

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN POR PATERNIDAD TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS

ANTONIO DE GEA GUILLÉN

Alumno de Tercer Ciclo de la Facultad de Derecho de Murcia
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
antoniodgg@hotmail.com

SUMARIO. I. Consideraciones generales. II. Tratamiento laboral del permiso de paternidad. 1. Suspensión del Contrato de Trabajo por Paternidad. 2. Titularidad del permiso por paternidad. 3. Duración y temporalidad del disfrute. III. Tratamiento del permiso de paternidad como contingencia amparada por la Seguridad Social. 1. Situación protegida. 2. Sujetos beneficiarios de la prestación. 3. Cuantía de la prestación económica. 4. Nacimiento y Duración de la prestación por paternidad. 5. Denegación, Anulación, Suspensión y Extinción del derecho a la prestación por paternidad. IV. Conclusiones y propuestas de mejora de la regulación del permiso de paternidad.

RESUMEN: El presente trabajo aborda el estudio de una de las grandes novedades introducidas por la Ley de Igualdad en el sistema de prestaciones de la Seguridad Social, para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Se analizan todos y cada uno de los componentes de este novedoso permiso, haciendo especial consideración de las recientes modificaciones que se han introducido en este novedoso permiso, tanto por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 como por el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo (B.O.E. 21 de marzo de 2009), por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, realizando algunas propuestas de mejora que no han sido tratadas en las reformas acometidas recientemente.

PALABRAS CLAVE: Igualdad, permiso por paternidad, modificaciones, desarrollo reglamentario, progenitor, familiar.

ABSTRACT: The present work deals with a study of the major innovations introduced by the Equality Act in the system of social security benefits, to encourage the reconciliation of personal, family and work. We analyzed each of the components of this new license, with special consideration of recent changes introduced in this new license, whether by Act 2 / 2008 of December 23, the budget for the 2009 by the Royal Decree 295/2009 of March 6 (BOE 21 March 2009), which regulates the

financial benefits of the social security system for maternity, paternity, risk during pregnancy and risk for breastfeeding, with some proposals for improvement that have not been addressed in recent reforms

KEY WORDS: Equality, paternity leave, modifications, regulatory development, parent, family.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Este novedoso permiso introducido por la Ley Orgánica de Igualdad en España, se configura como un permiso remunerado reservado a los padres, cuyo disfrute se producirá después del nacimiento, adopción o acogimiento del hijo/a. La duración es variable, según los países de que se trate, pudiendo disfrutarse en los primeros meses o simultanearse con el permiso de maternidad.

El objetivo fundamental que persigue este permiso es el de «animar» a los padres a que asuman responsabilidades «ab initio» en el cuidado y atención del neonato.

Es el Consejo de Ministros de la Unión Europea, a través de la Resolución de 29 de junio de 2000¹, el que propugna «una participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar», alentando a los Estados miembros a instaurar un permiso de paternidad individual e intransferible para el varón, que esté investido de todos sus derechos laborales.

Tras este primer paso dado por la Unión Europea, es la Directiva 2002/73/CE la que brinda la posibilidad a los estados miembros de regular un permiso de paternidad, dejando prácticamente carta blanca a los países que deseen instaurarlo, sin imponer ninguna traba, ni en los requisitos, ni en la duración, ni en ningún otro aspecto destacable.

Más tarde, se publica la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), que sigue la línea de su antecesora², ahondando un poco más en este permiso y dictaminando en su artículo 16 que «esta Directiva no afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de

1 Resolución de 29 de junio de 2000 del Consejo de Ministros de la Unión Europea publicado en el D.O.C.E. 31 de julio de 2000. «Habida cuenta del apartado 3 del artículo 141 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, es importante proteger a los hombres y mujeres trabajadores que ejerzan derechos inherentes a la paternidad, a la maternidad o a la conciliación de la vida profesional y familiar» y «evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad con motivo del nacimiento o adopción de un hijo, manteniendo sus derechos en materia laboral, permiso del que deberá disfrutarse simultáneamente al permiso de maternidad de la madre, independientemente de la duración respectiva de los permisos de maternidad y paternidad.»

2 Directiva 2002/73/CE

paternidad y/o de adopción», forzando a que los Estados miembros que reconozcan tales derechos «tomen las medidas necesarias para proteger a los trabajadores –hombres y mujeres– del *despido motivado por el ejercicio de dichos derechos* y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan *derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o 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».

Ya en España, y cumpliendo el mandato ordenado por ambas Directivas, se ha publicado la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, que ha incorporado al ámbito de las relaciones laborales la suspensión del contrato por paternidad, artículo 48 bis del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, y su correspondiente prestación de Seguridad Social, establecida en el artículo 133 octies, nones y decies del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Así pues, queda demostrado y superado de forma holgada, lo contemplado en la Ley de Igualdad, en referencia a las exigencias mínimas de transposición a las que se hacía referencia en la legislación comunitaria³. Es de destacar que esta medida abarca en su aplicación no solo a los trabajadores por cuenta ajena, sino también a los funcionarios públicos y tras la reciente aprobación y entrada en vigor de la LETA, a los trabajadores autónomos dependientes, (situación configurada como una interrupción en la prestación de servicios).

