrutar del permiso de paternidad a continuación del de maternidad.»

del nacimiento de un hijo biológico, el acogimiento o la adopción de un menor. Se trata de un derecho adicional e independiente y, en algunos supuestos, compatible con los períodos de descanso concedidos *ex* artículo 48.4 del TRET en caso de maternidad biológica, adopción o acogimiento («... independiente del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad regulados en el art. 48.4...»). La duración del permiso por paternidad es de trece días ininterrumpidos, ampliables en dos días más por cada hijo a partir del segundo en caso de parto, acogimiento o adopción múltiples. El derecho al permiso por paternidad podrá disfrutarse en coincidencia temporal con dichos períodos (descanso por maternidad, adopción o acogimiento) o bien una vez finalizados estos. Como ya se ha señalado, este nuevo permiso se encuentra más próximo en su caracterización al permiso en caso de adopción o acogimiento que al supuesto de la maternidad biológica: en efecto, al estar desprovisto de toda connotación fisiológica, relativa al cuidado de la salud de los sujetos beneficiarios. No en vano, en el Derecho comunitario más reciente, en concreto, en la Directiva 2006/54, el permiso por paternidad se regula conjuntamente en un mismo precepto –y en términos idénticos– con el permiso por adopción.

El reconocimiento de este nuevo permiso por paternidad supone la posibilidad de ampliación *de facto* del período de tiempo del que dispone la familia para atender las necesidades generadas por la llegada de un nuevo hijo. Y ello, con la intención, una vez más, de promover que las responsabilidades generadas por tal motivo sean asumidas, al menos en alguna parte, por ambos progenitores, sin –necesariamente– minorar el tiempo de descanso que corresponda a la madre y dando al padre mayor protagonismo en el cuidado de los hijos que el que, hasta ahora, ha venido atribuyéndosele. Con este nuevo instrumento se permite, además, que la madre pueda retomar, si ese es su deseo, sus responsabilidades profesionales, evitando con ello los posibles perjuicios profesionales sin desatender el cuidado del hijo; que quedaría, aunque por un lapso de tiempo corto, a cargo del padre.

Diversas son, por tanto, las finalidades perseguidas con el reconocimiento de un permiso por paternidad en la LOI, entre las que cabría mencionar:

- Intensificar el catálogo de medidas de conciliación.
- Compensar las trabas, al menos en el plano legal, a la participación del padre en el cuidado de los hijos, derivadas de la configuración del permiso por maternidad biológica.
- Aumentar el protagonismo del padre en el cuidado de los hijos desde su llegada a la familia.
- Ampliar el abanico de posibilidades de reparto entre ambos progenitores de los derechos reconocidos para el cuidado de los hijos recién nacidos, adoptados o acogidos.
- Flexibilizar el disfrute de los derechos, acomodándolo a las necesidades y características de cada familia.
- Repartir, entre hombres y mujeres, el riesgo de perjuicio profesional derivado de la asunción de las responsabilidades familiares.
- Abrir una vía para dar cabida a las nuevas realidades familiares en el disfrute de los derechos de conciliación de vida profesional y familiar.

### 2.2.1. La titularidad del permiso por paternidad.

Conforme a lo establecido en la LOI, podrá ser titular de este derecho, no solamente el padre (biológico, adoptivo<sup>23</sup> o acogedor) sino también el «otro progenitor»<sup>24</sup>. La LOI abre, así, la posibilidad de disfrute del permiso por paternidad a las *nuevas realidades familiares que surgen como consecuencia de la existencia de uniones entre parejas del mismo sexo y el reconocimiento de sus derechos*<sup>25</sup>. En el texto del PLOI aprobado por el Congreso, y remitido al Senado el 29 de diciembre de 2006, aparece por primera vez la posibilidad de que el permiso por paternidad pueda disfrutarse no solamente por el padre sino, también, por «el otro progenitor», al prosperar la enmienda n.º 485 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. Dicha enmienda introdujo una única modificación en la redacción dada al artículo 48 bis del TRET, respecto a la versión del PLOI de junio de 2006. Esta modificación en la redacción consistiría en la sustitución del término «padre» por el de «otro progenitor», en referencia a otras personas, eventuales beneficiarias del permiso por paternidad y que, por alguna razón, no pueden quedar subsumidas en el concepto legal «padre» antedicho –que, por ello, resultaría restrictivo–. Conforme a la justificación técnica dada por el Grupo Socialista, tanto a la enmienda n.º 485, como a la n.º 484 para el caso del permiso por maternidad (de idéntico fundamento), el objetivo que se persigue es «dar cabida en la regulación del descanso a las nuevas realidades que surgen como consecuencia de la existencia de uniones entre parejas del mismo sexo y el reconocimiento de sus derechos, entre los que se encuentra el de ser parte en el proceso de adopción. Por este motivo, insistimos, la enmienda 485, específica para el permiso por paternidad, sustituye la alusión exclusiva al padre por la más adecuada de "padre o el otro progenitor"»<sup>26</sup>. La expresión «progenitor», empleada aquí por el proyecto normativo, alberga –pues– un claro propósito expansivo del potencial universo de sujetos beneficiarios del disfrute de esta nueva figura del permiso por paternidad, en el marco de esos nuevos modelos de realidad familiar. En este mismo sentido, como ya se ha señalado *supra*, la *Ley catalana 8/2006, de 5 de julio*, aprobada de modo simultáneo a la tramitación del PLOI (de junio) en el Congreso, en su artículo 13 –sobre el permiso por paternidad– utiliza también (para designar a quienes pueden disfrutar de este derecho) las expresiones «el progenitor o progenitora (sin perjuicio del derecho al permiso por maternidad, tiene derecho a un permiso de paternidad de cuatro semanas consecutivas)». No obstante, es sabido que un uso semejante del término «progenitor» ha sido duramente criticado por algunos sectores de la doctrina civilista, que han visto en ello un «cultismo designado para posibilitar la adopción por personas del mismo sexo o por una persona del mismo sexo que el padre o la madre natural y que se aparta de la veracidad biológica y la contradice abiertamente, ya que la procreación únicamente puede surgir de la unión heterosexual»<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> La acreditación de estas circunstancias se hará mediante la oportuna certificación del Registro Civil, o la correspondiente resolución judicial o administrativa.

<sup>24</sup> «El padre o el otro progenitor tendrán derecho a la suspensión del contrato (... Esta suspensión, que corresponde en exclusiva al padre o al otro progenitor...)».

<sup>25</sup> Enmienda 483 presentada por el Grupo Socialista en el Congreso, aprobada y que da nueva redacción al artículo 48.4 del TRET que se remite en estos términos al Congreso.

<sup>26</sup> Finalmente, ya en el Senado prosperó una enmienda (la núm. 2002) del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado, de mejora técnica, para dar nueva redacción al párrafo primero del artículo 48 bis que sin duda resultó clarificadora respecto a quienes son los eventuales titulares del permiso por paternidad en los diferentes supuestos en que es reconocido.

<sup>27</sup> Por todos, véase al respecto, RAMOS CHAPARRO, E.: «Comentario crítico a la Ley 13/2005 sobre matrimonio "homosexual"», *Aranzadi Civil*, n.º 1, 2006, pág. 5.

En cualquier caso, la utilización de esta expresión con la clara finalidad aludida de dar cabida no solo a heterosexuales sino, también, a esas nuevas estructuras familiares, basadas en las uniones homosexuales, no deja de plantear ciertos interrogantes de orden técnico que conviene despejar para evitar opciones interpretativas excesivamente amplias, al menos en el momento presente, que puedan desfigurar el colectivo de potenciales sujetos protegidos, con la lógica inseguridad jurídica que de ello podría derivarse.

De acuerdo con la vigente regulación estatal del matrimonio, la adopción y el acogimiento, a raíz de la reforma realizada en el Código Civil por la Ley 13/2005, en el momento presente, la adopción conjunta se circunscribe a los casados, con independencia del sexo de los cónyuges<sup>28</sup>, conforme a los artículos 44<sup>29</sup> y 175.4 del Código Civil y la disposición adicional primera de la Ley 13/2005. También pueden adoptar las parejas de hecho, cuando sus integrantes sean de distinto sexo, conforme a la disposición adicional tercera de la –vigente– Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del Código Civil. Respecto al acogimiento habría que distinguir el simple y permanente, por un lado, del acogimiento preadoptivo, conforme a lo establecido en el artículo 173 del Código Civil, los primeros supuestos de acogimiento sí podrían darse ente parejas de homosexuales, mientras que el segundo exigiría los mismos requisitos que la adopción (casados homosexuales o heterosexuales y parejas de hecho heterosexuales).

Ciñéndose a los requisitos antedichos, y tomando en consideración la literalidad dada por la LOI al artículo 48 bis del TRET, se abre un abanico de posibilidades respecto a quiénes pueden disfrutar del permiso por paternidad, a saber:

- a) **Cuando el permiso por paternidad se genere por el nacimiento de un hijo «en el supuesto de parto», la suspensión corresponderá en exclusiva al otro progenitor.** En este caso, podrá disfrutarlo, lógicamente, el padre biológico, incluso aunque haya compartido el permiso por maternidad con la madre. Y, también, el cónyuge de la madre biológica, en caso de ser otra mujer, adquiriendo –en tal supuesto– la condición de «el otro progenitor», si bien, quedando dicha posibilidad supeditada a la difícil coincidencia cronológica con el momento en que se produzca la resolución judicial de adopción. Y es que no cabrá que el cónyuge del mismo sexo reconozca la maternidad del hijo biológico de su consorte, pero sí podrá adoptarlo por el juego combinado de los artículos 175 y 178.2 del Código Civil»<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> La Ley 13/2005 tuvo la habilidad de no haber dedicado ningún precepto específico a establecer en positivo que dos personas del mismo sexo casadas entre sí pueden adoptar. No era necesario hacerlo, puesto que el nuevo párrafo segundo del artículo 44 del Código Civil ya señala que «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contratantes sean del mismo o de diferente sexo». Por tanto, sentado que cabe la adopción hecha por dos personas con tal de que estén unidas en matrimonio, esas dos personas podrán ser del mismo sexo, ya que ese supuesto no ha sido objeto de específica exclusión. Asimismo, cabe la adopción del hijo adoptivo del consorte cuando el matrimonio ha sido celebrado después de haber tenido lugar la primera adopción. Así lo establece el vigente artículo 175.4 del Código Civil: «Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite la adopción de los hijos de su consorte».

<sup>29</sup> El matrimonio tendrá los mismos requisitos cuando ambos contratantes sean del mismo sexo o de diferente.

<sup>30</sup> Véase al respecto, RODRÍGUEZ CHACÓN, R.: «Matrimonio, separación y divorcio en España: nueva regulación», *Estudio sistemático de las reformas introducidas por las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, y su trámite parlamentario*, Barcelona (Experiencia Jurídica), 2005.

- b) **Cuando el permiso por paternidad se genere por la adopción de un menor, este derecho corresponderá solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados.** Podrán disfrutarlo, enteramente y en solitario, el varón padre adoptivo o, alternativamente, la madre adoptiva en matrimonios heterosexuales y homosexuales y también en parejas heterosexuales, si bien ello condicionado por la circunstancia de quién haya disfrutado el permiso por adopción, de manera que, cuando uno de ellos haya disfrutado de la totalidad del permiso por adopción del artículo 48.4 del TRET, quedará excluido del disfrute del permiso por paternidad, para así fomentar *la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares*<sup>31</sup>.

Sin duda, resulta chocante que admitamos la posibilidad de que la madre adoptiva pueda disfrutar del permiso por paternidad pero, si no se reconociera de esta forma, se estaría infligiendo un trato peyorativo al matrimonio y la pareja heterosexual frente al matrimonio entre personas del mismo sexo. Dado que, como se ha señalado, la adopción puede producirse en matrimonios homosexuales, también serán considerados «progenitores» del menor los cónyuges del mismo sexo<sup>32</sup> que lo adopten –conjunta o sucesivamente– y, por tanto, uno de los dos podrá disfrutar del permiso por paternidad, aunque se trate de una mujer. La posibilidad de adopción conjunta queda, sin embargo, vedada a las parejas homosexuales no unidas en matrimonio, si bien podrá adoptar en solitario uno de sus miembros, a quien corresponderá disfrutar del permiso por adopción y, después, del de paternidad; cabe admitir, conforme a los razonamientos anteriores, que este último derecho podría ser disfrutado, también, aunque el adoptante sea una mujer. Piénsese que, incluso en la actualidad, tras la aprobación de la LOI, el padre biológico continúa disfrutando de un permiso y una prestación que se siguen denominando «de maternidad», con el consiguiente desfase terminológico que ello supone y que, sin duda, podría haberse corregido por el legislador en numerosas ocasiones. Sin embargo, dicha corrección no se ha hecho, ya que el término «maternidad» identifica correctamente los bienes jurídicos que pretenden protegerse y la intensidad con que pretenden protegerse, aunque el derecho sea ejercitado por el padre. Pues bien, algo similar sucede en el caso del permiso por paternidad<sup>33</sup> disfrutado por la madre adoptiva (en tanto «otro progenitor»). Aunque la denominación del permiso obedezca a la intención primigenia del legislador –dar protagonismo al padre en el cuidado del hijo–, hay que tener en cuenta que, a pesar de las variadas posibilidades descritas, en la vida real, el permiso por paternidad será disfrutado –por razones puramente estadísticas– en la mayor parte de las ocasiones, por un varón, padre biológico de un hijo recién nacido. Ahora bien,

<sup>31</sup> Artículo 44 de la LOI.

