



Trabajo Final de Grado:

EL PERMISO POR PATERNIDAD

Alumna:

Iris Gálvez Millán

Tutor:

Santiago García Campá

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

Curso 2015-2016

Índice:

Abreviaturas.....	2
Introducción	3
I. Evolución legislativa.....	5
1.1 Normativa Comunitaria	5
1.2 Constitución Española.....	9
1.3 Estatuto de los Trabajadores	12
1.4 La ley orgánica para la igualdad efectiva	14
II. El permiso por paternidad	17
2.1 Suspensión del contrato de trabajo	17
2.2 Titularidad del permiso por paternidad	21
2.2.1 Paternidad biológica, adopción y acogimiento.....	22
2.3 Duración del permiso por paternidad	24
2.3.1 Supuestos especiales	25
2.4 Supuestos Conflictivos.....	26
2.4.1 Fallecimiento de la madre.....	26
2.4.2 Parejas Homosexuales.....	27
2.4.3 Empleados Públicos.....	27
2.4.4 Actividad profesional liberal.....	28
2.4.5 Familia monoparental.....	30
III. La prestación económica por paternidad	32
3.1 Situación protegida	32
3.2 Sujetos beneficiarios	34
3.3 Subsidio de la prestación por paternidad	38
3.4 Contenido del Subsidio	41
3.5 Gestión de la prestación.....	44
3.6 Extinción del derecho a la prestación por paternidad.....	45
3.7 Protección frente al despido nulo	46
IV. Conclusiones.....	52
V. Bibliografía	55
VI. Referencias Jurisprudenciales	57

Abreviaturas

Art.	-Artículo
CE	- Constitución Española
CC	- Código Civil
EBEP	- Estatuto básico del Empleado Público
Ed.	- Edición
ET	- Estatuto de los Trabajadores
INSS	- Instituto Nacional de la Seguridad Social
LGSS	- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.
LOIEMH	- Ley orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres
Núm.	-Número
Pág.	- Página
Rcud	- Recurso
Rsup	- Recurso de suplicación
RDM	- Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural.
STC	- Sentencia del Tribunal Constitucional
STSJ	- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STS	-Sentencia del Tribunal Supremo

Introducción

El objeto del presente Trabajo Fin de Grado es analizar el permiso por paternidad y sus implicaciones en materia de conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

La conciliación de la vida laboral, familiar y personal, es una estrategia que facilita la consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el ámbito laboral. Se dirige a conseguir una nueva organización del sistema social y económico donde mujeres y hombres puedan hacer compatibles las diferentes esferas de su vida: el empleo, la familia, el ocio y el tiempo personal.¹ De este modo, la Ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres ha introducido como la medida más innovadora el permiso por paternidad, con la intención que el padre tenga mayor protagonismo en las labores del cuidado del menor. Para ello, se abordará un estudio exhaustivo de la regulación vigente de la contingencia por paternidad. En las normativas laborales y en el régimen reglamentario RDM que promueven la equiparación de ambos sexos en el ámbito laboral y de esta manera compaginar su vida familiar y personal.

La finalidad del trabajo es realizar un análisis de como la regulación laboral vigente pretende conciliar en igualdad de oportunidades y condiciones al hombre/mujer en cada una de las facetas de la vida laboral, personal y familiar. De esta manera, las políticas de conciliación deben evitar cualquier tipo de discriminación vinculada con el sexo de la persona, eliminar los estereotipos sociales basados en el modelo tradicional así como restablecer la organización laboral adaptándolos a la situación familiar con la intención que con independencia de la estructura familiar “miembros del mismo o diferente sexo” puedan con una buena flexibilidad y organización desarrollarse en su carrera profesional junto a las responsabilidades familiares en el cuidado del menor.