Debemos destacar que esta provisión que introduce la Ley de Igualdad no es del todo novedosa puesto que el Plan Concilia de la Administración General del Estado contemplaba ya esta medida⁴. Además y ya dentro del aspecto púramente legislativo, la Comunidad Autónoma de Cataluña había regulado antes de la entrada en vigor de la Ley de Igualdad, aunque solamente para el colectivo de funcionarios dependientes de esta Administración, un permiso de paternidad de 4 semanas⁵, cuyo disfrute debía tener lugar al finalizar el permiso de maternidad, con la doble finalidad de que el neonato esté el mayor tiempo posible en el ámbito familiar y que exista una mayor implicación de los dos progenitores en el cuidado de este. Otra peculiaridad que introduce esta disposición es la facultad que tiene la madre de acumular este permiso cuando el otro progenitor/a no tenga la custodia del recién nacido o cuando se produzca la muerte del beneficiario del permiso por paternidad, circunstancia esta

3 NÚÑEZ-CORTES CONTRERAS, P. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «El permiso y la prestación por paternidad en la Ley Orgánica para la Igualdad». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 300, pag. 73.

4 PÉREZ CASTILLO, A.M., «La prestación por paternidad en los casos de paternidad biológica, adopción y acogimiento. Análisis crítico», *R.M.T.A.S.*, núm. 8, Enero 2008.

5 Véase, Ley 8/2006 de 5 de julio, de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas Catalanas, (B.O.C. 8-8-2006).

que parece obviar la Ley de Igualdad al reformar el Estatuto de los Trabajadores y la Ley General de la Seguridad Social.

Han habido también algunas mejoras en esta materia, previas a la aprobación de la Ley de Igualdad y través de la negociación colectiva⁶, reconociéndose un permiso de paternidad de entre tres y ocho días cuando exista desplazamiento del progenitor.

Una reciente reforma, que será tratada más adelante, ha sido introducida para esta contingencia en la Disposición Adicional Sexta, en la Disposición Final Tercera punto Ocho y en la Disposición Final Séptima de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 (B.O.E. 24 de diciembre de 2008).

Por último, y para dar cumplimiento a lo preceptuado en la Disposición final séptima de la Ley General de la Seguridad Social y en la Disposición final tercera de la Ley de Igualdad, donde se autoriza al Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para su aplicación y desarrollo en las materias que sean de la competencia del Estado, ha sido publicado el *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo (B.O.E. 21 de marzo de 2009), por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural*⁷. La citada norma⁸, realiza en el Capítulo III el desarrollo reglamentario de las directrices reguladoras del nuevo subsidio por paternidad, creado por la Ley de Igualdad., estableciendo las situaciones protegidas, a efectos de la prestación, en paralelo con los supuestos que dan lugar a la protección por maternidad, fijándose los requisitos que deben acreditarse para ser beneficiario del subsidio por paternidad, determinándose la cuantía, el periodo de duración y las reglas que rigen su disfrute, introduciéndose la posibilidad de cese en la actividad a tiempo parcial para los *trabajadores por cuenta propia*, con las consecuencias que de ello se derivan en el disfrute del subsidio.

6 Convenios Colectivos de : Empleados Públicos de la Comunidad de Madrid, de Residencias y Centros de día para mayores de la Comunidad de Madrid, etc.

7 Este Real Decreto y a través de la Disposición derogatoria única lleva a cabo la derogación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

8 También de aplicación supletoria en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia, en todo lo que no se oponga a lo preceptuado en la normativa general reguladora del Régimen correspondiente (Artículo 1 apartado 3 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo).

II. TRATAMIENTO LABORAL DEL PERMISO DE PATERNIDAD

1. Suspensión del Contrato de Trabajo por Paternidad

Esta nueva figura suspensiva viene recogida en el artículo 45, apartado 1, letra d) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, en los siguientes términos: El contrato de trabajo podrá suspenderse por, «*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, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes*», además de la regulación específica que contempla el artículo 48 bis de la citada norma, estableciendo este permiso como un derecho originario y de titularidad individual, no condicionado al desarrollo de la actividad profesional o asalariada de la madre⁹, adicional, independiente y compatible con la suspensión del contrato por maternidad regulada en el artículo 48 apartado 4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores¹⁰.

El artículo 22 punto 3 del *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo*, realiza ciertas aclaraciones con respecto al párrafo anterior, en el sentido de advertir que esas especiales dificultades de inserción social y familiar deberán ser debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes, para que de este modo se pueda reconocer como situación protegida la adopción o acogimiento de un **menor de dieciocho años**, puntualizando que los menores de edad, adoptados o acogidos, que sean mayores de seis años presentan alguna discapacidad cuando ésta se valore en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre¹¹.

El principal objetivo que persigue este permiso es la mayor implicación del padre en el cuidado de los hijos recién nacidos, tal como se indicó en párrafos anteriores, contribuyendo de este modo a minorar el posible efecto boomerang en relación a los

9 GARCIA VIÑA, J.: «Análisis de la paternidad como causa de suspensión del contrato de trabajo y prestación de la Seguridad Social» *Tribuna Social*, 2007, pag. 25.

10 NÚÑEZ-CORTES CONTRERAS, P. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «El permiso y la prestación por paternidad en la Ley Orgánica para la Igualdad». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 300, pag. 78.

11 Disposición que establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

perjuicios profesionales que la maternidad supone para la mujer trabajadora, aunque ese no es el único objetivo de este permiso, ya que también se persigue un efecto tuitivo de la mujer puérpera que ha de sobreponerse tanto física como psicológicamente al proceso biológico gestacional.

2. Titularidad del permiso por paternidad

Un aspecto importante en cuanto a la titularidad de este permiso hace referencia al término que se utiliza a la hora de definir la persona que podrá tener derecho de acceso a la suspensión contractual por paternidad, abriendo el abanico de posibilidades a las nuevas realidades que surgen como consecuencia de la existencia de uniones entre parejas del mismo sexo e incluso familias monoparentales¹² y el reconocimiento de los derechos inherentes a estas uniones, entre los que podríamos destacar la adopción o acogimiento. De esta forma, se deja a un lado la denominación tradicional de padre y madre, sin duda anticuada, para pasar a una más genérica y neutra denominada «progenitor»¹³.