<sup>32</sup> Existiría también la posibilidad de que, sin extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, tenga lugar una adopción individual del hijo del progenitor del mismo –o diferente– sexo del adoptante, sin que adoptante y progenitor contraigan matrimonio: para ello será preciso que «tal efecto haya sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir» y, según entiendo, que «solo uno de los progenitores –del adoptado– haya sido legalmente determinado» (art. 178.2.2.º del Código Civil). Antes de la reforma del Código Civil de 2005 para la viabilidad de la adopción sin extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, cuando solo uno de los progenitores estuviera determinado, el artículo 178.2.2.º del Código Civil exigía que el adoptante fuera «persona de distinto sexo al de dicho progenitor». Este requisito es el que ahora ha quedado suprimido, posibilitándose de este modo la adopción del hijo de la pareja de hecho del mismo sexo sin extinción de los vínculos jurídicos con dicho progenitor y la familia de este.

<sup>33</sup> Aunque no hubiera estado de más que, después de tantas versiones, la redacción final del precepto hubiera sido más cuidadosa.

como segunda intención del legislador, ínsito en el permiso por paternidad, existe un mecanismo de promoción de la corresponsabilización y de asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, cualquiera que sea el tipo de relación familiar que se establezca y que habrá de materializarse adaptándolo a las características particulares de cada una de ellas <sup>34</sup>.

**c) Cuando el permiso por paternidad se genere por el acogimiento de un menor, cabría distinguir, a su vez:**

- En caso de acogimiento simple o permanente podría disfrutar del permiso por paternidad el padre o la madre en las familias de acogida formadas por un matrimonio o pareja de heterosexuales; y, también, uno de los dos acogedores en parejas de homosexuales (varón o mujer). Si se trata de un acogimiento realizado por una persona individual, sea varón o mujer, (conforme a lo razonado) no parece que pueda negársele el disfrute del permiso por paternidad <sup>35</sup>.
- En caso de acogimiento preadoptivo, el artículo 173 del Código Civil exige a los acogedores los mismos requisitos que en la adopción, por tanto las posibilidades respecto a los eventuales beneficiarios del permiso por paternidad serían las mismas señaladas *supra* para el caso de la adopción.

### 2.2.2. Situaciones protegidas en el permiso por paternidad.

En relación con el permiso por paternidad, el legislador considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo derivada de las siguientes circunstancias: nacimiento de hijo, adopción y acogimiento simple o permanente y preadoptivo <sup>36</sup>.

El nuevo artículo 48 bis del TRET, conforme a la LOI (y también el art. 133 octies del TRLGSS) se refiere, en primer término, al «nacimiento de hijo». Resulta llamativa la diferencia terminológica entre este precepto y los artículos 55.1 d) y 48.4 del TRET (y, también, en los arts. 133 bis y ter TRLGSS), que se refieren, respectivamente, a la «maternidad» y al «parto». Si bien resulta claro que todos estos conceptos comparten la nota común de desenvolverse en el ámbito de la dimensión biológica de la filiación, no es menos cierto que, *a priori*, cada uno de ellos puede ser susceptible de reconocérsele un alcance distinto. En efecto, «maternidad» parece hacer referencia estricta al proceso generativo –a término o no– concluido de modo «normal» (es decir, con nacimiento de hijo vivo

<sup>34</sup> Artículo 44 de la LOI: «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares...».

<sup>35</sup> Artículo 173 del Código Civil: «... este acogimiento se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por el responsable del hogar funcional...».

<sup>36</sup> Existió un desfase en el PLOI (de 29 de diciembre de 2006) en la redacción dada al artículo 48 bis que habla de acogimiento simple y no provisional y el artículo 133 octies del mismo texto y el artículo 48 bis del PLOI de junio hablan de acogimiento, preadoptivo o permanente, aunque estos sean provisionales.

y desarrollo de los vínculos relacionales materno-filiales); por su parte, el término «parto»<sup>37</sup>, parece aludir, de manera más estricta, al mero hecho de la conclusión –prematura o a término– del proceso gestacional, con abstracción del resultado del mismo (lo que incluiría, asimismo, los supuestos de alumbramiento de una criatura muerta, o abortiva o, incluso, el nacimiento de hijo vivo que fallece posteriormente); por último, la expresión «nacimiento de hijo» resulta mucho más diáfana desde el punto de vista semántico, pues parece referirse, concretamente, al nacimiento de hijo vivo –al menos, en principio– que origina el desarrollo de los vínculos relacionales –en este caso– paterno-filiales.

Según esto y, por consiguiente, desde una perspectiva interpretativa estrictamente literal, podría cuestionarse la esperable simetría inicial en cuanto a las situaciones generadoras del permiso por maternidad y paternidad (biológica) y por consiguiente de las respectivas prestaciones, pues, mientras aquella da cabida a los procesos de gestación, llegados a término, con nacimiento de hijo vivo, a los casos de muerte del hijo (tanto intrauterina, como acaecida durante el parto o, también, posnatal), y a los supuestos de gestación interrumpida (con duración mínima de 180 días y con independencia de que la criatura expulsada viva y resulte viable, o no), la suspensión por paternidad y su correspondiente prestación solo podría entenderse procedentes en caso de nacimiento de criatura viva.

Entendemos, no obstante, que desde una interpretación teleológica y sistemática, ha de concluirse que la apuntada diferencia terminológica solo puede ser aparente y, por tanto, carente de repercusión protectora. Y ello porque no puede perderse de vista que la finalidad del permiso y de la prestación por paternidad gravita en torno a la corresponsabilidad familiar y la conciliación de la vida personal y laboral de trabajadores y trabajadoras por lo que no solo ha de afectar a la necesaria participación del padre en el cuidado del hijo, sino –también– propiciar el cuidado de la mujer puerpera (o que ha visto interrumpida su gestación ya madura) que, con mejor o peor fortuna para el producto de la gestación, ha de –igualmente– reponerse de las consecuencias físicas y psicológicas del proceso biológico generativo.

En este sentido, y si bien con las limitaciones temporales –a nuestro juicio, excesivas– impuestas por el legislador, el permiso por paternidad comprenderá la situación suspensiva originada por la paternidad biológica en los siguientes casos:

- Procesos de gestación, llegados a término, cuando el hijo nace vivo, pero también en los casos de muerte del hijo (que, en ausencia de mayor concreción reglamentaria, ha de entenderse tanto intrauterina, como acaecida durante el parto o, también, posnatal).
- Supuestos de gestación interrumpida ante tempus, si bien cuando hayan alcanzado una duración mínima de 180 días; tal interrupción podrá haber acaecido de modo espontáneo o natural (lo que comúnmente se conoce como «parto prematuro») o bien por inducción (debiendo entenderse incluida aquí solamente la interrupción del embarazo realizada con finalidad terapéutica, por ser la única que puede practicarse, incluso, más allá de los primeros 180 días de gestación), con independencia de que la criatura expulsada viva y resulte viable, o no.

<sup>37</sup> Utilizado en el segundo párrafo del nuevo artículo 48 bis.

Y todo ello, en nuestra opinión, incluso en el caso de fallecimiento de la madre pues, aunque en tal caso la titularidad del permiso y el derecho a la prestación por maternidad corresponden al padre trabajador, nada parece obstar al posible disfrute acumulado del permiso y la prestación por paternidad.

En lo que atañe a la adopción y el acogimiento familiar, preadoptivo o permanente –aún provisionales– ha de puntualizarse que ambas instituciones (adopción y acogimiento) deberán ir referidas a menores de edad, si bien cabe distinguir entre una adopción y un acogimiento que, pudiéramos denominar, «de carácter general», y otros, «de carácter especial», que afecten a menores con discapacidades<sup>38</sup> o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiar<sup>39</sup>; en el primer caso (adopción y acogimiento familiar «generales»), la edad del adoptando o del acogido viene acotada, debiendo ser inferior a seis años; en el segundo caso (supuestos «especiales»), bastará con que el adoptado o acogido sea menor de dieciocho años (art. 2.2, inciso segundo, RD 1251/2001).

### 2.2.3. Duración del permiso por paternidad y modalidades de disfrute.

El permiso por paternidad, de trece días ininterrumpidos<sup>40</sup>, es un derecho mínimo de carácter necesario ampliable por la negociación colectiva<sup>41</sup>. En caso de parto, adopción o acogimiento múltiples se incrementará en dos días adicionales por cada hijo a partir del segundo. La clara insuficiencia temporal de este permiso determina que la propia LOI incluya una previsión por la cual el Gobierno ampliará de forma progresiva y gradual su duración hasta alcanzar el objetivo de extensión

<sup>38</sup> Y es que, por analogía a lo establecido para la prestación por maternidad en el artículo 2.2, inciso tercero, del Real Decreto 1251/2001, en caso de adopción o acogimiento familiar, preadoptivo o permanente, se entenderá que el adoptado o acogido presenta alguna discapacidad *cuando acredite una minusvalía en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía*; dicha acreditación supone, por consiguiente, que será el IMSERSO o el servicio autonómico correspondiente, en su caso, el que deberá certificar el grado de minusvalía existente.

<sup>39</sup> Al respecto, cabe indicar que, a pesar de la compleja dicción legal y reglamentaria, se trata de un único supuesto (adopción o acogimiento de menores con especiales problemas de inserción, social y familiar) motivada –eso sí– por dos posibles (y diversas) causas (que, no obstante, pueden concurrir): procedencia extranjera, de un lado, y circunstancias y experiencias personales, de otro. En este sentido, cabe señalar que, según la normativa, la procedencia extranjera no parece considerarse, *per se*, como determinante de especiales dificultades de inserción social y familiar del menor, a menos que concurren otras circunstancias como el desconocimiento de la lengua de los adoptantes o acogientes; por lo que se refiere a las circunstancias y experiencias personales del menor, tampoco concreta el Real Decreto 1251/2001 cuáles puedan ser. En consecuencia, tanto en uno como en otro caso, habrá de ser la Administración –autonómica– correspondiente encargada de los servicios sociales la que (con carácter previo al disfrute de la suspensión y de la prestación económica por maternidad) deberá examinar cada caso y determinar si concurren dichas causas de especial dificultad de inserción social y familiar. Como indica PANIZO ROBLES, J.A.: «La protección por maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo)», en *RMTAS*, n.º 34, 2002, pág. 20, esta certificación ya se venía exigiendo por la Entidad Gestora, de acuerdo con los *Criterios provisionales dictados por el Instituto Nacional de Seguridad Social para la aplicación de la Ley 5/1999*.

<sup>40</sup> Pasó de ocho a trece días en la redacción del PLOI enviada al Senado el 29 de diciembre de 2006.

<sup>41</sup> Así, el artículo 27 Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración del Principado de Asturias aprobado por Resolución de 22 de octubre de 2002 (BOPA de 16 de noviembre de 2002).



a cuatro semanas a los ocho años de la entrada en vigor de la Ley; lo que, en definitiva, pone de manifiesto el –todavía– largo recorrido normativo pendiente hasta lograr planteamientos legislativos de auténtica corresponsabilidad de los progenitores.

Veamos la dinámica de la extensión temporal de su disfrute en las diferentes situaciones y modalidades en que puede darse:

a) **En caso de nacimiento de hijo** –biológico se entiende–, el permiso por paternidad podrá disfrutarse desde la finalización del permiso por nacimiento, cuya duración prevista en el TRET es de dos días, ampliada hasta cuatro si el trabajador precisa desplazarse con tal motivo; o la mayor duración que pueda corresponderle por acuerdo individual o colectivo («... durante el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente»), pudiendo realizarse el disfrute del permiso por paternidad en esta situación conforme a dos opciones:

- Sin solución de continuidad, inmediatamente después del permiso por nacimiento de hijo; o bien, después de finalizado este, y siempre antes de que termine el período de suspensión del contrato por maternidad biológica.
- Inmediatamente después de finalizado el período de suspensión del contrato por maternidad biológica.

b) **En caso de adopción y acogimiento**, el disfrute del permiso por paternidad podrá extenderse a partir de la *resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato regulada en el artículo 48.4 del ET o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión* (art. 48 bis del TRET).

De lo expuesto cabe deducir también que el permiso por paternidad puede disfrutarse de forma simultánea o sucesiva con el permiso por maternidad.