El trabajo consta de cuatro apartados. En el primer apartado se llevará a cabo la evolución legislativa del permiso por paternidad, a través de la normativa comunitaria, la Constitución Española, el Estatuto de los trabajadores, y la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. En el segundo apartado se realizará un análisis de la suspensión contractual de paternidad, a quién se le puede otorgar la titularidad del permiso de paternidad en cada una de sus modalidades biológica, adoptiva y acogimiento, la duración del permiso de paternidad en todos sus supuestos en vigor y, en particular sus sucesivas modificaciones, así como los supuestos conflictivos que da lugar. En el tercer apartado se abordará un análisis de la normativa jurídica vigente reguladora de la prestación económica por

¹Ministerio de Trabajo: Conciliación de la vida laboral, familiar y personal, pág. 5, 2010.

paternidad, sobre la situación protegida y sus sujetos beneficiarios, a quién le corresponde el subsidio por paternidad siempre que cumpla los requisitos exigidos como la cotización, cómo se gestiona la prestación, los supuestos donde ve extinguido su relación laboral en momento de iniciarse la prestación y la protección frente al despido regulado en la normativa laboral vigente. Para finalizar, se realizará un análisis de las conclusiones y mejoras sobre el abordaje del estudio en cada uno de los apartados.

Se ha elegido este objeto de Trabajo Fin de Grado porque es de gran importancia en la actualidad. A pesar de instaurar varias medidas hacia la corresponsabilidad y la conciliación, aún queda un avance óptimo donde la mujer y el hombre disfruten en todos sus ámbitos de los mismos beneficios, cuya problemática se trata de un conflicto de carácter social, por el condicionamiento de los estereotipos sociales basados en el género de la persona. Por este motivo, y para analizar los derechos y las limitaciones que la normativa concede a cada progenitor en aras a que lleven hacia la conciliación, se ha decidido hacer el estudio de este tema.

I. Evolución legislativa

1.1 Normativa Comunitaria

El modelo tradicional basado en los estereotipos sociales en función del sexo de las personas abocaba a que la mujer dedicara su tiempo a las actividades domésticas y al cuidado de los hijos en el hogar. Mientras que los hombres trabajaban fuera del hogar con una actividad laboral remunerada. Esto ocurría por los estereotipos sociales implementados.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, surgen nuevos derechos para mejorar las condiciones laborales, como reducciones de jornada para poder compatibilizar la carrera profesional con las obligaciones familiares, excedencias para el cuidado de hijos o familiares, permisos retribuidos para el cuidado del nacimiento de hijo recién nacido, adoptado o acogido, pero la implementación de estos primeros derechos de conciliación no alteró el modelo tradicional doméstico. Pero como dicha titularidad era de carácter neutral respecto a los estereotipos sociales asociados al sexo de las personas, eran las madres quienes en mayor medida se ocupaban del cuidado del hogar familiar, en algunas ocasiones, porque su titularidad era exclusivamente femenina “el permiso a la lactancia”, y en otras ocasiones, como anteriormente se nombra, aunque su titularidad era indistinta (mujer o hombre), eran las mujeres quienes en mayor medida se ocupaban debido a las condiciones de género implementados².

Con la participación del padre en el cuidado de los hijos, hay una asunción equilibrada en las responsabilidades familiares, facilitando en igualdad de condiciones y oportunidades las políticas de conciliación en su ámbito familiar, personal y laboral. Se pretende bajo las políticas de conciliación las mismas condiciones en relación al acceso, permanencia y desarrollo tanto de los hombres como de las mujeres en el mercado de trabajo. Por tanto, la medida más relevante para plasmar de manera clara la corresponsabilidad es el permiso de paternidad, atribuyendo a cada uno de los progenitores un derecho individual.

Dentro del marco de la Unión Europea, aparecen las primeras referencias en el área de la conciliación unidas a la aparición del principio antidiscriminatorio³. En primer lugar, con la redacción del artículo 119 del Tratado de Roma en 1957 “cada estado

² José Fernando Lousada Arochena “Permiso de Paternidad y Conciliación Masculina”, pág. 7, 2008.

³ Irene Merino Calle “La conciliación laboral, personal, y familiar”, pág. 7, 2015.

miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”, unido al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad comunitaria establecido en el artículo 7 del Tratado de Roma.