Por ello y conforme a lo establecido en el artículo 48 bis párrafo primero y segundo, en el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor, y en los supuestos de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el período de descanso de maternidad sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro¹⁴. El objetivo que se persigue con esta medida, es sin duda impedir que se unan ambos derechos – paternidad y maternidad – y se disfruten unidos, únicamente por uno solo de los progenitores. Quizás, hubiese sido mejor contemplar la posibilidad de que un solo progenitor disfrutase de la maternidad y de la paternidad de forma sucesiva¹⁵ y al menos para determinados supuestos

12 Término aclarado en el punto cuatro de la Disposición Final Tercera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 que modifica la prestación por maternidad, regulada en el artículo 133 septies de la Ley General de la Seguridad Social, en este sentido: «Se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia.»

13 Término no muy adecuado según RAMOS CHAPARRO, E.: «Comentario crítico a la Ley 13/2005 sobre matrimonio –homosexual–», Aranzadi Civil, nº 1, 2006, pág. 5.

14 En este mismo sentido regula el apartado 3 del Artículo 23 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo la imposibilidad de acumular el subsidio por paternidad, cuando solamente exista un progenitor, adoptante o acogedor si percibe el subsidio por maternidad.

15 La doctrina científica se muestra en este punto dividida. La LOI, no reconoce esta posibilidad, ni siquiera en la última modificación operada a través de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 (B.O.E. 24 de diciembre de 2008) que introduce modificaciones sobre este tema.

(familias monoparentales, fallecimiento de la madre¹⁶), e incluso con la posibilidad de fraccionar el tiempo durante el cual se disfrute ese permiso, con el fin único de atender mejor al menor. De este modo, en caso de parto la madre disfrutará de las seis semanas preceptivas inmediatamente posteriores al parto, y a su elección¹⁷, de la totalidad o tan solo de una parte de las diez semanas que restan, pero en ningún caso los días que se reconocen para el permiso por paternidad; a *contrario sensu* el otro progenitor solamente podrá tener derecho a la suspensión del contrato por paternidad, más en su caso, el período de maternidad que la madre decida cederle¹⁸. Únicamente existe una excepción a estos supuestos¹⁹, regulada en el artículo 48 apartado 4 del Estatuto de los Trabajadores, a cuyo tenor se establece que solamente en el caso de que la madre no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a las correspondientes prestaciones por maternidad, el otro progenitor podrá adicionar los permisos por maternidad que originariamente correspondía a la madre y paternidad como derecho originario de éste.

Podemos apreciar como el derecho a la suspensión del contrato por paternidad se establece en la Ley Orgánica de Igualdad como un derecho autónomo del otro progenitor, existiendo una notable diferencia entre esta causa suspensiva y la ma-

16 NÚÑEZ-CORTES CONTRERAS, P. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «El permiso y la prestación por paternidad en la Ley Orgánica para la Igualdad». Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 300, pag. 84.

17 Término que quizás debería plantearse modificar el legislador, en el sentido de permitir que a excepción de las 6 semanas de obligado disfrute por parte de la madre, y que sirven para la recuperación física de ésta, puedan ser disfrutadas las restantes 10 semanas por uno u otro progenitor previo acuerdo, arbitrando algún procedimiento para el caso de que no existiese el mismo. Además también debiera el legislador plantearse la ampliación de la duración del permiso por maternidad puesto que en 2009 se cumplen los 20 años de la última ampliación del permiso de maternidad para mujeres trabajadoras, que desde entonces se mantiene en 16 semanas, siendo a todas luces un período insuficiente para una atención adecuada al neonato. Los principales partidos políticos del país, se mueven en proyectos de ampliación anecdóticos, de unas dos semanas. La Ley de Igualdad, de 2007, estableció ex novo el permiso por paternidad de 13 días, un avance cualitativo para fomentar la participación de los hombres en el cuidado del recién nacido. Desde el punto de vista económico, solo están cubiertas las 16 semanas del permiso de maternidad legalmente establecidas. Es posible acogerse a una excedencia de hasta 3 años para el cuidado de los hijos. Sin embargo, la excedencia no está compensada económicamente, por lo que resulta una opción poco viable para la mayoría de las familias; en cambio, en algunos países europeos tan diferentes como Suecia, Francia, Alemania o incluso Italia, la excedencia tiene cobertura económica.

18 DE LA PUEBLA PINILA, A. «Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres» Relaciones Laborales, NB: 8, Sección Legislación, Quincena del 23 Abr. al 8 May. 2007, Año XXIII, pág. 907, tomo 1, Editorial LA LEY.

19 GARCIA VIÑA, J., «La paternidad como nueva situación protegida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo», Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, N° Extra 74, 2008, pag. 209.

ternidad, a pesar de que en el fondo las dos situaciones derivan del mismo hecho, no pudiéndose ceder el tiempo de disfrute en el primer caso, contrariamente a lo que ocurre en la maternidad donde si se puede ceder el tiempo de disfrute hasta un máximo de 10 semanas.

3. Duración y Temporalidad del disfrute

Inicialmente la Ley Orgánica de Igualdad estableció la duración del período suspensivo por paternidad en trece días ininterrumpidos, ampliándose en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples²⁰ en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Habiéndose notado insuficiente la duración de este permiso por el propio legislador, sobre todo si se compara con la suspensión por maternidad, se arbitró en la disposición transitoria novena de la propia norma, la ampliación de forma progresiva y gradual, hasta un máximo de cuatro semanas de este permiso²¹, además de abrir la posibilidad de mejorar su duración a través de la negociación colectiva o en los contratos de trabajo.