El permiso por paternidad podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50 por 100, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente. Para proceder al disfrute del permiso a tiempo parcial resulta necesario (como en el caso de la maternidad) el acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado en los términos que reglamentariamente se determinarán<sup>42</sup>, respetando que la jornada parcial sea, como mínimo, de una duración equivalente al 50 por 100 de la jornada completa. Reglamentariamente se concretarán, por tanto, los términos del acuerdo de disfrute de este permiso a tiempo parcial. A la espera de tal concreción reglamentaria, parece razonable interpretar, por tratarse de un permiso de corta duración, que el acuerdo deba producirse con un tiempo razonable de antelación (en la terminología de la LOI: «... con la debida antelación»); o, a lo sumo, en el momento en

<sup>42</sup> Reglamentación prevista en la propia LOI en un plazo de seis meses desde su entrada en vigor.

que pretenda iniciarse, de modo que se cause el menor trastorno posible al empresario. Lógicamente, en caso de disfrute a tiempo parcial la duración del permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada que se realice. El disfrute lógicamente será también ininterrumpido en el caso de permiso a tiempo parcial, a pesar de que nada diga la LOI al respecto.

Cabría interrogarse cómo quedaría el disfrute del permiso a tiempo parcial en el caso de no lograrse el acuerdo con el empresario. En primer lugar, habría de estarse a lo prevenido en la negociación colectiva en esta materia aunque, de no existir previsión convencional al respecto, se dificulta la solución del problema. La LOI abre una nueva posibilidad en caso de conflicto entre el trabajador que pretende disfrutar de la modalidad a tiempo parcial y los intereses organizativos y productivos del empleador: así, la disposición adicional undécima, en su número veinte, añade una nueva disposición adicional decimoséptima al TRET, a la que –entendemos– cabrá reconducir este tipo de conflictos, por tratarse de una *discrepancia en materia de conciliación*, en los siguientes términos: «Las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral».

Con esta disposición la LOI se hace eco de posturas doctrinales sostenidas con posterioridad a la Ley 39/1999 en relación con el disfrute del permiso por maternidad a tiempo parcial, sugiriendo que la solución debía reconducirse a la vía jurisdiccional mediante la habilitación de una modalidad procesal sumaria análoga a la que regula el 138 bis del TRLPL para resolver los conflictos de concreción horaria y determinación del período de disfrute del permiso por lactancia<sup>43</sup>. Modalidad (la del art. 138 bis de la LPL) a la que, ahora, quedan expresamente reconducidas estas situaciones. Con esta nueva disposición adicional decimoséptima del TRET se provee un instrumento de resolución, siquiera por vía jurisdiccional, para los casos en que el ejercicio de los derechos de conciliación por parte de las personas trabajadoras devenga conflictivo por oposición del empleador (piénsese que las situaciones contempladas por los mismos requieren una atención carente de demoras). En este sentido, la LOI ha optado por hacer uso de un instrumento procesal ya existente: la modalidad procesal establecida en el artículo 138 bis de la LPL. Esta modalidad procesal se introdujo en la LPL por virtud del artículo 9.2 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, con el propósito –entonces declarado– de garantizar el ejercicio libre de los derechos al permiso por lactancia y a la reducción de jornada por motivos familiares, cuando existiera discrepancia al respecto, concretamente en lo referente a la concreción horaria y a la determinación del período de disfrute. Este instrumento procesal se articularía como una vía de resolución –preferente y sumaria– para favorecer –en su caso– el disfrute inmediato de los derechos protegidos, en tanto los bienes jurídicos protegidos y las situaciones contempladas por los mismos requieren una atención inmediata.

Ahora, ampliado el elenco de derechos de conciliación, entre ellos el permiso por paternidad, el legislador se vale de esta vía procesal, para ponerla al servicio de un más extenso conjunto de potenciales titulares y de sus nuevas realidades familiares.

<sup>43</sup> RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijo*, Pamplona (Aranzadi), 1999, pág. 154.

Por ello, conviene –en esta sede– recordar las líneas básicas del procedimiento regulado en el artículo 138 bis de la LPL:

- El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su disconformidad, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social. El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda.
- La sentencia, que será firme, deberá ser dictada en el plazo de tres días, sin que contra ella quepa recurso alguno (art. 189.1 de la LPL).

De acuerdo con la doctrina judicial reiterada vertida respecto al ejercicio de los permisos por lactancia y la reducción de jornada por motivos familiares, y que resulta aquí de interés por cuanto ha de inspirar la resolución de los conflictos que, desde ahora, puedan suscitarse en materia de ejercicio de los derechos de conciliación, y en concreto de permiso por paternidad, la facultad para determinar y elegir el horario adecuado corresponde, con carácter general, al trabajador titular del derecho, ya que es el único capacitado para decidir cuál es el período más idóneo para cumplir las obligaciones derivadas del cuidado que le compete<sup>44</sup>; solo excepcionalmente, cuando ese derecho entre en colisión con el poder directivo y organizativo del empresario, habrá de atenderse a las circunstancias concurrentes en cada caso<sup>45</sup>, incluida la buena fe, para atribuir esa facultad a uno o a otro<sup>46</sup>; ello sin perjuicio de que, en dicha valoración, la ponderación del interés del sujeto causante (el hijo recién nacido, adoptado o acogido) –en su caso– adquiera una significación especial, prevaleciendo con sacrificio –incluso– del interés empresarial, lo que deberá naturalmente comportar la prueba clara y precisa de que la modificación horaria solicitada comporta tal finalidad<sup>47</sup>.

Por último, habría que entender que conforme a la disposición adicional primera, apartado 4, del Real Decreto 1251/2001 el tiempo en el que el trabajador/trabajadora preste servicios parcialmente tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación por el tiempo restante (de acuerdo con el art. 6.1, párrafo segundo, del RD 1251/2001, que indica que la base reguladora de la prestación por maternidad se reducirá en proporción inversa a la reducción operada en la jornada laboral).

<sup>44</sup> Al respecto la STC dictada en amparo de 15 de enero de 2007 (Recurso de Amparo 6715/2003).

<sup>45</sup> Tal sucede en la STSJ Madrid (Social), de 31 mayo 1999 (AS 1999, 5881), en la que el juzgador afirma que el derecho del trabajador (concreción horaria por él propuesta), «ha de atemperarse con las circunstancias concurrentes en cada situación concreta»; o, como en la STSJ Castilla y León/Burgos, de 18 octubre 1999 (AS 1999, 4481), cuando «ha quedado acreditado que la empresa tiene en producción una plantilla de más de 300 trabajadores, de los cuales 42 tienen concedida la reducción de jornada».

<sup>46</sup> De esta manera, STS (Social), de 16 junio 1995 (RJ 1995, 4905) –recaída en RCU–; de igual modo, STSJ Comunidad Valenciana (Social), de 27 septiembre 2001 (AS 2001, 2329). Igualmente, la STSJ Castilla-La Mancha (Social), de 30 junio 2000 (AS 2000, 3016).

<sup>47</sup> En tal sentido, SSTSJ Cataluña (Social), de 26 octubre 2000 (AS 2000, 4544), de 8 marzo 1999 (AS 1999, 1721) y de 20 octubre 1994 (AS 1994, 3872).

#### 2.2.4. Previsión expresa de mantenimiento de las condiciones de trabajo de quienes disfrutan del permiso por paternidad.

La consecución de la igualdad de trato entre hombres y mujeres <sup>48</sup> precisa del mantenimiento de las condiciones de trabajo, incluida la retribución, de los trabajadores y trabajadoras que ejercitan sus responsabilidades familiares; o, dicho de otro modo, la igualdad de oportunidades se sustenta en la prohibición de discriminación por el ejercicio de dichas responsabilidades. El reconocimiento de un derecho como el permiso por paternidad, de carácter voluntario, que abre a los trabajadores nuevas posibilidades para compatibilizar el trabajo y la vida familiar, de nada serviría, si no llevara aparejados mecanismos de garantía que eviten los perjuicios derivados de su disfrute <sup>49</sup>.

Esta doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre mantenimiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores con responsabilidades familiares ha sido traída hasta nosotros a través de un número cada vez mayor de pronunciamientos jurisprudenciales recaídos sobre la materia, en los últimos años. En reiteradas ocasiones, nuestros Tribunales, con el Supremo a la cabeza <sup>50</sup>, han

<sup>48</sup> Esta vertiente de la tutela de la igualdad, encuentra dificultades en nuestro Derecho interno debido, en primer lugar, a la falta de acompañamiento general existente entre el Derecho comunitario y el Derecho de los Estados miembros, a la que hay que añadir la fragmentación en el Derecho comunitario de esta materia en un buen número de disposiciones, de contenidos diversos y no siempre homogéneos. Precisamente, con la intención de evitar esta fragmentación, se ha elaborado la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio.

La Directiva 76/207/CEE presentaba numerosas deficiencias por razón del tiempo en que se aprobó, su contenido había quedado desfasado, constituyendo un marco de proclamaciones aún muy genéricas; finalmente esta norma fue modificada por la Directiva 2002/73/CE, de 3 de junio. La necesidad de actualización y la falta de concreción de la Directiva 76/207 generó una nutrida y sólida Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, decisiva en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres y que, solo en parte, sería incorporada por la Directiva 2002/73/CE. Tan importante cuerpo de doctrina ha satisfecho el doble objetivo de perfilar y dotar de toda su significación a la prohibición de discriminación y garantizar la eficacia de las normas comunitarias sobre la materia, constituyendo esta una de las cuestiones sobre las que el Tribunal ha tenido que pronunciarse más frecuentemente. Dicha doctrina se resume en la siguiente formulación: el ejercicio de los derechos reconocidos a las mujeres con ocasión del embarazo y la maternidad en las Directivas comunitarias sobre igualdad no puede dar lugar a un trato desfavorable en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo; en caso contrario, se estaría garantizando una igualdad meramente formal y no real, ya que los trabajadores femeninos tienen más probabilidades que los trabajadores masculinos de encontrarse en tales situaciones [al respecto, *vid.* asunto *Gillespie y otros* (TJCE 1996, 20); *Thibault* (TJCE 1998, 70), *Alabaster* (TJCE 2004/80), y también Sentencia de 27 de octubre de 1998 (TJCE 1998, 255), *Boyle y otros* (C-411/96, Rec. Pág. I-640); Sentencia de 18 de noviembre de 2004 (TJCE 2004/345)].

<sup>49</sup> En un estudio de opinión sobre el permiso por paternidad, realizado de forma simultánea a la aprobación de la Ley de Igualdad en la Comunidad de Madrid por la empresa SIGMA DOS; encargado por Dirección General de la Mujer de la Consejería de Empleo y Mujer de la CAM y dirigido por el profesor Ramírez Sobrino, J.N. en el que se han realizado ochocientas encuestas, a modo de entrevista personal, a padres y madres residentes en la Comunidad de Madrid con hijos menores de ocho años (si son biológicos) o menores de doce (si son adoptivos); los primeros resultados analizados arrojan que el 91,7 por 100 de los encuestados son o muy favorables o favorables a la opinión de que la principal razón para que los trabajadores no disfruten del permiso por paternidad es el temor al reproche de la empresa. Y también el 82,8 por 100 se muestra favorable a la opinión de que si el permiso es voluntario apenas será disfrutado por los trabajadores.

<sup>50</sup> Sentencia de 14 de marzo de 2005 (JUR 2005/102679), en la que recoge la doctrina unificada en un supuesto que había generado cierta litigiosidad en el que las trabajadoras que reducían su jornada por razón de la guarda legal de un menor e inmediatamente veían extinguido su contrato de trabajo cobraban una prestación inferior a la que les hubieran correspondido de no reducir su jornada por motivos familiares, el TS concedía la prestación basándose en la normativa aplicable contenida en la LGSS que no pueden modificar los Tribunales.

puesto de manifiesto la insuficiencia de la normativa para evitar que las responsabilidades familiares perjudiquen a quienes las asumen. La superación de dichas dificultades, a juicio de nuestros Tribunales y en aras de la seguridad jurídica corresponde al legislador <sup>51</sup>.

Las exigencias de igualdad en las condiciones de trabajo de los trabajadores con responsabilidades familiares ampliamente reconocidas en el Derecho comunitario y plasmadas en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación con el permiso por maternidad <sup>52</sup>, resultan, en gran parte, extensibles al nuevo permiso por paternidad como queda reflejado en las dos directivas comunitarias que lo regulan (las Directivas 2002/73/CE y 2006/54/CE).

La Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo señala que los Estados miembros que reconozcan el derecho al permiso por paternidad garantizarán que al término de dicho permiso los trabajadores tengan derecho a beneficiarse de cualquier mejora que hubiera podido corresponderles durante su ausencia, otorgando así a quienes disfrutaron de un permiso por paternidad una protección similar a la prevista para las trabajadoras para el permiso por maternidad <sup>53</sup>. Recientemente, también la Directiva 2006/54 regula el permiso por paternidad en términos prácticamente idénticos a los establecidos en la Directiva 2002/73, que inciden en configurar del modo descrito el alcance de esta figura <sup>54</sup>. Dichas exigencias encontrarán una cierta respuesta del legislador por lo que se refiere al permiso por paternidad en algunas nuevas previsiones contenidas al respecto en la Ley

<sup>51</sup> Así pues, por todas, respecto a la excedencia por cuidado de hijos, la STS de 28 junio 2002 (RJ 2002/9080) en la que se reconoce a un trabajador que ha disfrutado de una excedencia por cuidado de hijo a computar la duración de ese tiempo de excedencia para la generación de un premio de antigüedad y también, la STSJ de Cataluña, de 31 enero 2003 (AS 2003/453) en el que se toma en consideración el tiempo que la trabajadora disfrutó de una excedencia por cuidado de hijo para el cómputo de la indemnización por despido. También respecto al mantenimiento y, especialmente, la STS de 14 de marzo de 2005 (JUR 2005/102679).

<sup>52</sup> El TJCE, tomando como punto de partida la regulación de carácter mínimo al respecto, de las primeras Directivas (76/207/CEE y 92/85/CE) ha ido perfilando una muy consolidada Jurisprudencia que consagra el criterio de que el disfrute del permiso por maternidad no puede suponer un trato desfavorable para la trabajadora en lo relativo a sus condiciones de trabajo, en el sentido de acarrear la pérdida de derechos como una gratificación económica (Asunto Lewen C-333/97, Rec. pág. I-7243); una calificación profesional para un ascenso; o los derechos generados durante el transcurso del año para la obtención de una pensión. Si las disposiciones referentes al permiso por maternidad no van acompañadas del mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo carecerían de efecto útil (Asunto Boyle C-411/96, Rec. pág. I-6401). Conforme a la comentada doctrina del TJCE, la trabajadora vinculada al empresario durante su permiso por maternidad no puede ser privada de su promoción profesional», ya que el derecho de todo empleado a ser calificado para su posible promoción profesional forma parte de sus condiciones de trabajo. No computar el tiempo de disfrute del permiso como tiempo de servicios prestados constituye un trato desfavorable basado en el ejercicio de un derecho derivado de la maternidad (STJCE de 30 de abril de 1998 (TJCE 1998/70)). Por similares razones, el Tribunal europeo se ha pronunciado a favor también del derecho de la trabajadora, vinculada por la relación laboral a su empresario durante el permiso por maternidad a acceder a un Prado retributivo superior a la vez que un compañero varón que ha empezado a trabajar el mismo día, y no doce semanas después, por haber disfrutado del permiso por maternidad durante estas.

<sup>53</sup> DE MIGUEL DE LA CALLE, P.: «Igualdad de oportunidades...» *op. cit.*, págs. 145 y 146.

<sup>54</sup> Así pues, en su artículo 16 la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, señala: «... Los Estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia».

de Igualdad; como veremos a continuación. A través de estas previsiones ha de considerarse efectuada la trasposición, en este concreto aspecto, de las Directivas 2002/73 y también, digamos que con carácter inmediato, la Directiva 2006/54 del pasado 5 de julio de 2006<sup>55</sup>.

Así pues, con carácter genérico, el artículo 44 de la nueva LOI constituirá el telón de fondo para preservar la igualdad en las condiciones de trabajo de los trabajadores que ejercitan sus responsabilidades familiares señalando que «... los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio».

Y específicamente, para el permiso por paternidad, la nueva previsión contenida en el último párrafo del artículo 48.4 del TRET: «Los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos a que se refiere este apartado, así como los previstos en el siguiente apartado<sup>56</sup> y en el artículo 48 bis (permiso por paternidad)...». Esta previsión supone un expreso reconocimiento de que el disfrute del permiso por paternidad no puede suponer un trato desfavorable para los trabajadores en lo relativo a sus condiciones de trabajo, incluida la retribución, en el sentido de acarrear la pérdida de derechos (antigüedad, promoción...), pérdida de retribución (aumento salarial, acceso a un grado retributivo superior, obtención de una gratificación, etc.)<sup>57</sup>; de manera que los trabajadores/as obtendrán durante el disfrute del permiso por paternidad, y no solo en relación con la acumulación del tiempo de trabajo, similares beneficios a los que tendrían de encontrarse en activo.

Sin embargo, respecto del mantenimiento del derecho al disfrute de las vacaciones, cuando las mismas coinciden con el permiso por paternidad, la LOI ha omitido cualquier previsión sobre compatibilidad de ambos derechos para los trabajadores por cuenta ajena. Mientras que sí ha reconocido dicha posibilidad a los empleados públicos, quienes tendrán derecho a disfrutar de las vacaciones en fecha distinta cuando coincidan con el disfrute del permiso por paternidad, aunque haya terminado el año natural al que correspondan<sup>58</sup>. Esta última solución es la expresamente prevista, también, para los trabajadores por cuenta ajena, en relación con el permiso por maternidad (y otras situaciones conectadas con el hecho biológico de la maternidad<sup>59</sup>) y el disfrute de las vacaciones (en un nuevo párrafo segundo del apartado 3 del artículo 38 del TRET). La omisión, en este precepto del TRET, del permiso por paternidad, entre las situaciones compatibles con el disfrute de las vacaciones, pue-

<sup>55</sup> Conforme al artículo 33 de la Directiva 2006/54: «Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 15 de agosto de 2008 o garantizarán que, a más tardar en dicha fecha, los interlocutores sociales hayan introducido las disposiciones requeridas mediante acuerdos». En clara referencia al papel de la negociación colectiva al respecto y también en nuestro derecho interno a los planes de igualdad en las empresas regulados por la LOI.

<sup>56</sup> Artículo 48.5 del TRET que regula la suspensión por riesgo durante el embarazo y la nueva suspensión por riesgo durante la lactancia natural.

<sup>57</sup> Equiparando expresamente el nuevo párrafo final del artículo 48.4 del TRET, en este concreto aspecto, el permiso por paternidad con el de maternidad y con la suspensión por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (nuevo apartado 48.5 del TRET).

<sup>58</sup> Artículo 59 de la LOI.

<sup>59</sup> Incapacidad temporal derivada del parto o la lactancia natural.

de justificarse por el carácter mínimo de la norma (ampliable, por tanto, por negociación colectiva) que deja al margen de dicha compatibilidad no solo al permiso por paternidad, sino también a situaciones como la suspensión por riesgo durante el embarazo y la suspensión por riesgo durante la lactancia natural, directamente relacionadas con la vertiente fisiológica de la maternidad y, a pesar de ello, excluidas.

Además, y respecto a la igualdad de las condiciones de trabajo, incluida la retribución de quienes disfrutaron del permiso por paternidad, la LOI contiene otra previsión complementaria de las anteriores, a través de la que se protege la integridad en la cuantía de la indemnización por despido de quienes antes de ser despedidos hubieran disfrutado del permiso por paternidad a tiempo parcial, con la consiguiente reducción de su salario. Se establece que, a estos efectos, sea tomado en consideración el salario anterior a la reducción de la jornada<sup>60</sup> en los siguientes términos: «... el salario a tener en cuenta, a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta Ley, será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción». La protección prevista en este caso alcanza también a los supuestos del permiso por maternidad comprendidos en el artículo 48.4 del TRET (maternidad biológica, adopción y acogimiento), pero no a los del 48.5 (riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural<sup>61</sup>).

Similar solución venía siendo dada, a pesar del vacío normativo al respecto, por el Tribunal Supremo en Sentencia (dictada en Recurso de Casación para Unificación de Doctrina) de 11 de diciembre de 2001<sup>62</sup>, en un supuesto de despido improcedente, acaecido con posterioridad al disfrute de una reducción de jornada por guarda legal<sup>63</sup>. Sin embargo, en otras muchas ocasiones, nuestros Tribunales, en aplicación de la normativa vigente, insuficiente en la materia, habían desestimado las pretensiones de las trabajadoras que ejercitaron una reducción de jornada por guarda legal de un

<sup>60</sup> La regulación de la excedencia por cuidado de hijo establecida por el artículo 46.3 del TRET había dado como fruto varios pronunciamientos jurisprudenciales decisivos sobre la materia. Así pues, en STS de 28 de junio de 2002 (RJ 2002, 9080) se reconoce a un trabajador que ha disfrutado de una excedencia por cuidado de hijo, el derecho a computar ese tiempo a efectos de la generación de un premio de antigüedad; ya que este tipo de excedencia produce efectos equivalentes a la permanencia del trabajador en la empresa, con proyección en la antigüedad. Similares razonamientos respecto a la interpretación del artículo 46.3 del TRET son asumidos por el TSJ de Cataluña de 31 de enero de 2003 (AS 2003/453) en un supuesto de despido improcedente, en el que se toma en consideración el tiempo en que la trabajadora disfrutó de una excedencia por cuidado de hijo para el cálculo de la indemnización por despido. Cualquier diferencia de trato en materia de cómputo del tiempo de trabajo entre los trabajadores en excedencia por cuidado de hijo y los que permanecen en activo en la misma empresa constituiría un elemento disuasorio para el trabajador que pretendiera acogerse a esta situación de excedencia, al saber que durante ese tiempo dejaría de devengar determinados derechos.

<sup>61</sup> Disposición adicional undécima (LOI). Modificaciones del TRET. El TRET, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda modificado como sigue: «(...) Veintiuno. Se añade una nueva disposición adicional decimotercera, en los siguientes términos: "Disposición adicional decimotercera. Cálculo de indemnizaciones en determinados supuestos de jornada reducida" (...). "2. Igualmente, será de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior en los supuestos de ejercicio a tiempo parcial de los derechos establecidos en el párrafo décimo del artículo 48.4 y en el artículo 48 bis"».

<sup>62</sup> RJ 2002/2025.

<sup>63</sup> Estima el Alto Tribunal que la reducción de jornada no supone sino una alteración transitoria de la relación, que antes y después, tuvo y tendrá las consecuencias inherentes a la prestación de jornada completa. Del disfrute de tal derecho no puede seguirse por el trabajador perjuicio alguno, al estar concebido como una mejora social cuyos términos están claramente fijados en la ley y, por ello, ha de calcularse la indemnización en este caso tomando en cuenta la remuneración de la trabajadora anterior al disfrute de la reducción de la jornada.

menor, e inmediatamente vieron extinguidos sus contratos de trabajo y, a causa de dicha reducción, cobraron una prestación por desempleo inferior *ex* artículo 211 de la LGSS a la que les hubiera correspondido de no reducir su jornada por motivos familiares <sup>64</sup>. Dicha prestación por desempleo podría entenderse como retribución <sup>65</sup> en el sentido de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y debería, por tanto, mantenerse, para garantizar la integridad de las condiciones de trabajo de los trabajadores que ejercitan sus responsabilidades familiares. En esta materia resulta –una vez más– decisivo el papel de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha realizado una interpretación extensiva de los conceptos de retribución e igualdad retributiva por razón de sexo que, poco a poco, van calando en nuestros Tribunales, llevándolos prácticamente a cualquier percepción que tenga conexión con el trabajo, inclusive las prestaciones de Seguridad Social. Tras dicha interpretación extensiva del concepto de retribución, subyace la intención de garantizar su percepción cuando las trabajadoras se encuentren ejercitando sus responsabilidades familiares.

### 2.2.5. Estabilidad en el empleo y permiso por paternidad.

Hasta el año 1999, nuestro ordenamiento se limitaba a considerar discriminatorios y, por tanto, nulos, los despidos que tenían como motivación el estado de maternidad de la trabajadora. En la práctica, las dificultades probatorias hacían que la protección alcanzada por esta vía fuese muy escasa e inferior a la prevista por las normas internacionales. Para suplir esta deficiencia, a partir de la Ley 39/1999, nuestro legislador estableció un mecanismo para reforzar dicha protección consistente en la presunción de nulidad del despido producido durante determinadas situaciones, todas ellas relacionadas con la maternidad y el ejercicio de las responsabilidades familiares. La protección prevista

<sup>64</sup> En Sala General, en fecha 2 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 1053), 23 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7655), modificadoras del inicial criterio que había mantenido el alto Tribunal en Sentencia de 6 de abril de 2004 (RJ 2004/5909). El TS, en unificación de doctrina, dio un giro a su postura, y estableció la conclusión de que para el cálculo de la prestación por desempleo las bases de cotización que hay que tomar en cuenta según dispone el artículo 211.1 de la LGSS es que «la base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los 180 últimos días trabajados». En doctrina unificada, en las sentencias referidas, el TS había señalado que no puede apreciarse discriminación en el tratamiento jurídico que dicho precepto da a la mujer que tiene a su cargo un menor y por virtud del cual tiene reducida su jornada, en cuanto que ese mismo tratamiento es el que se le da a hombres y mujeres que han hecho uso de la facultad que a ese respecto viene contemplada en el artículo 37.5 del ET.