De manera consecutiva la Unión Europea, aprobó la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental, realzando aspectos hacia la corresponsabilidad como promover la asunción equilibrada en el cuidado familiar, otorgando la individualización⁴ de los derechos a ambos progenitores. Con el fin de promover la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato entre hombres y mujeres, se debe conceder con carácter intransferible⁵. Este acuerdo contempla disposiciones mínimas para facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales teniendo en cuenta cada vez en mayor medida la diversidad de estructuras familiares contempladas, sustentándose tal y como menciona F. Lousada (2014,422) bajo las normas constitucionales ⁶sobre la prohibición de toda forma de discriminación por razón de sexo, cualquier otra condición o circunstancia personal o social y la protección familiar.

Seguidamente, se aprobó el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1997, donde se incorpora la prohibición de nuevas causas discriminatorias⁷ relativas al principio de igualdad de trato a las personas de nueva generación, de su origen racial o étnico o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Con la misma finalidad en el ámbito comunitario, la Directiva 2000/43/ CE del Consejo de 29 de junio

⁴Directiva 96/34/CE del consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. Cláusula 2 “se concede un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder cuidarlo hasta una edad determinada, que puede ser hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros o los interlocutores sociales.”

⁵ Se concede un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por nacimiento o adopción de un hijo, en principio de manera no transferible, para que por primera vez la normativa laboral aplique el principio de individualización y ambos progenitores puedan implicarse en el cuidado del menor. Establecido en la cláusula 2.1 de la Directiva 96/34/CE.

⁶ Constitución Española, artículo 14 “Principio de igualdad y no discriminación” y artículo 39.1 protección de la familia. Tal y como menciona José Fernando Lousada, en las normas constitucionales para evitar cualquier tipo de discriminación y proteger a la familia, pág.422, 2014.

⁷ Irene Merino Calle “La conciliación laboral, personal, y familiar”, pág. 8 y 9, 2015.

de 2000, tiene por objeto establecer la prohibición de causas discriminatorias por motivos de origen racial o étnico, con el fin de que se aplique en los Estados Miembros el principio de igualdad de trato. Del mismo modo, el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación con la misma finalidad y consecución que lo indicado con anterioridad.

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, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, se establece que alienta a los Estados miembros a “evaluar la posibilidad de que los ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso por paternidad, preservando los mismos derechos laborales.” Esta resolución tiene la finalidad de preservar los mismos derechos laborales cuando disfruta del permiso para el cuidado del menor tanto la mujer como el hombre. Entre esos derechos puede citarse la promoción, formación y retribución bajo el principio de igualdad. En relación a esto, la carta de los derechos sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, en su artículo 16, desarrolla acciones para garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y en particular, para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, formación y evolución en la carrera profesional. La consecución del objetivo de la igualdad efectiva en el ámbito laboral tiene la intención que ambos progenitores compartan los costes laborales que exige la dedicación y cuidado en las responsabilidades familiares, sin que estas vengan atribuidas a un progenitor en exclusiva. De esta manera bajo las instituciones comunitarias nace el principio de corresponsabilidad, tal y como menciona Irene Merino (2015,15)⁸, donde a partir de la década del 2000 se produce una fase expansiva en los derechos de conciliación.

En consecuencia, la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000 garantiza la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, inclusive su materia, el empleo, trabajo y retribución, con el fin de poder conciliar la vida familiar y profesional, toda persona tiene derecho a ser protegido contra cualquier despido por causa relacionada con la maternidad o un permiso parental con motivo de nacimiento o adopción de un niño, en consecuencia, cada progenitor tendrá derecho a un permiso parental con motivo de nacimiento y adopción de hijo, regulado en el artículo 33 de la

⁸Irene Merino Calle “La conciliación laboral, personal, y familiar”, pág. 15, 2015.

carta. Seguidamente, la Directiva 2006/54/CE⁹ del Parlamento Europeo y del Consejo en su artículo 16 estableció una serie de derechos al padre, donde menciona; “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 garantizaran 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 los que hubieran podido tener derecho durante su ausencia”.¹⁰ Además, reconoce que el padre o el otro progenitor tendrá derecho a disponer de un tiempo necesario para el cuidado del nacimiento de nuevo hijo recién nacido o una vez aprobada la resolución judicial. Implicando la figura paterna en el cuidado familiar para promover la corresponsabilidad y el principio de igualdad.

La Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, aplica el acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado entre BusinessEurope, la UEAPME, la Ceep y la Ces, derogando la anterior directiva 96/34/ CE. Su cláusula quinta establece que “al final del permiso parental el trabajador tendrá derecho a ocupar su mismo puesto de trabajo, o, en caso de imposibilidad, un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato de trabajo o su relación laboral.”, para garantizar la continuidad en su carrera profesional. De este modo, el permiso parental fomenta un uso más igualitario otorgando al menos un mes de los cuatro que prevé al padre de manera intransferible y reconoce al trabajador una vez que se reincorpora al trabajo el derecho a “pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un periodo de tiempo determinado”, para incidir en la corresponsabilidad al fomentar un mayor protagonismo en el cuidado de los hijos para ambos progenitores.

⁹ La Directiva 2006/54 regula el permiso de paternidad en su artículo 16 en términos similares a la Directiva 2002/73/CE, en su artículo 2.7, con la finalidad de proteger a los padres trabajadores en ausencia del permiso de paternidad en igualdad de condiciones al permiso de maternidad.

¹⁰ El permiso de paternidad y adopción, artículo 16, 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.

1.2 Constitución Española

La Constitución Española de 1978 se ha constituido como una fuente que regula parte de los derechos del trabajo. Como norma suprema recoge una serie de preceptos y principios generales con aplicación en el ámbito laboral. En el artículo 1 define España como un “Estado social y democrático de derecho” y propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Entre sus cuatro valores se destaca la igualdad sin distinción de sexo. El principio de igualdad constitucional en su artículo 14 engloba la igualdad de oportunidades sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo (mujeres y hombres). El estudio de la dimensión de género pretende la igualdad efectiva de los sexos (mujer y hombre), basándose en el reconocimiento legal de derechos que permitan a los trabajadores/as decidir sobre las diversas esferas de su vida personal, laboral y profesional, sin someterse a los condicionamientos implementados por los estereotipos en función del sexo de la persona, de acuerdo con F. Lousada¹¹ (2014,107). Por ese motivo, en el artículo 9.2 establece a los poderes públicos “el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Además, es cierto que los derechos de conciliación no se encuentran recogidos expresamente en la Constitución Española. Pero esta afirmación sería una interpretación sumamente limitada, ya que supondría desconocer el carácter evolutivo de los derechos fundamentales, congelando su elenco en el momento de aprobación del texto Constitucional, sin tener en cuenta la evolución de la normativa europea que ha conducido al reconocimiento de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 10.2 de la Constitución Española, tal y como ha explicado F. Lousada (2014,398)¹². Por ello, la consideración de los derechos de conciliación como derechos fundamentales están en constante proceso, donde todavía no se han conseguido

¹¹José Fernando Lousada Arochena “El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, pág. 107,2014.

¹² José Fernando Lousada Arochena “El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, pág. 398,2014.

perfilar todos los efectos de esta consideración, tal y como ha explicado F. Lousada (2014,399)¹³.

La Constitución Española abarca otros artículos para fomentar la igualdad de oportunidades y evitar todo tipo de discriminación por razón de sexo. En su artículo 35.1 CE reconoce el deber y el derecho a trabajar, a la libre elección de oficio, a la promoción profesional y una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y la de su familia, sin que pueda prevalecer discriminación alguna entre hombre o mujer. Este precepto constitucional y gracias a la introducción de la LOIEMH pretende que ambos progenitores con independencia del sexo y la estructura familiar tenga los mismos derechos laborales en el ámbito laboral, como el acceso a los mismos puestos de trabajo, a promocionarse internamente, a una formación adecuada para el funcionamiento de la actividad y una retribución suficiente y equitativa. Dicho precepto constitucional abarca la concepción del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que puedan generarse o perpetuarse la desigualdad. Se configura en la Exposición de motivos de la LOIEMH¹⁴, como una de las manifestaciones legislativas más intensas plasmado como un derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, como ha explicado E. Rodríguez (2010,54)¹⁵.