Esta duración de trece días es compatible e independiente del permiso retribuido que recoge el artículo 37 apartado 3 letra b) del Estatuto de los Trabajadores, pudiendo acumular un total de 15, ó de 17 días, en función de que el trabajador tenga o no que desplazarse.

A través de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 (B.O.E. 24 de diciembre de 2008), se da solución a algunos de los problemas que viene demandado la doctrina acerca del permiso por paternidad, quedando otros vacíos de contenido como posteriormente se verá.

Es la Disposición adicional sexta de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, la que amplía la suspensión del contrato de trabajo por paternidad en familias numerosas²², con el objetivo de dar cumplimiento a lo previsto en la disposición transitoria novena de la Ley Orgánica

20 El punto cuatro de la Disposición Final Tercera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, considera parto múltiple cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos.

21 En este sentido FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B., «El permiso por paternidad como medida de conciliación de la vida familiar y labora: aspectos críticos y propuestas de mejora» *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, N° 139, 2008, pags. 635-657

22 Se introduce a través del punto cuatro de la Disposición Final Tercera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 la definición del concepto de familia numerosa para el tratamiento de la prestación económica por maternidad, regulado en el artículo 133 septies de la Ley General de la Seguridad Social, en este sentido: «A los efectos de la consideración de la familia numerosa, se estará a lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.»

3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. De este modo la suspensión del contrato de trabajo por paternidad tendrá una duración de veinte días cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa, cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento o cuando en la familia haya una persona con discapacidad, *entendiéndose esta discapacidad como la de cualquier miembro de la unidad familiar que esté reconocida antes del nacimiento adopción o acogimiento*²³, por el que se genera el permiso por paternidad.

Esta duración de veinte días se ampliará en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiple en dos días más por cada hijo a partir del segundo, o si uno de ellos es una persona con discapacidad. Podríamos plantear aquí el supuesto de que además de ser parto, adopción o acogimiento múltiple, uno o más de los nacidos, adoptados o acogidos estuviesen afectados de alguna discapacidad.

En el último párrafo de esta Disposición adicional sexta, se establece que se podrán beneficiar de esta medida los nacimientos, adopciones o acogimientos que se produzcan a partir 1 de enero de 2009.

Aún habiéndose llevado a cabo una importante modificación en lo relativo a la duración del permiso por paternidad, no se tienen en cuenta otros posibles supuestos de ampliación de la duración de este permiso, como ocurre en el caso de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad cuando se produce la hospitalización del neonato durante más de siete días después del parto²⁴.

En cuanto a la temporalidad del disfrute de este permiso, el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores diferencia dos posibilidades en cuanto a la facultad que tiene el trabajador para elegir el momento en el que se inicia el permiso. La primera posibilidad queda contemplada inmediatamente después de la finalización del permiso por nacimiento²⁵, previsto legal o convencionalmente, tras la resolución judicial por la que se constituya la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento y en cualquier momento hasta la terminación del período máximo de suspensión del contrato por maternidad, entendiéndose que si el progenitor decide no consumir el período máximo suspensivo por la contingencia de maternidad, se tendrá que tener en cuenta esta situación para la solicitud del permiso de paternidad. La segunda posibilidad que se plantea hace referencia al disfrute del permiso por paternidad inmediatamente después de la finalización de la suspensión por materni-

23 Se aclara este aspecto en el Artículo 26.2.c del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

24 GARCIA VIÑA, J., «La paternidad como nueva situación protegida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° Extra 74, 2008, pag. 210.

25 Obsérvese como el artículo 37 apartado 3 letra b del Estatuto de los Trabajadores recoge únicamente este permiso para nacimiento de hijo, no contemplando los supuestos de adopción y acogimiento.

dad; de este modo, el permiso por paternidad podrá disfrutarse hasta los trece días inmediatamente posteriores a las dieciséis semanas después del parto, adopción o acogimiento²⁶, advirtiéndose que cuanto más tarde en solicitar el beneficiario esos trece días, menos días de permiso por paternidad podrá disfrutar. Así pues, podrá disfrutarse de forma simultánea o sucesiva al permiso de maternidad.

No se reconoce, al igual que ocurre con el permiso por maternidad la facultad de adelantar la suspensión del contrato por paternidad en el caso de una adopción internacional con el consiguiente desplazamiento al país del adoptado antes de producirse la adopción efectiva.

Por otro lado, y haciendo referencia al colectivo funcionarial, la disposición adicional decimonovena punto seis de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que modifica la letra a) del artículo 30 punto 1 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, concede un permiso de 15 días por el nacimiento, acogimiento, o adopción de un hijo, a disfrutar por el padre *a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción*, eliminándose la flexibilización de que disponen los demás trabajadores en el disfrute de este permiso.

El permiso por paternidad podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, estableciéndose una reducción mínima del 50 % en la jornada de trabajo. En este sentido se pone en cuestión cuál es el motivo de «discriminación» que utiliza el legislador para permitir el disfrute de un permiso de similares características como es el de maternidad²⁷, no estableciendo límite mínimo alguno y siendo el origen de ambos permisos la misma situación. Si se trata de flexibilizar la conciliación de la vida familiar y laboral, ¿porqué establecer un límite mínimo de un 50 % de reducción de jornada?

El disfrute a tiempo parcial de este permiso requiere acuerdo previo²⁸ entre trabajador y empresario, al igual que ocurre con la suspensión por maternidad, dejándose

26 GARCIA VIÑA, J., «La paternidad como nueva situación protegida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo», Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Nº Extra 74, 2008, pag. 211.