<sup>65</sup> Entre otras, la STJCE de 30 de marzo de 2004, asunto C-147/02 *Alabaster* (Ar. 80); la STJCE de 19 de noviembre de 1998, asunto C-66/98, *Pedersen y otros* (Ar. 280); la STJCE de 16 de septiembre de 1999 (asunto C-218/98) analiza la asignación a tanto alzado –fijada en convenio de empresa– reservada únicamente a las trabajadoras que inician su permiso de maternidad; la STJCE de 27 de octubre de 1998, asunto C-411/96, *Boyle* (Ar. 255); la STJCE de 13 de julio de 2000, asunto C-166/99, *Defreyne v. SABENA, S.A.* (Ar. 169). La prestación complementaria de prejubilación no es una prestación de Seguridad Social, sino que es retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado. Así pues, en este terreno, el TJCE entiende por igualdad retributiva el mantenimiento de: las prestaciones económicas por maternidad sustitutivas del salario; las percepciones recibidas del empresario durante el permiso de maternidad; la asignación a tanto alzado que se abona al inicio del permiso por maternidad; las mejoras de Seguridad Social (complementarias a la prestación por maternidad, a la prestación por desempleo, a la prestación por jubilación –aportaciones a planes de pensiones–, etc.); la subida salarial ocurrida durante la baja por maternidad; la prestación que percibe la mujer embarazada durante la situación de incapacidad temporal.



por la norma alcanza únicamente al despido disciplinario y la extinción por causas objetivas, y no al resto de las modalidades extintivas, y para que operase había de producirse dentro de los límites temporales de los períodos protegidos <sup>66</sup>.

Con anterioridad a Ley de la Conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, la dificultad de los trabajadores que veían extinguido su contrato de trabajo por el ejercicio de las responsabilidades familiares, para alcanzar la calificación de nulidad de su despido, era enorme; tenían que probar, al menos, la existencia de indicios de discriminación que invirtieran la carga de la prueba sobre el empresario. A partir de la Ley 39/1999, la sola acreditación por parte de los trabajadores de encontrarse durante alguno de los períodos protegidos relacionados con el ejercicio de las responsabilidades familiares hacía, de modo automático, presumir la nulidad del despido. No obstante, esto no significa que durante las situaciones protegidas no pueda producirse ningún despido que merezca la calificación de procedente, siempre que el empresario demuestre que el despido se basa en una causa legítima ajena por completo a la maternidad o el ejercicio de las responsabilidades familiares. De manera que la demostración por parte del empresario de la existencia de una causa, la razonabilidad y proporcionalidad de su decisión determinaría su procedencia. Por consiguiente, solamente se admiten dos calificaciones posibles para estos despidos: nulidad o procedencia, eliminándose la improcedencia, que podría conducir a una extinción indemnizada. En resumen, la reforma introducida por la Ley 39/1999 estableció una protección especializada y más adecuada a la situación de los trabajadores con responsabilidades familiares que la regulación anterior. La efectividad de esta tutela especializada se obtiene actuando sobre dos circunstancias del régimen del despido disciplinario y la extinción objetiva, estrechamente relacionadas entre sí: mediante la exclusión de la calificación de improcedencia, por lo que el despido solo podrá ser nulo o procedente y, por lo tanto, la consecuencia del mismo solo podrá ser la readmisión o la finalización de la relación laboral; e incidiendo en la actuación procesal y, en concreto, en la configuración de la actividad probatoria mediante la supresión de la carga de la prueba indiciaria sobre el demandante.

La Ley 39/1999, al trasponer la Directiva 92/85/CE, otorgó –a través de la presunción de nulidad– una amplia protección frente al despido disciplinario y la extinción por causas objetivas producidos durante el permiso por maternidad, sin abarcar el momento de la reincorporación tras su disfrute; en paralelo con la extensión temporal de la protección otorgada por Directiva 92/85. Por su parte, nuestros Tribunales, al aplicar la Ley 39/1999, ciñen la presunción de nulidad de los despidos disciplinarios y la extinción por causas objetivas al límite temporal de los períodos expresamente protegidos del artículo 55.5 del ET <sup>67</sup>, reiterando la necesidad de que el despido, para que sea declarado nulo, debe producirse dentro de los límites temporales de los períodos protegidos. Excluyendo,

<sup>66</sup> Las situaciones protegidas conforme a lo establecido por la Ley 39/1999 eran las siguientes:

1. Durante el embarazo, desde la fecha de inicio hasta el comienzo de la suspensión del contrato por maternidad.
2. Durante la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción, acogimiento, preadoptivo o permanente de menores de seis años; o bien ha de ser notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período.
3. Durante la solicitud o el disfrute de los permisos de lactancia, guarda de un menor, minusválido o familiar; o durante la solicitud de la excedencia por cuidado de hijos o familiares.

<sup>67</sup> Así por todas, en caso de despido durante la reducción de jornada por cuidado de un menor del 37.5 del TRET en que se declara su nulidad por los TSJ de Castilla y León y Cataluña en Sentencias de 20 de septiembre de 2004 (JUR 2004/264243) y 3 de diciembre de 2004 (JUR 2005/34947), respectivamente; y también durante la lactancia [STSJ Andalucía (Sala de Sevilla) de 18 de julio de 2003 (2003/6333)].

por tanto, de tal garantía momentos igualmente críticos para la estabilidad en el empleo, como el período posterior a la reincorporación tras el disfrute del permiso por maternidad. Así lo señala expresamente el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 13 de diciembre de 2003 <sup>68</sup> que declara la improcedencia del despido de una trabajadora por producirse meses después de su reincorporación tras el disfrute de su permiso por maternidad, sin que se encontrase con la jornada reducida o en alguna de las situaciones blindadas.

De nada serviría, por tanto, el reconocimiento de un derecho de carácter voluntario al disfrute del permiso por paternidad si su reconocimiento no llevase aparejada la extensión a este nuevo supuesto de ejercicio de las responsabilidades familiares de la garantía de nulidad descrita para el despido disciplinario y la extinción por causas objetivas. Qué duda cabe que el momento de la reincorporación tras su disfrute es también conflictivo para la estabilidad en el empleo de los trabajadores como en el caso del permiso por maternidad. Y, por ello, la LOI ha incluido (entre las situaciones protegidas con la garantía de la presunción de nulidad del despido y la extinción por causas objetivas) los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por paternidad y el momento posterior a su disfrute, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo; y ello, obviamente, a salvo de que se declare la procedencia de la decisión extintiva o del despido por motivos distintos. Estos nuevos supuestos quedarán comprendidos en los artículos 53.4 y 55.5 del ET y 108.2 y 122.2 de la LPL. Con estas previsiones, la LOI efectúa, en este concreto aspecto, la transposición de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, en relación con la figura del permiso por paternidad.

### *2.2.6. Requisitos formales del permiso por paternidad.*

El trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.

El permiso por paternidad se configura como un derecho de obligada concesión por el empresario, al tratarse de un derecho mínimo de carácter necesario sometido tan solo al requisito formal de su comunicación al empresario, conforme establece el nuevo artículo 48 bis del TRET, con el solo condicionamiento de que se haga con la debida antelación.

Entre los trámites a realizar, se debe solicitar al médico del Servicio Público de Salud un informe de maternidad, quedándose el padre con una copia y correspondiendo, la otra, al Servicio Público de Salud. El trabajador necesitará tener preparada su documentación personal acompañada de los documentos específicos, según el hecho causante sea el parto, la adopción o el acogimiento. El original del informe de maternidad deberá entregarlo el trabajador a la empresa, que lo devolverá cumplimentado. También deberá cumplimentar el modelo oficial de la solicitud de paternidad, adopción o acogimiento o cualquier otro que, aun no siendo oficial, recoja la misma información. Posteriormente, deberá hacer entrega de toda la documentación en alguno de los centros de la Red CAISS (Centros de atención e información del Instituto Nacional de la Seguridad Social).

<sup>68</sup> AS 2004/2444.

### 3. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR PATERNIDAD EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

#### 3.1. Introducción.

Nos hallamos, aquí, ante la vertiente prestacional o de protección económica de una de las –sin duda– más relevantes aportaciones introducidas por la LOI en orden a la mejora de las condiciones para lograr la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, y que pasa por la promoción y el mantenimiento de la corresponsabilidad de unas y otros en la asunción de las obligaciones derivadas del cuidado de los hijos, así como por el fomento de la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, mediante el establecimiento de mecanismos progresivamente<sup>69</sup> más neutros de armonización y por la progresiva «asexualización» de las instituciones jurídico-laborales conciliadoras ya existentes.

En efecto, poco efecto conciliador y, por ende, escasa *vis* corresponsabilizadora cabría atribuir a dicha institución suspensiva si la misma no viniera acompañada, del mismo modo que en el caso de otras análogas (maternidad), de los necesarios mecanismos de procura económica destinados a proporcionar al beneficiario –en este caso, el padre trabajador– las necesarias rentas de sustitución que vengan a garantizar su estabilidad económica durante el período dedicado a la atención de sus obligaciones como progenitor.

En este sentido, la LOI instituye una nueva prestación del sistema de Seguridad Social, denominada «prestación por paternidad», ordenada a subvenir la situación de necesidad económica del varón en el supuesto de disfrute de la suspensión de su contrato de trabajo por esta causa. Así, los nuevos artículos 133 octies, nonies y decies del TRLGSS se dedican a regular el régimen jurídico de este nuevo instrumento de acción protectora<sup>70</sup>.

#### 3.2. La situación protegida.

A efectos de la nueva prestación por paternidad, el legislador considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo del trabajador derivado de las siguientes circunstancias:

<sup>69</sup> Progresión en la que este nuevo mecanismo supone un «primer paso», tal como entendiera el Consejo Económico y Social, en su Dictamen de 26 de abril de 2006: «El CES valora positivamente la creación de este nuevo derecho, que constituye un primer paso para la extensión de la cultura de la corresponsabilidad de ambos progenitores en el cuidado de los hijos, fomentando que el ejercicio de la conciliación de la vida laboral y familiar sea asumido por ambos sexos». CES (2006): Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, Madrid (CES).

<sup>70</sup> Enmiendas presentadas:

- **Congreso de los Diputados:** NÚM. 180 (Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds), NÚM. 428 [Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)], NÚM. 500 (Grupo Parlamentario Socialista del Congreso), NÚM. 501 (Grupo Parlamentario Socialista del Congreso).
- **Senado:** NÚM. 55 (Grupo Mixto), NÚM. 121 (Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió –GPCIU–), NÚM. 135 (Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés –GPECP–), NÚM. 208 (Grupo Parlamentario Socialista –GPS–), NÚM. 206 (Grupo Parlamentario Socialista –GPS–), NÚM. 221 (Grupo Parlamentario Popular en el Senado –GPP–).

nacimiento de hijo, adopción y acogimiento –este último, tanto preadoptivo como permanente o simple, aunque estos sean provisionales–. Encontramos, pues, que el hecho causante de la prestación aparece configurado de manera simétrica al de la prestación por maternidad, si bien solo en su dimensión cualitativa y no en sus aspectos cuantitativos (extensión temporal), por cuanto estos continúan presentándose –como se verá de inmediato– como especialmente cualificados en el supuesto de maternidad, mientras que la suspensión por paternidad y la prestación económica a ella correspondiente presentan una significación cronológica sensiblemente menos relevante (lo que, en definitiva, pone de manifiesto el –todavía– largo recorrido normativo pendiente hasta lograr planteamientos legislativos de auténtica corresponsabilidad de los progenitores).

A continuación, se llevará a cabo con cierto detenimiento un recorrido por algunas cuestiones relativas a los eventuales hechos causantes de la situación suspensiva ubicada bajo la cobertura de este nuevo instrumento prestacional.

- a) El nuevo artículo 133 octies del TRLGSS se refiere en primer término al «nacimiento de hijo». Resulta llamativa la diferencia terminológica entre este precepto y los artículos 133 bis y ter, que se refieren, respectivamente, a la «maternidad» y al «parto». Si bien resulta claro que todos estos conceptos comparten la nota común de desenvolverse en el ámbito de la dimensión biológica de la filiación, no es menos cierto que, *a priori*, cada uno de ellos puede ser susceptible de reconocérsele un alcance distinto. En efecto, «maternidad» parece hacer referencia estricta al proceso generativo –a término o no– concluido de modo «normal» (es decir, con nacimiento de hijo vivo y desarrollo de los vínculos relacionales materno-filiales); por su parte, el término «parto» parece aludir, de manera más taxativa, al mero hecho de la conclusión –prematura o a término– del proceso gestacional, con abstracción del resultado del mismo (lo que incluiría, por tanto, los supuestos de alumbramiento de una criatura muerta, o abortiva o, incluso, el nacimiento de hijo vivo que fallece posteriormente); por último, la expresión «nacimiento de hijo» resulta mucho más diáfana desde el punto de vista semántico, pues parece referirse, concretamente, al nacimiento de hijo vivo –al menos, en principio– que origina el desarrollo de los vínculos relacionales –en este caso– paterno/materno-filiales.