27 Véase artículo 48 punto 4, párrafo 10 del Estatuto de los Trabajadores «Los periodos a los que se refiere el presente apartado podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen» y la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo (B.O.E. 21 de marzo de 2009), por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

28 A este respecto la Disposición Adicional Decimoséptima del Estatuto de los Trabajadores indica que 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.

a un ulterior desarrollo reglamentario las condiciones del acuerdo para disfrutar el permiso a tiempo parcial. En relación al disfrute del permiso por paternidad a tiempo parcial, se deben realizar las siguientes consideraciones: como quiera que a la vez que se está prestando servicios al menos en un 50 % de forma normal, se está también en situación de suspensión del contrato de trabajo por dicha contingencia, esa prestación de servicios tendrá la consideración a todos los efectos de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante, no siendo de aplicación las reglas del contrato a tiempo parcial²⁹.

Otra cuestión importante es la obligación que tiene el trabajador de comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio del derecho al permiso por paternidad en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos, constituyéndose éste como un mero requisito formal, puesto que este permiso es de obligada concesión por parte del empresario.

Para finalizar, debemos de tener en cuenta uno de los aspectos importantes que introduce la Ley de Igualdad³⁰, en relación al mandato expreso de *mantenimiento de las condiciones de trabajo de aquellos trabajadores que disfruten del permiso por paternidad* realizado por las Directivas 2002/73/CE y 2006/54/CE³¹. Así pues y como preceptúa el artículo 48, punto 4, último párrafo, del Estatuto de los Trabajadores, 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 en los previstos en el siguiente

29 Véase la Disposición Adicional Decimoctava del Estatuto de los Trabajadores relativa al cálculo de indemnizaciones en determinados supuestos de jornada reducida, entre los que se encuentran los recogidos en los artículos 48 punto 4 (permiso de maternidad) y 48 bis (permiso de paternidad), indicando que el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las posibles indemnizaciones, 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.

30 Véase el artículo 44 que hace referencia a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

«1) 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. 2) El permiso y la prestación por maternidad se concederán en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social. 3) Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social».

31 «Los Estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores –hombres y mujeres– del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o 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».

apartado (riesgos durante el embarazo y lactancia natural) y en el artículo 48 bis que hace referencia al permiso por paternidad.

Sin embargo, en cuanto al mantenimiento del derecho al disfrute de las vacaciones, cuando las mismas coinciden con el permiso por paternidad, tanto la Ley Orgánica de Igualdad como la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 han obviado cualquier referencia al respecto de la posibilidad de compatibilizar ambos derechos para los trabajadores por cuenta ajena, cuando coincidan ambas situaciones, dejando esta posibilidad abierta, aunque para su determinación en convenio colectivo o contrato de trabajo. A sensu contrario, si ha sido reconocida esta posibilidad a los funcionarios públicos, quienes podrán disfrutar de sus vacaciones en fecha distinta cuando coincidan con el disfrute del permiso por paternidad, aún en el caso de haber finalizado el año natural al que correspondan³².

III. TRATAMIENTO DEL PERMISO DE PATERNIDAD COMO CONTINGENCIA AMPARADA POR LA SEGURIDAD SOCIAL

Tras un análisis pormenorizado del permiso por paternidad, pasamos a estudiar ahora la correspondencia económica que tiene ese permiso plasmado a través de la creación de una prestación en el sistema público de Seguridad Social, puesto que de las modificaciones en materia laboral se derivará la introducción de novedades en el ámbito de Seguridad Social.

Es la prestación más innovadora y relevante que ha introducido la Ley de Igualdad, con el objetivo de fijar una renta que sustituya al salario dejado de percibir mientras se está situación de suspensión del contrato de trabajo por paternidad, así lo recoge el artículo 38 punto 1 letra c³³, donde se hace referencia a la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social.

La propia Ley de Igualdad en su Disposición final tercera, autoriza al Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y desarrollo de la prestación por paternidad, habiendo llevado a cabo este desarrollo a través de la publicación del *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo (B.O.E. 21 de marzo de 2009)*,

32 NÚÑEZ-CORTES CONTRERAS, P. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «El permiso y la prestación por paternidad en la Ley Orgánica para la Igualdad». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 300, pag. 90.

33 «Prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; invalidez, en sus modalidades contributiva y no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; muerte y supervivencia; así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales».

por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Una vez publicado en B.O.E. el citado Real Decreto y tras su entrada en vigor³⁴, quedará derogado el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, según dispone la Disposición derogatoria única del *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo*.

1. Situación protegida

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 octies de la Ley General de la Seguridad Social, según redacción dada en la Disposición adicional decimoctava apartado siete, de la Ley Orgánica de Igualdad, se considerarán situaciones protegidas a efectos de la prestación por paternidad, el nacimiento de hijo, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con lo preceptuado en el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante el período de suspensión que, por tales situaciones, se disfrute de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, o durante el período de permiso que se disfrute, en los mismos supuestos, de acuerdo con lo dispuesto en la letra a del artículo 30.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública.

Se introduce como nueva situación protegida³⁵ la constitución de tutela sobre un menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, no pueda adoptar al menor de conformidad con la legislación civil, siendo ésta una situación asimilada a la adopción y acogimiento, además se tendrán la misma consideración jurídica que la adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cualquiera que sea su denominación, descartándose cualquier otra que no se encuadre en alguna de las anteriores.

También se reconoce para los trabajadores por cuenta propia de los regímenes especiales de la Seguridad Social las mismas situaciones protegidas que para el resto de trabajadores, durante un periodo de trece días naturales de cese de la actividad,

34 La Disposición final sexta, ordena la entrada en vigor el día primero del mes siguiente al de su publicación en el B. O. E. (1 de abril de 2009).

35 Artículo 22 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

además de la posibilidad de su disfrute a tiempo parcial en los términos establecidos en la Disposición Adicional primera del *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo*.

En este sentido, cabría realizar algunas consideraciones con respecto al término nacimiento de hijo, en comparación con lo tratado en el supuesto de hecho protegido por la prestación por maternidad, habiéndose considerado que procede acceder a la prestación por maternidad tanto en los procesos de gestación llegados a término, con nacimiento de hijo vivo o los casos de muerte de éste (tanto intrauterina, como acaecida durante el parto o tras éste), y los casos de gestación interrumpida, con la necesidad que ésta tenga al menos una duración de 180 días, independientemente de que el feto nazca vivo o muerto.

En relación a lo anteriormente expuesto y haciendo la doctrina una interpretación amplia para el término nacimiento de hijo en el supuesto de permiso por paternidad³⁶, no debe olvidarse que el permiso por paternidad tiene, entre otras funciones, contribuir a la corresponsabilidad familiar de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, por lo que no ha de centrarse única y exclusivamente en el cuidado del hijo, sino más bien establecer una doble tarea entre la atención al hijo recién nacido y la atención a la mujer puérpera o en su caso a la mujer que viendo interrumpida la gestación (más de 180 días) debe restablecerse de los efectos físicos y psicológicos (fundamentalmente en el caso de que el proceso generativo no llegue a término) del proceso de gestación.

Este tema queda zanjado en el punto 7 del Artículo 26 del *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo*, al contemplar la imposibilidad de reconocerse el subsidio por paternidad en el caso de que el hijo o el menor acogido falleciesen antes del inicio de la suspensión o permiso, por el contrario en el supuesto de que se haya reconocido el subsidio, éste no se extinguirá aunque fallezca el hijo o menor acogido.

2. Sujetos beneficiarios de la prestación

Según lo preceptuado en el artículo 133 nonies de la Ley General de la Seguridad Social, serán beneficiarios del subsidio por paternidad los trabajadores por cuenta ajena, siempre que, reuniendo la condición general de estar afiliadas y en alta en el Régimen General o en situación asimilada al alta³⁷, al sobrevenir la contingencia o

36 NÚÑEZ-CORTES CONTRERAS, P. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «El permiso y la prestación por paternidad en la Ley Orgánica para la Igualdad». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 300, pag. 97.

37 Artículo 24 del *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo* considera como situaciones asimiladas a la de alta las siguientes:

1.ª La situación legal de desempleo total por la que se perciba prestación de nivel contributivo.

2.ª El mes siguiente al cese en el cargo público o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación

situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario, según lo exigido en el artículo 124.1, y acrediten un período mínimo de cotización de 180 días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión, o, alternativamente, 360 días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha, y reúnan las demás condiciones que sean desarrolladas reglamentariamente.

Con respecto a este precepto es necesario realizar ciertas apreciaciones que, sin duda, amplían la consideración de beneficiario a otros colectivos con características especiales incluidos en el Régimen General así como otros no incluidos. De este modo, se puede hacer referencia a la Disposición adicional sexta de la Ley General de la Seguridad Social sobre protección de los trabajadores contratados para la formación, donde se indica que la protección de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación comprenderá, como contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, las derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la asistencia sanitaria en los casos de enfermedad común, accidente no laboral y maternidad, las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivadas de riesgos comunes, por maternidad y paternidad, por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural y las pensiones.

En este mismo sentido, el apartado primero de la Disposición undécima bis de la Ley General de la Seguridad Social dispone que los trabajadores por cuenta ajena

de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 46.1 y 48.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

3.^a El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.

4.^a Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, los cuales tendrán la consideración de días cotizados y en situación de alta, aunque no se correspondan con los de prestación de servicios.

5.^a La situación del trabajador durante el periodo correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato.

6.^a Los periodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género, cuando, en supuestos de adopción o acogimiento, el subsidio por maternidad sea percibido por el otro progenitor.

7.^a En el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, la situación de desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, en los términos regulados en el artículo 71 del Reglamento general del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, aprobado por el Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre.

8.^a El convenio especial con la Seguridad Social para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial con la Seguridad Social para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las comunidades autónomas, regulados, respectivamente, en los artículos 11 y 12 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre.

9.^a Los periodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos, que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo, sin perjuicio del devengo de la prestación cuando se produzca el reinicio de la actividad.

y por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales del sistema podrán acceder, entre otras, a las prestaciones del Capítulo IV ter³⁸ del Título II de la citada norma, con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones previstos para los trabajadores del Régimen General.

Para el colectivo de trabajadores por cuenta propia se realiza una precisión en el segundo párrafo, en el sentido de que deberán ser coincidentes los periodos durante los que se tendrá derecho a percibir los subsidios por maternidad y por paternidad, en lo relativo tanto a su duración como 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, omitiendo el legislador, quizás por olvido, quizás intencionadamente, los supuestos de adopción o acogimiento. Esa intención u olvido por parte del legislador ha sido solventada con la publicación del *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo*, al considerar en el párrafo segundo del punto 3 del artículo 26 la posibilidad que tienen los trabajadores por cuenta propia de poder percibir el subsidio durante el periodo comprendido desde el nacimiento del hijo, desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o desde la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice el periodo correspondiente al descanso por maternidad, adopción o acogimiento o inmediatamente después de la finalización de dicho descanso, siempre que, en todo caso, se produzca el cese en la actividad durante dicho periodo. Además 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, recayendo en los propios interesados la responsabilidad de la obligación de cotizar.

También se dejó a un futuro desarrollo reglamentario la posibilidad de que los trabajadores por cuenta propia puedan percibir el subsidio de paternidad en régimen de jornada parcial, habiéndose llevado a cabo esta pretensión en la Disposición adicional primera apartado 8 del *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo*, donde se reconoce a los trabajadores por cuenta propia la posibilidad de disfrutar del permiso por paternidad a tiempo parcial, estableciéndose en un 50 % como máximo la percepción del subsidio y la correspondiente reducción de la actividad, debiendo los interesados comunicar a la entidad gestora, al solicitar la correspondiente prestación, el régimen en que se llevará a efecto.