Según esto y, por consiguiente, desde una perspectiva interpretativa **estrictamente literal** –y siguiendo la argumentación expuesta al abordar el contenido del art. 48 bis del TRET–, podría cuestionarse la simetría inicial que destacábamos en cuanto a los supuestos de hecho protegidos por la prestación por maternidad y los amparados por la de paternidad pues, mientras aquella da cabida a los procesos de gestación, llegados a término, con nacimiento de hijo vivo, a los casos de morte del hijo (tanto intrauterina, como acaecida durante el parto o, también, postnatal), y a los supuestos de gestación interrumpida (con duración mínima de 180 días y con independencia de que la criatura expulsada viva y resulte viable, o no), la prestación por paternidad solo podría entenderse procedente en caso de nacimiento de criatura viva.

Entendemos, no obstante, que desde una interpretación teleológica y sistemática, ha de concluirse que la apuntada diferencia terminológica solo puede ser aparente y, por tanto, carente de repercusión protectora. Y ello porque no puede perderse de vista que la finalidad del

permiso –y de la prestación por paternidad– gravita en torno a la corresponsabilidad familiar la conciliación de la vida personal y laboral de trabajadores y trabajadoras por lo que no solo ha de afectar a la necesaria participación del padre en el cuidado del hijo sino –también– propiciar el cuidado de la mujer puérpera (o que ha visto interrumpida su gestación ya madura que, con mejor o peor fortuna para el producto de la gestación, ha de –igualmente– reponerse de las consecuencias físicas y psicológicas del proceso biológico generativo.

En este sentido, y si bien con las limitaciones temporales –a nuestro juicio, excesivas– impuestas por el legislador, la prestación por paternidad comprenderá la situación suspensiva originada por la paternidad biológica en los siguientes casos:

- Procesos de gestación, llegados a término, cuando el hijo nace vivo, pero también en los casos de muerte del hijo (que, en ausencia de mayor concreción reglamentaria, ha de entenderse tanto intrauterina, como acaecida durante el parto o, también, postnatal).
- Supuestos de gestación interrumpida ante tempus, si bien cuando hayan alcanzado una duración mínima de 180 días; tal interrupción podrá haber acaecido de modo espontáneo o natural (lo que comúnmente se conoce como «parto prematuro») o bien por inducción (debiendo entenderse incluida aquí solamente la interrupción del embarazo realizada con finalidad terapéutica, por ser la única que puede practicarse, incluso, más allá de los primeros 180 días de gestación), con independencia de que la criatura expulsada viva y resulte viable, o no.

Y todo ello, en nuestra opinión, incluso en el caso de fallecimiento de la madre pues, aunque en tal caso la titularidad del permiso y el derecho a la prestación por maternidad corresponden al padre trabajador, nada parece obstar al posible disfrute acumulado del permiso y la prestación por paternidad con aquel.

- b) En lo que atañe a la **adopción y el acogimiento familiar**, preadoptivo o permanente –aún provisionales– ha de puntualizarse que ambas instituciones (adopción y acogimiento) deberán ir referidas a menores de edad, si bien cabe distinguir entre una adopción y un acogimiento que, pudiéramos denominar, «de carácter general», y otros, «de carácter especial», que afecten a menores con discapacidades <sup>71</sup> o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiar; en el primer caso (adopción y acogimiento familiar «generales»), la edad del adoptado o del acogido viene acotada, debiendo ser inferior a seis años; en el segundo caso (supuestos «especiales»), bastará con que el adoptado o acogido sea menor de dieciocho años (art. 2.2, inciso segundo, del RD 1251/2001).

<sup>71</sup> Y es que, por analogía a lo establecido para la prestación por maternidad en el artículo 2.2, inciso tercero, del Real Decreto 1251/2001, en caso de adopción o acogimiento familiar, preadoptivo o permanente, se entenderá que el adoptado o acogido presenta alguna discapacidad «cuando acredite una minusvalía en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía»; dicha acreditación supone, por consiguiente, que será el IMSERSO o el servicio autonómico correspondiente, en su caso, el que deberá certificar el grado de minusvalía existente.

### 3.3. La condición de beneficiario.

La condición de beneficiario: de acuerdo con el nuevo artículo 133 nonies, quedan configurados como beneficiarios del subsidio por paternidad los trabajadores por cuenta ajena (con inclusión de los contratados para la formación <sup>72</sup>) que disfruten de la suspensión homónima y que, en una interpretación integradora de los nuevos artículos 133 octies del TRLGSS y 48 bis TRET, serán quienes tengan la condición de *padre u otro progenitor*, con el alcance visto para dichos términos en los comentarios realizados *supra* a la disposición adicional undécima. Once de la LOI. En cualquier caso, conviene recordar que podrán disfrutar de la suspensión por paternidad, de acuerdo con tales definiciones:

- El padre biológico.
- El varón cónyuge o pareja de hecho de la madre biológica («el otro progenitor»), cuando, no constando la paternidad, reconozca al hijo como propio o lo adopte <sup>73</sup>.
- En la misma condición de «el otro progenitor», en matrimonios entre mujeres, la cónyuge de la madre biológica, si bien solo en el caso de que adopte al menor <sup>74</sup>.
- El padre adoptivo en matrimonios o parejas de hecho heterosexuales.
- Uno cualquiera de los cónyuges adoptantes en el caso de matrimonios homosexuales.
- En caso de acogimiento simple o permanente: el padre de acogida (en caso de matrimonio o pareja de hecho heterosexual); uno de los dos padres de acogida, en parejas de homosexuales varones y, también, una de las dos madres de acogida (el otro progenitor), en caso de parejas de mujeres.
- En caso de acogimiento preadoptivo (art. 173 del Código Civil) los mismos beneficiarios que en el caso de adopción.

En cualquier caso, además, téngase en cuenta a estos efectos que la disposición adicional decimotava. Veintiuno de la LOI ha dado, asimismo, en modificar la disposición adicional undécima bis TRLGSS, en el sentido de introducir la protección por paternidad de las personas trabajadoras incluidas en los Regímenes Especiales, ya se trate de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, atribuyéndoles una protección económica por paternidad de la misma extensión y en los mismos términos y condiciones previstos para los trabajadores del Régimen General.

En el supuesto de trabajadores por cuenta propia, los períodos durante los que se tendrá derecho a percibir el subsidio por paternidad serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como

<sup>72</sup> A quienes, conforme a la nueva redacción de la disposición adicional sexta TRLGSS –*ex* disposición adicional decimotava. Dieciocho de la LOI– se extiende, ahora, la protección por paternidad.

<sup>73</sup> Tal posibilidad quedaría, lógicamente, supeditada a la vigencia cronológica en el momento en que se produzca la resolución judicial de adopción.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecido para los trabajadores por cuenta ajena, pudiendo dar comienzo el abono del subsidio por paternidad a partir del momento del nacimiento del hijo. Los trabajadores por cuenta propia podrán, igualmente, percibir el subsidio por paternidad en régimen de jornada parcial, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente.

Tanto para los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales como para los trabajadores pertenecientes al Régimen Especial de Empleados de Hogar que sean responsables de la obligación de cotizar, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que los interesados se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.

No obstante todo lo anterior, resulta necesario realizar, en esta sede, algunas reflexiones críticas atinentes al ámbito subjetivo de la prestación. La crítica fundamental viene referida al empleo del término «los trabajadores» por parte del artículo 133 octies del TRLGSS, que define a los beneficiarios de la prestación por paternidad, aludiendo, aparentemente, solo a los trabajadores del sexo masculino (en otros preceptos, tanto del TRET como del TRLGSS, cuando el legislador desea aludir a ambos sexos, lo hace expresamente; aquí, no). Nuestra crítica debe, necesariamente, prever las dos posibles razones –una sustantiva y otra, puramente formal– por las que el legislador emplea dicha expresión que, como se verá, resulta igualmente desafortunada sea cual sea la razón de su presencia. Veamos.

La primera posible explicación del uso de la aludida expresión (el TRLGSS está pensando únicamente en trabajadores del sexo masculino) incide directamente sobre el posible «universo» de beneficiarios de la prestación económica por paternidad, y provoca un «choque» frontal con el elenco de sujetos comprendidos en el artículo 48 bis del TRET como eventuales beneficiarios del permiso o suspensión homónima; se genera, así, una discrepancia en el ámbito subjetivo de protección que resulta inadmisibles, pues dejaría fuera de la cobertura económica por paternidad a personas que, en aplicación del precepto estatutario, y aun cumpliendo los requisitos de alta y cotización exigidos por el TRLGSS, se hallen en situación de suspensión por tal circunstancia.

Nos estamos refiriendo, concretamente, al supuesto de los matrimonios entre mujeres en que, habiendo adoptado un hijo, una de ellas decide hacer uso del mecanismo suspensivo establecido en el artículo 48 bis del TRET (recuérdese que podrán hacerlo, tanto una como otra, pero solo una de ellas, quien, por tanto, y respecto de la aplicación del referido precepto estatutario, tendrá la consideración no –obviamente– de «padre», sino de «otro progenitor»). Igualmente, en el caso –posible– de una mujer que adopta individualmente al hijo biológico de su cónyuge femenina (cuando se dé la difícil circunstancia, ya advertida, de que una coincidencia de los *tempos* –biológicos y judiciales– haga posible el disfrute de la suspensión por paternidad).

La segunda explicación, que entendemos más factible por resultar operativamente más inocua, se referiría a una circunstancia meramente formal: el uso del término masculino «trabajadores» como sustantivo genérico neutro; estaríamos ante un uso sexista del lenguaje realmente paradójico, sobre todo si tenemos en cuenta que esta redacción viene introducida por una ley que se dice «para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres».

Además de hallarse disfrutando del período suspensivo regulado en el artículo 48 bis del TRET, quienes aspiren a recibir la protección económica del sistema de Seguridad Social por paternidad deben cumplir otros requisitos: reunir la condición general exigida en el artículo 124.1 del TRLGSS (estar afiliado/a y en alta, o situación asimilada) y acreditar un período mínimo de cotización de cien- to ochenta días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha sus- pensión, o, alternativamente, trescientos sesenta días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha (amén de otras condiciones que reglamentariamente se determinen).

Por lo que se refiere a la acreditación, por el/la solicitante, del período previo de cotización en el caso de los *trabajadores/as contratados/as a tiempo parcial*, la disposición adicional séptima del TRLGSS [en la nueva redacción dada a la letra a) de la regla segunda de su apartado 1 por la dispo- sición adicional decimoctava.Diecinueve.1 de la LOI] establece –de idéntico modo que para el acceso a la prestación por maternidad– que se computarán exclusivamente las cotizaciones efectua- das en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equi- valencia en días teóricos de cotización; con tal propósito, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por 5, equivalente diario del cómputo de 1.826 horas anuales.

De otra parte, y ya con carácter general, surge inmediatamente un dato indeterminado en lo relativo a la localización exacta del período de cotización mínimo requerido; en efecto, el artículo 133 decies del TRLGSS establece como momento para el inicio del cómputo del período de carencia el del inicio de la suspensión por paternidad. En la medida que este momento es variable, igualmen- te lo será el del cómputo del período de carencia (en efecto, y según prevé el art. 48 bis del TRET, el inicio de la suspensión podrá producirse durante todo el período comprendido entre la finalización del permiso por nacimiento de hijo –o desde la fecha de la resolución judicial de adopción, o de la decisión administrativa o judicial de acogimiento– hasta que finalice la suspensión por maternidad o, también inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión).

### 3.4. Cuantía de la prestación.

Como establece el artículo 133 decies, la prestación económica por paternidad consistirá en un subsidio que se determinará en la forma establecida por el artículo 133 quater para la prestación por maternidad. Tal remisión supone, pues, que las personas beneficiarias de la protección por pater- nidad tendrán derecho al percibo de un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente a la trabajadora/trabajador beneficiarios/as; la base reguladora a la que se hace refe- rencia es, como la norma dispone, la misma utilizada para el cálculo de la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes <sup>75</sup> (por tanto, con carácter general, la base de cotización

<sup>75</sup> En los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo (por la madre y por el padre) de la suspensión por maternidad y, por tanto, la prestación económica correspondiente, el importe de la prestación se determinará para cada uno en función de su respectiva base reguladora (art. 6.3 del RD 1251/2001) y, además, con un *tempo* diferente para cada uno de ellos en el supuesto de disfrute sucesivo (ya que, en tal caso, la base reguladora del padre trabajador será, lógicamente, no la del mes anterior al inicio del descanso por la madre, sino la correspondiente al mes anterior al inicio del disfrute por aquel); en este sentido, también, GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGARTUA MIRÓ, M.<sup>ª</sup> T.: *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, pág. 44.



correspondiente a la mensualidad inmediatamente anterior a la baja, y que no se verá alterada por ninguna eventual modificación salarial –excepto las pactadas en convenio colectivo, cuyos efectos se retrotraigan a una fecha anterior a la producción del hecho causante de la situación de paternidad–. No obstante, y para el supuesto particular de trabajadoras/es con relaciones de trabajo a tiempo parcial, prevé la disposición adicional séptima del TRLGSS [en la nueva redacción dada a la letra a) de la regla tercera de su apartado 1 por la disposición adicional decimoctava.Diecinueve.2 de la LOI] establece –de idéntico modo que para el acceso a la prestación por maternidad– que la base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente se calculará conforme a la regla general. Para las prestaciones por maternidad y por paternidad, la base reguladora diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365.