Recientemente y como desarrollo reglamentario, el artículo 23 de *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo*, ha esclarecido algunos aspectos en lo referente a los beneficiarios que pueden acceder a esta prestación. Así pues, abre la posibilidad de ser beneficiario de ésta prestación a cualquier trabajador independientemente de su sexo, siempre que cumpla los requisitos legalmente establecidos. En el caso de

38 Se hace referencia a la prestación por paternidad.

pluriactividad del beneficiario, éste podrá percibir el subsidio en cada uno de los regímenes, y para trabajadores pluriempleados se podrá causar derecho al subsidio en cada empleo.

3. Cuantía de la prestación económica

La prestación económica por paternidad consistirá en un subsidio que se determinará de la misma forma que la establecida para la maternidad en el artículo 133 quater de la Ley General de la Seguridad Social, pudiendo ser denegada, anulada o suspendida por las mismas causas establecidas para esta última³⁹.

Por ello, y de conformidad con el apartado 1 del artículo 25 del *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo* la prestación económica por paternidad representará un subsidio equivalente al 100 % de la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes⁴⁰, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso. Ese porcentaje del 100 % de la base reguladora, pasa a ser del 75 % de la base mínima de cotización vigente en el caso de trabajadores contratados para la formación⁴¹.

De otra parte y como preceptúa el nuevo artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores, al permitir la posibilidad del disfrute del permiso por paternidad bajo la modalidad de a tiempo parcial, fijando un mínimo del 50 %, la cuantía de la prestación se verá afectada, en el sentido de la reducción de la base reguladora en proporción inversa a la reducción experimentada en la jornada laboral desarrollada⁴², teniendo en cuenta el tope mínimo establecido del 50 %.

A este respecto, existen ciertas aclaraciones que se deben realizar respecto de determinados colectivos, a la hora del cálculo de su base reguladora:

- a. En el Régimen Especial de la Minería del Carbón, la base reguladora, es la base normalizada que corresponda en cada momento al trabajador según la categoría profesional que tuviese al iniciarse dicha situación⁴³.

39 Véase artículo 133 decies de la Ley General de la Seguridad Social.

40 Es el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la incapacidad por el número de días a que dicha cotización se refiere (este divisor será concretamente: 30, si el trabajador tiene salario mensual; 30, 31 ó 28, 29 si tiene salario diario).

41 A este respecto véase el apartado 4 del Artículo 25 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

42 NÚÑEZ-CORTES CONTRERAS, P. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «El permiso y la prestación por paternidad en la Ley Orgánica para la Igualdad». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 300, pag. 101.

43 Véase la Orden TIN/3151/2008, de 30 de octubre, por la que se fijan para el ejercicio 2008 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón (BOE de 6 de noviembre de 2008).

- b. En relación a los trabajadores a tiempo parcial, tal como recoge la letra a) de la regla tercera del apartado primero de la Disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social y haciendo referencia a 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. No obstante lo anterior y pensando quizás en la ineficiencia de la administración, al igual que para favorecer el pronto reconocimiento de la prestación, el subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso, en cuyo momento se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda, según párrafo introducido por la Disposición final tercera ocho de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 en el artículo 133 quater de la Ley General de la Seguridad Social.
- c. Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, la base reguladora será el promedio diario que resulte de dividir por 365 la suma de las bases de cotización de los últimos doce meses anteriores al hecho causante, o el promedio diario del periodo de cotización que se acredite, si éste es inferior a un año. Se garantiza que el promedio diario nunca podrá ser inferior, en cómputo mensual, a la base mínima de cotización que en cada momento corresponda según la categoría profesional del trabajador.
- d. Únicamente en los casos de modificación de la base mínima de cotización, elevación de los salarios por convenio, sentencia o disposición legal o cuando se compruebe a posteriori la no coincidencia de las base de cotización por contingencias comunes, se podrá modificar la base reguladora para el cálculo de la prestación económica.

4. Nacimiento y Duración de la prestación por paternidad

Existe una plena coincidencia entre la prestación y la suspensión del contrato de trabajo por paternidad; teniendo esto una lectura importante a la hora de la ampliación del permiso por paternidad que se pudiera producir tanto en contrato de trabajo como en convenio colectivo, pues en estos casos la prestación que se percibiría sería únicamente la establecida para los trece días que expresamente reconoce el artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores⁴⁴.

44 GARCIA VIÑA, J., «La paternidad como nueva situación protegida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo», Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, N° Extra 74, 2008, pag. 218.

En relación al nacimiento del derecho al disfrute del subsidio por paternidad, se regula que excepcionalmente y en los supuestos de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados podrán iniciar el percibo del subsidio a partir del alta hospitalaria del hijo y por ende posponer hasta esa fecha el disfrute del permiso por paternidad⁴⁵.

En el supuesto de parto, cuando la madre no tuviese derecho a suspender el contrato por maternidad, por no reunir los requisitos legalmente establecidos para poder acceder a dicha prestación o por no desempeñar actividad remunerada alguna, el otro progenitor podrá disfrutar del subsidio por paternidad en primer término y posteriormente percibir el subsidio por maternidad.

En cuanto a la duración de la prestación por paternidad, el *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo*, ha disipado algunas cuestiones, en relación a la modificación introducida en este aspecto por la Disposición adicional sexta de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, la cual amplía la duración de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad a veinte días cuando en la familia haya *previamente* una persona con discapacidad, en grado igual o superior al 33 %. También, y en relación al incremento de dos días por cada hijo a partir del segundo que se pudiese producir en el caso de parto, adopción o acogimiento múltiples, se prohíbe la acumulación cuando concurren a la vez la condición de familia numerosa y persona con discapacidad en la unidad familiar, definiéndose a este respecto, que tiene la consideración de unidad familiar y familia numerosa⁴⁶.

5. Denegación, Anulación, Suspensión y Extinción del derecho a la prestación por paternidad

En relación a este epígrafe, es necesario constatar la remisión que se realizaba a otra prestación (maternidad) para tratar la extinción, denegación, anulación y suspensión, del subsidio por paternidad, debido a la falta de regulación específica de esta prestación.

Así pues, tal y como preceptúa el artículo 133 decies de la Ley General de la Seguridad Social, la prestación por paternidad podrá ser denegada, anulada o suspendida por las mismas causas establecidas para la prestación por maternidad, en tanto no se produjese el desarrollo reglamentario específico para esta prestación. Tras ese desarrollo reglamentario llevado a cabo por el *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo*, en su artículo 28, y haciendo referencia en el texto del artículo al

45 Véase el párrafo tercero del apartado 3 del Artículo 26 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

46 Artículo 26 punto 2 apartado c) del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

precepto de la Ley General de la Seguridad Social, se traspone prácticamente el mismo contenido, que el regulado para la prestación por maternidad en el artículo 133 quinquies de la Ley General de la Seguridad Social.

De este modo el derecho al subsidio por paternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido por las siguientes causas:

- a) Cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.
- b) Cuando el beneficiario trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes periodos de descanso, salvo en supuestos de percepción de un subsidio por paternidad en régimen de jornada a tiempo parcial o en los supuestos de pluriactividad o pluriempleo.

Situación similar, estaba establecida para las causas de extinción de la prestación por paternidad, recurriendo al punto 5 del artículo 7 del Real Decreto 1251/2001 por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo⁴⁷, para contemplar las causas de extinción asimilándolas a las de la maternidad. Ahora el *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo* en su artículo 26 punto 8, regula las causas de extinción del subsidio por paternidad en los siguientes términos:

- a) Por el transcurso del plazo de duración establecido, incluyéndose las ampliaciones en la duración cuando proceda.
- b) Por reincorporación voluntaria al trabajo o actividad.
- c) Por causar el beneficiario derecho a pensión de jubilación o de incapacidad permanente.
- d) Por fallecimiento del beneficiario.

IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA DE LA REGULACIÓN DEL PERMISO DE PATERNIDAD

Tras un análisis en profundidad de la suspensión del contrato por paternidad y la correspondiente prestación asignada en el Sistema Público de Seguridad Social, quedan pendientes ciertas cuestiones que no han sido tratadas ni en la primigenia ley que estableció dicha suspensión, Ley Orgánica de Igualdad, ni en la posterior modificación sufrida por ésta recientemente a través de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, ni en el *Real*

⁴⁷ Este Real Decreto queda derogado por la Disposición derogatoria única del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que desarrolla entre otras la prestación económica de paternidad en el Sistema de la Seguridad Social.

Entre las cuestiones que no han sido tenidas en cuenta por el legislador y que en algunos casos podría considerarse como un agravio comparativo, con respecto a otras figuras jurídicas de iguales o similares características, analizando las siguientes:

- a) En primer lugar cabría destacar el olvido por parte del legislador, sin que exista algún motivo aparente, del reconocimiento de la prestación por paternidad en la *modalidad no contributiva*, por la que no es necesario haber efectuado cotizaciones sociales por este concepto, al igual que fue introducida para la maternidad por la Disposición adicional decimoctava de la Ley de Igualdad, que introduce un supuesto especial para ésta prestación, indicándose en el artículo 133 ter de la Ley General de la Seguridad Social los sujetos beneficiarios de dicha prestación y los requisitos de cotización⁴⁸ necesarios para poder acceder a dicha prestación, reconociéndose el derecho de acceso no contributivo en letra a) del citado precepto.
- b) En segundo lugar y en la misma línea de la situación anterior no se reconoce para la contingencia de paternidad, como sí ocurre para la contingencia de maternidad⁴⁹, la posibilidad de anticipar el disfrute de la suspensión de la relación

48 Dispone el Artículo 133 ter punto 1 lo siguiente: «Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 124.1 y las demás que reglamentariamente se establezcan, acrediten los siguientes períodos mínimos de cotización:

a) Si el trabajador tiene menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización.

b) Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

c) Si el trabajador es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

49 Artículo 48 punto 4 penúltimo párrafo del Estatuto de los Trabajadores: «En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción».

laboral por paternidad en el supuesto de adopción internacional, en el caso de que se precise desplazamiento previo de los progenitores al país del adoptado. Este supuesto no ha sido contemplado en la última reforma operada al respecto del permiso de paternidad a través de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.

- c) Otro aspecto destacable y falto de regulación ha sido el tratamiento que respecto del mantenimiento del derecho al disfrute de las vacaciones, cuando éstas coincidan con el permiso por paternidad, se ha dado tanto en la Ley Orgánica de Igualdad como en la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, puesto que ambas normas no han recogido la posibilidad de variar la fecha de disfrute de sus vacaciones cuando estas coincidan con el disfrute del permiso por paternidad, dejando en cambio una puerta abierta al tratamiento en convenio colectivo o contrato de trabajo. Por el contrario este tema si ha quedado suficientemente claro para el colectivo funcionarial, ya que se les reconoce la posibilidad de poder disfrutar de sus vacaciones en fecha distinta cuando coincidan con el disfrute del permiso por paternidad, aún habiendo finalizado el año natural al que correspondan⁵⁰.

50 Véase Artículo 59 de la Ley Orgánica de Igualdad.