En cualquier caso, y como se verá al abordar la duración de la prestación, debe recordarse que el nuevo artículo 48 bis del TRET prevé la posibilidad de disfrute de la suspensión por paternidad (y, por ende, de la prestación económica correspondiente) bajo la modalidad de **a tiempo parcial**, si bien no indeterminada, sino **con un mínimo** del 50 por 100; puede advertirse, ya *a priori*, que el recurso a esta modalidad de disfrute va a tener repercusiones inmediatas en orden a la cuantía de la prestación económica a percibir: en efecto, en estos casos, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción experimentada en la jornada laboral desarrollada.

La cuantía del 100 por 100 resultaba forzosa, tanto desde una perspectiva –como la adoptada por la ley– de igualdad real y efectiva, como atendiendo al propósito corresponsabilizador de ambos progenitores perseguido por la LOI. Como la doctrina científica ha considerado respecto de la prestación por maternidad <sup>76</sup>, tal cuantía favorece la estabilidad en el empleo de los trabajadores/as beneficiarios/as, así como el mantenimiento de su capacidad económica, al constituirse un verdadero *salario maternall/paternal*, cuantitativamente muy similar al salario habitual que la trabajadora (o trabajador) viniera percibiendo.

Como se ha señalado, existe una absoluta vinculación entre la «sustantividad» de los períodos de inactividad profesional habilitados para los trabajadores/as y la «adjetividad» de la protección económica dispensada, en tales casos, por el sistema de Seguridad Social, con la finalidad de proveer a los trabajadores/as de unas rentas de sustitución que eviten el quebranto económico derivado del cese temporal en su trabajo. En el caso de la protección económica por paternidad, tal vinculación o correspondencia también existe, extendiéndose el derecho a la prestación durante todo el período suspensivo (trece días ininterrumpidos, más dos días adicionales por cada hijo a partir del segundo en los supuestos de nacimiento, adopción o acogimiento múltiples) <sup>77</sup>. La situación de paternidad, recuérdese, podrá iniciarse durante todo el período comprendido entre la finalización del permiso por nacimiento de hijo –o desde la fecha de la resolución judicial de adopción, o de la decisión administrativa o judicial de acogimiento– hasta que finalice la suspensión por maternidad, o también, inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión. Ha de tenerse en cuenta, a estos

<sup>76</sup> De esta manera, GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1997): *La protección por maternidad*, Valencia (Tirant lo Blanch), pág. 148.

<sup>77</sup> Recuérdese, en cualquier caso, que de acuerdo con la disposición transitoria novena de la LOI, el Gobierno ampliará, de forma progresiva y gradual, la duración de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad hasta alcanzar, a los ocho años de la entrada en vigor de la ley, una duración final de 4 semanas.

efectos, la posibilidad de que el padre u «otro progenitor» disfruten de parte –o, incluso, de todo– el permiso por maternidad, además del correspondiente por paternidad, y las correspondientes prestaciones del sistema de Seguridad Social. De esta manera, piénsese en los siguientes casos:

a) Maternidad/paternidad biológicas:

- La madre cede al padre parte del permiso por maternidad, que aquel disfrutará además del de paternidad, si así lo desea; en este caso, y satisfechos los requisitos de alta y cotización, el padre podrá acceder a la situación de maternidad, en primer lugar y, concluida esta, a la de paternidad (o viceversa), sin solución de continuidad entre ambas situaciones, o bien con ella (puede ser que, entre una y otra situación, decida reincorporarse a su puesto de trabajo durante un cierto tiempo, si bien teniendo en cuenta las limitaciones del marco temporal en el que necesariamente han de abrirse y cerrarse ambas situaciones).
- La madre fallece durante o tras el parto, convirtiéndose el padre en el titular del permiso por maternidad en su integridad. Aquí, entendemos que por su *vis atractiva*, se abriría en primer término la situación de maternidad –su duración, más prolongada que la de paternidad, ofrece mayores garantías de protección para interés del menor– (además, absorbería –por imposibilidad de disfrute– el permiso retribuido por nacimiento de hijo), mientras que la situación de paternidad solo podría abrirse una vez concluida aquella.
- El neonato permanece ingresado tras el parto, por prematuridad o por otras causas: el artículo 7.4 del Real Decreto 1251/2001 prevé que la percepción de la prestación por maternidad podrá *interrumpirse*, previa solicitud tanto de la madre como del padre (según sea una u otro la/el beneficiaria/o); entendemos que, por lo que se refiere a la prestación por paternidad, si esta situación se abriera ya *ab initio*, ha de preverse, asimismo, la posibilidad de interrupción; no obstante, la interrupción de la prestación por paternidad operaría desde el mismo momento de la hospitalización puerperal del hijo, sin que resulte aplicable aquí la espera referida al transcurso del período de descanso puerperal obligatorio –solo aplicable a la madre–; además, la interrupción cursaría con «congelación» de la base reguladora correspondiente y se mantendría hasta el momento del alta hospitalaria del neonato, momento a partir del cual se volverá a disfrutar el «permiso» y, por ende, la prestación, durante el tiempo que, todavía, quedase pendiente de aplicación.

b) Maternidad/paternidad por adopción o acogimiento de menores:

La titularidad del permiso por maternidad, indistinta para ambos progenitores o acogedores, posibilitará el disfrute compartido o bien exclusivo por uno de ellos; podrá darse perfectamente la eventualidad de que el padre u «otro progenitor», además del permiso por maternidad que le corresponda y decida disfrutar, disfrute, asimismo, del correspondiente por paternidad. Por tanto, aquí, –nuevamente– satisfechos los requisitos de alta y cotización, el padre/otro progenitor podrá acceder a la situación de maternidad, en primer lugar y, concluida esta, a la de paternidad (o viceversa), sin solución de continuidad entre ambas, o bien reincorporándose temporalmente a su puesto de trabajo entre una y otra situación, aunque sin olvidar las limitaciones del marco temporal en el que necesariamente se inscriben ambas situaciones.

A todo lo anterior han de añadirse las necesarias puntualizaciones derivadas de la posibilidad legal de configurar el descanso/permiso por paternidad no como cese absoluto del trabajo, sino –por lo que afecta meramente al tiempo de trabajo, que se contrae– como un cese *a tiempo parcial*, como una especie de reducción de jornada, de un mínimo del 50 por 100, previo acuerdo entre trabajador y empleador. En este supuesto, y sin perjuicio del previsto y aún *non nato* desarrollo reglamentario, parece previsible que el período durante el que se disfrute el permiso sufra una ampliación directamente proporcional a la jornada de trabajo realizada. Tal «metamorfosis» –que obligaría (salvo acuerdo novatorio entre empresario y trabajador/a) al disfrute ininterrumpido bajo la modalidad a tiempo parcial<sup>78</sup>– podría llevarse a cabo en cualquier momento del permiso, tanto al inicio del mismo, como en un momento posterior y podría extenderse a su totalidad o a una parte; por su parte, la prestación económica por paternidad, reducida en la cuantía que corresponda a la proporción de jornada laboral «mantenida», se percibiría desde la fecha de inicio del permiso (tanto si el mismo se inicia ya a tiempo parcial, como si tal acaeciera posteriormente) y se percibiría en tanto en cuanto dure la situación suspensiva (siquiera referida a parte de la jornada).

De otra parte, resulta asimismo necesario referirse a la duración del derecho a la percepción del subsidio en el caso de los trabajadores contratados a tiempo parcial; no existe aquí regla especial alguna, pues la prestación se abonará durante todos los días en los que el/la beneficiario/a permanezca en situación de paternidad, adopción o acogimiento, *con la duración legalmente prevista* para dichas situaciones.

Otra de las cuestiones a las que cabe aludir en esta sede es a la *influencia de las situaciones de huelga y de cierre patronal en el reconocimiento y disfrute de la prestación económica por paternidad*; sin perjuicio de la previsión reglamentaria futura, cabe traer aquí a colación el régimen establecido para la prestación por maternidad; el Real Decreto 1251/2001, en su artículo 7.3, indica que dichas eventualidades no podrán ser impeditivas ni del reconocimiento del derecho al subsidio, ni de la percepción efectiva del mismo.

Indiscutible influencia sobre el nacimiento, duración y extinción de la prestación económica por paternidad posee, igualmente, el fenómeno de la *sucesión y, en su caso, solapamiento de situaciones protegidas*; en efecto, tal puede acontecer –aunque resulte, *de facto*, poco probable– cuando, disfrutándose de permiso por paternidad biológica, se verificara de modo efectivo una adopción o un acogimiento (y viceversa, incluso cuando a un proceso de adopción o acogimiento sigue otro, sin solución de continuidad del permiso generado por el primero). No parece haber objeción para que, en analogía a lo que sucede en los casos de excedencia, cuando un nuevo sujeto causante diera lugar a un nuevo permiso, este último determinaría la finalización del anterior, abriéndose un nuevo período suspensivo con el subsiguiente percibo de prestación económica. El encadenamiento de permisos y de prestaciones y, por tanto, la situación de suspensión y la protección económica del sistema de Seguridad Social podrán disfrutarse por los interesados sin solución de continuidad, mientras se siga produciendo la superposición de situaciones protegidas.

<sup>78</sup> Tal disfrute ininterrumpido no debería obstar a que el régimen de disfrute pueda, posteriormente, modificarse (a iniciativa del/la trabajador/a), cuando medie causa relacionada con la salud de este/a o la del menor. No obstante, tal modificación no podrá operar por la mera voluntad del/la trabajador/a sino que será necesario un nuevo acuerdo entre este/a y el empresario.

### 3.5. La obligación de cotizar durante la situación protegida.

Conforme a lo previsto en artículo 106, apartado 4, del TRLGSS <sup>79</sup>, durante la situación de paternidad **continuará la obligación de cotizar**; tal previsión constituye una parte adicional de la misma acción protectora dispensada por el sistema de Seguridad Social en tal situación (y así cabe inferirlo de la misma dicción del art. 124.3. TRLGSS <sup>80</sup>: «Las cuotas correspondientes a la situación de incapacidad temporal, de maternidad, de paternidad, de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural serán computables a efectos de los distintos períodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones»).

Por lo que se refiere a los *sujetos obligados*, ha de señalarse, en primer lugar, que al empresario solo le corresponde cotizar e ingresar aquella parte de la cuota que sea de su cargo; la parte correspondiente al/a la trabajador/a será descontada directamente de la prestación a percibir (en el momento de hacerla efectiva), por la Entidad Gestora, que la ingresará en la Tesorería General de la Seguridad Social. En cualquier caso, cuando la gestión del pago del subsidio por paternidad se encomiende al Instituto Nacional de Empleo por la Entidad Gestora correspondiente (por hallarse el/la beneficiario/a percibiendo la prestación por desempleo en el momento de iniciarse la situación de paternidad), de la cuantía de dicho subsidio se deducirá el importe de las cotizaciones a la Seguridad Social a cargo del beneficiario.

En este sentido, además, hay que tener en cuenta las previsiones establecidas por el nuevo apartado 6 del artículo 124 del TRLGSS –introducido por la disposición adicional decimoctava. Cuatro de la LOI– según las cuales el período por paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

### 3.6. La extinción del derecho a la prestación.

Como se viene diciendo, por aplicación analógica del Real Decreto 1251/2001 (art. 7), en tanto no se lleve a cabo el desarrollo reglamentario específico previsto, el derecho a la prestación económica por paternidad será susceptible de las siguientes causas extintivas:

- Por el transcurso del plazo máximo de duración del período suspensivo correspondiente.
- Cuando se produzca una reincorporación voluntaria al trabajo por parte del/la beneficiario/a del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración del mencionado período de descanso.

<sup>79</sup> Modificado por la disposición adicional decimoctava.Dos de la LOI.

<sup>80</sup> *Ibidem*, apartado Tres.

- Por el fallecimiento del beneficiario/a, salvo que pueda continuar en el disfrute del período de descanso el progenitor sobreviviente, según las condiciones legal o reglamentariamente establecidas.
- Por el fallecimiento del hijo o acogido.
- Además de lo anterior, se prevé la concurrencia de ciertas causas que pueden determinar la *pérdida o suspensión del derecho a la prestación por paternidad* (y respecto de estas, si hay una remisión expresa a las de la prestación por maternidad *ex art. 138 decies del TRLGSS*); algunas de ellas obedecen a circunstancias que pudiéramos denominar «técnicas» (por ejemplo, el transcurso de las cuatro semanas que pueden disfrutarse anticipadamente a la constitución de la adopción –en los casos de adopción internacional, al objeto de que los adoptantes cumplan el requisito de permanencia en territorio del país de origen del adoptado– sin que se haya verificado todavía la misma; en tal caso, el derecho al percibo de la prestación no se generará hasta que se aporte la documentación que acredite que la adopción se ha, finalmente, constituido); otras vienen, como tales causas de suspensión, expresamente consignadas en los artículos 133 quinquies del TRLGSS y 10 del Real Decreto 1251/2001 y basadas, fundamentalmente, en una percepción ilegítima de la prestación por los beneficiarios: en primer lugar, la actuación fraudulenta del/la beneficiario/a para obtener o conservar el subsidio; en segundo término, el trabajo por cuenta propia o ajena realizado por el/la beneficiario/a durante los correspondientes períodos de descanso, salvo la percepción de un subsidio por paternidad en régimen de jornada a tiempo parcial.

De otra parte señalar que, además –de acuerdo con la nueva redacción dada al artículo 172.1 b) del TRLGSS por la disposición adicional decimoctava. Once de la LOI–, la introducción de la prestación económica por paternidad provoca la inclusión de las personas perceptoras de la misma en el elenco de eventuales sujetos causantes de las prestaciones por muerte y supervivencia reguladas en el artículo 171 del TRLGSS.

### **3.7. Posibles interacciones entre la situación/prestación por paternidad y una eventual situación/prestación por incapacidad temporal. Concurrencia con la extinción de la relación laboral.**

La sucesión, solapamiento o concatenación entre las situaciones protegidas por razón de paternidad y las incluidas en el ámbito de la incapacidad temporal pueden generar situaciones conflictivas en la dinámica de la prestación aquí comentada; algunas de estas dudas se refieren a la posibilidad de causar derecho a la prestación por paternidad, a la posibilidad de suspender el percibo de la misma... y, de otro lado, a la posibilidad de acceder –o mantener, según los casos– a la protección por incapacidad temporal, máxime cuando dichas prestaciones se desarrollen en el marco de una relación laboral ya extinguida.

En este momento, dado el todavía corto «recorrido» de la prestación por paternidad, así como la inexistencia de un desarrollo reglamentario que concrete los detalles relativos al régimen jurídico de la misma, solo nos cabe conjeturar sobre la posible –y, en nuestra opinión, conveniente– articulación de ciertas reglas, en algún caso análogas a las establecidas para la prestación por maternidad. Dos razones concurren que pueden avalar tal criterio:

- En primer lugar, la aplicación –tradicionalmente indiferenciada– de tales reglas en el caso del disfrute por el padre del permiso y de la prestación por maternidad.
- En segundo lugar, la identidad de razón –siquiera parcial– que subyace en ambas prestaciones –maternidad y paternidad–, por cuanto una y otra se ordenan a la protección económica de las personas trabajadoras durante permisos dirigidos al cuidado temprano del hijo/menor acogido y al adecuado establecimiento de las relaciones afectivas con el mismo (incluso puede advertirse esa identidad de razón en las situaciones de maternidad y paternidad biológicas pues, si bien en la primera la acción protectora –y el permiso correspondiente– comprende, también, la recuperación física y psicológica de la madre –a la que concurrirá tanto su propio descanso como el disfrute del permiso por el padre que, con ello, ayudará también, sin duda, a esa recuperación, al compartir el cuidado del recién nacido–, no es menos cierto que ese efecto «cooperador» y de ayuda al restablecimiento de la puérpera también se da con el disfrute del permiso/prestación por paternidad por el padre).

De acuerdo, pues, con la apuntada premisa, podrían aventurarse las siguientes soluciones provisionales:

- a) Por lo que afecta a la posibilidad de acceder a la prestación por paternidad desde una situación suspensiva (la incapacidad temporal) o, incluso, desde una relación laboral ya extinguida (situación de desempleo subsidiado), recuérdese que el nuevo artículo 133 nonies del TRLGSS exige –además de los ya conocidos requerimientos de cotización mínima– que, para acceder a la prestación económica por paternidad, la persona beneficiaria se halle en alta o en situación asimilada a ella. Tal cuestión quedaría resuelta, para una paternidad sobrevenida a una situación de incapacidad temporal o a una situación de desempleo, por la calificación de una y otra como *situaciones asimiladas al alta* a efectos del reconocimiento del derecho a la prestación por paternidad (del mismo modo que lo son para la prestación por maternidad). Tal consideración parece subyacer a las previsiones contenidas, a este respecto, en la disposición adicional decimoctava. Quince, Dieciséis y Diecisiete de la LOI, modificando los apartados 2 y 3 del artículo 222 del TRLGSS.
- b) De otra parte, cabe referirse, asimismo, al caso de una incapacidad temporal sobrevenida durante la suspensión de la prestación por paternidad en los supuestos de hospitalización del neonato: es decir, cuando se haya interrumpido la percepción del subsidio por paternidad y, una vez reanudada la correspondiente prestación de servicios o la actividad, el

interesado iniciase un proceso de incapacidad temporal, dicho proceso quedaría interrumpido por el alta hospitalaria del menor, con la consiguiente reanudación del subsidio por paternidad. No obstante, si, una vez finalizado este persistiese la situación de incapacidad temporal, se reanudaría el subsidio correspondiente a esta última contingencia, que había sido interrumpido <sup>81</sup>.

- c) Cabe interrogarse, no obstante, sobre qué ocurriría con las situaciones de incapacidad temporal sobrevenidas a una situación de paternidad; en estos casos, debería preverse –del mismo modo que para la prestación por maternidad– que durante la situación de paternidad no proceda (salvo la excepción que inmediatamente se comentará) el reconocimiento del derecho al subsidio por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales sobrevenidas durante dicho período <sup>82</sup>. No obstante lo anterior, cuando la situación de incapacidad temporal sobrevenga en una situación de *paternidad disfrutada en la modalidad de a tiempo parcial*, debería producirse una suerte de compatibilidad extraordinaria: así, debería poder percibirse *simultáneamente* el subsidio correspondiente a esta situación, de acuerdo con el régimen jurídico que le sea de aplicación <sup>83</sup>; si se agotara la prestación por paternidad y el/la beneficiario/a continuase en situación de incapacidad temporal, mantendrá la percepción del subsidio por incapacidad temporal, aunque, ahora, en la cuantía correspondiente al régimen de jornada completa (aunque, a efectos de su duración y porcentaje, se tomará como referencia la fecha de la baja médica en el trabajo en régimen de jornada a tiempo parcial).
- d) Si añadimos una tercera variable (la extinción del contrato de trabajo del/la beneficiario/a), encontramos las siguientes situaciones:

1. La extinción se produce una vez iniciado el permiso por paternidad:

- Se mantendrá el percibo de la prestación por paternidad hasta el término de tal situación, volviendo a pasar el/la beneficiario/a, a su término, a la situación de incapacidad temporal –con abono de la correspondiente prestación–, por cuanto esta situación se causó estando *vigente* el contrato de trabajo.
- De igual modo, si la extinción del contrato de trabajo se produce durante el disfrute del permiso (como prevé el nuevo art. 222.2 del TRLGSS) el/la trabajador/a seguirá percibiendo la prestación por paternidad hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. En este caso no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo el tiempo que hubiera permanecido en situación de maternidad o de paternidad. Además, si el permiso por

<sup>81</sup> Así, para la prestación por maternidad, *ex* artículo 9.6 del Real Decreto 1251/2001.

<sup>82</sup> *Ibidem*, artículo 9.3.

<sup>83</sup> En tal caso, la base reguladora se debería calcular sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial que se viniera compatibilizando con el subsidio por paternidad.

paternidad se disfrutara en régimen de jornada a tiempo parcial, dada la extinción del contrato, a partir de ese momento se percibirá en su totalidad el subsidio por paternidad hasta su extinción.

- Si el padre u otro progenitor ya estuviese disfrutando la prestación por paternidad, en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, la prestación que le corresponda se mantendrá en los términos en que la estuviere percibiendo. Una vez finalizado el permiso, si persistiera la anterior situación de incapacidad temporal, se reanuda el cómputo interrumpido y el abono del subsidio correspondiente.

2. Si la extinción del contrato se produce antes del inicio del permiso por paternidad:

- Ha de puntualizarse, en cualquier caso que, de acuerdo con el nuevo apartado 3 del artículo 222 del TRLGSS, si la extinción del contrato de trabajo del padre u otro progenitor se produjera antes del inicio del permiso por paternidad, el subsidio que, en su caso, corresponda, se debería percibir en su cuantía íntegra, no pudiendo disfrutarse el permiso ni la prestación en régimen de jornada a tiempo parcial; se suspenderá la prestación por desempleo y la cotización a la Seguridad Social, pasándose a percibir la prestación por paternidad. Una vez extinguida esta, se reanuda la prestación por desempleo, por la duración que restaba por percibir y la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión.
- Aunque el trabajador/a no haya pasado a la situación de desempleo total percibiendo prestación económica de nivel contributivo, o esta se hubiera extinguido durante la incapacidad temporal precedente a la situación de paternidad, debería causar derecho a la prestación económica derivada de esta última contingencia, interrumpiéndose la incapacidad temporal anterior al nacimiento, adopción o acogimiento, y el abono del subsidio correspondiente, que se sustituiría –desde el día de inicio de la situación de paternidad– por el subsidio asignado legalmente a esta última.
- También se causaría derecho a la prestación económica 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 esta al día siguiente de aquella.

### 3.8. La gestión de la prestación por paternidad.

Conforme a lo prevenido por la disposición adicional undécima ter del TRLGSS –tal como ha quedado redactada por la disp. adic. decimoctava. Veintidós de la LOI– la prestación económica por paternidad será gestionada directamente por la Entidad Gestora respectiva, y el pago del subsidio



será realizado directamente por esta, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas <sup>84</sup>. De cualquier modo, ha de tenerse en cuenta el caso especial de aquellos trabajadores que, percibiendo la prestación por desempleo total, pasen a la situación de maternidad; en tal supuesto, la Entidad Gestora podrá concertar la encomienda de la gestión con el Instituto Nacional de Empleo para el pago de la prestación. El pago del subsidio se realizará por períodos vencidos.

El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad se iniciará a instancia del trabajador o trabajadora, mediante solicitud dirigida a la Dirección Provincial de la Entidad Gestora competente (según el Régimen de encuadramiento) de la provincia en que tenga su domicilio.

Finalmente, hay que recordar que, de acuerdo con lo previsto por la disposición transitoria séptima.1 de la LOI, que se ocupa de establecer el régimen transitorio, entre otros, de los nuevos derechos en materia de paternidad, las nuevas previsiones legales serán de aplicación, únicamente, a los nacimientos, adopciones o acogimientos producidas o constituidas a partir de su entrada en vigor.

---

<sup>84</sup> Algún sector de la Doctrina científica, analizando la cuestión desde la perspectiva de la prestación por maternidad [BALLES-TER PASTOR, M.ª A.: *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000] ha objetado un cierto perjuicio económico para los beneficiarios respecto de la modalidad de pago delegado (en la que aquellos pasaban, sin solución de continuidad, de percibir su salario a percibir la prestación) al pago directo por la Entidad Gestora (en el que el trámite administrativo solicitud-reconocimiento implica forzosamente un cierto –y breve– *impasse* en el que los beneficiarios carecen de ingresos). Tal relativo perjuicio ha de entenderse, en nuestra opinión y por lo que afecta tanto a la prestación de maternidad como, por lo que ahora nos ocupa, la de paternidad, puramente teórico, pues, de un lado, el hecho de que la prestación se abone por períodos vencidos, unido a la expresa cobertura prestacional de todo el período que abarque la situación protegida (desde el primer día –art. 133 octies TRLGSS–) hacen que tal desfase resulte, en la práctica, imperceptible.

# Bibliografía

- BALLESTER PASTOR, M.<sup>a</sup> A. [2000]: *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*, Valencia (Tirant lo Blanch).
- CES [2006]: *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres*, Madrid (CES).
- DE MIGUEL DE LA CALLE, P. [2006]: «Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Acceso al empleo, a la promoción y a la formación profesionales. La modificación de la Directiva 76/207/CE del Consejo, por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo», *RMTAS*, n.º 146.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. [1997]: *La protección por maternidad*, Valencia (Tirant lo Blanch).
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGARTUA MIRÓ, M.<sup>a</sup> T. [2002]: *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Valencia (Tirant lo Blanch).
- PANIZO ROBLES, J.A. [2002]: «La protección por maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo)», *RMTAS*, n.º 34.
- RAMOS CHAPARRO, E. [2006]: «Comentario crítico a la Ley 13/2005 sobre matrimonio "homosexual"», *Aranzadi Civil*, n.º 1.
- RIVAS VALLEJO, P. [1999]: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijo*, Pamplona (Aranzadi).
- RODRÍGUEZ CHACÓN, R. [2005]: *Matrimonio, separación y divorcio en España: nueva regulación. (Estudio sistemático de las reformas introducidas por las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, y su trámite parlamentario)*, Barcelona (Experiencia Jurídica).
- SEMPERE NAVARRO, A.V. [1989]: «La Ley 3/1989 sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota Crítica», *Relaciones Laborales*, n.º 13.