Por otra parte, ampara la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en relación al cuidado de familiares, en su artículo 39.1 y 2 CE donde establece “Que los poderes públicos deben asegurar la protección social, económica y jurídico familiar” y “así como garantizar la protección integral de los hijos”. Persigue la finalidad de facilitar la posibilidad de adaptar y compaginar las obligaciones laborales y familiares, como ha explicado E. Rodríguez (2010,54)¹⁶.

¹³ José Fernando Lousada Arochena “El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, pág. 398 y 399,2014.

¹⁴Se configura en Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su TÍTULO I, el principio de igualdad y la tutela contra la discriminación.

¹⁵ Emma Rodríguez “Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares”, pág. 56, 2010.

¹⁶ Emma Rodríguez “Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares”, pág.54, 2010.

En este sentido, la sentencia 3/2007, de 15 de enero, es un claro ejemplo entre los derechos de conciliación y el artículo 39.1 CE¹⁷. De esta manera, el derecho a la conciliación como veremos en el análisis de la sentencia, se encuentra recogido en la Constitución Española, por una parte, en la protección de la familia, así como en la protección integral de los hijos (39 CE), y, por otro lado, en el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo (14 CE).

¹⁷En esta sentencia, la parte actora recurre por solicitar una reducción de su jornada de trabajo, por guarda legal de un hijo menor de seis años, al amparo de lo dispuesto en el artículo 37.6 ET. En resumen, el órgano judicial denegó la reducción de jornada solicitada por la trabajadora, por la estricta legalidad que efectúa la expresión del artículo 37.6 ET “dentro de su jornada ordinaria”, debido que la propuesta no se ajustaba a los límites establecidos en dicho artículo, al pretender desarrollar una jornada laboral de lunes a miércoles y en horario de tarde, siendo su jornada ordinaria de lunes a sábado y en turnos rotativos. El hecho de que el órgano judicial no se ha planteado si denegar la reducción de jornada laboral a la trabajadora constituía o no un obstáculo para facilitar la compatibilidad de la vida laboral y profesional, supone no valorar adecuadamente el artículo 14 CE, porque dicho artículo se basa también en una serie de motivos o causas basadas en la no discriminación por razón de sexo (que también puede llevar a una discriminación indirecta), así como el hecho de proteger a la familia bajo la rúbrica del artículo 39 CE. En consecuencia, no ha sido debidamente tutelado el derecho fundamental de la trabajadora, por varios motivos: porque se ha examinado en su interpretación literal sin tener en cuenta otras circunstancias como las protegidas en el artículo 14 y 39 CE, de modo que impide conciliar y adaptar su vida laboral y profesional. Seguidamente, porque se considera una discriminación indirecta por razón de sexo, de acuerdo con la doctrina. Considerando la discriminación indirecta por razón de sexo como “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a otras personas del otro sexo, puede justificarse objetivamente si esa disposición criterio o práctica tiene una finalidad legítima y, además, de ser los medios adecuados y necesarios para alcanzar dicha finalidad”. De esta manera, el TC, califica que no existe discriminación indirecta por razón de sexo, por estar justificadas las diferencias de trato por motivos de política social. Esto ocurre, porque en la mayor parte de ocasiones (STC 240/1999) las trabajadoras del sexo femenino solicitan dichos derechos y se ven gravemente perjudicadas siendo un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo.

1.3 Estatuto de los Trabajadores

Aparecen los primeros antecedentes hacia la corresponsabilidad en la normativa del Estatuto de los trabajadores 1980¹⁸, donde desaparece la titularidad femenina en la excedencia para el cuidado de los hijos, que conduce a la creación de nuevos derechos para ambos progenitores con una titularidad individualizada para cada uno de los progenitores. Es más, en la modificación de la normativa del Estatuto de los trabajadores de 1995¹⁹, abre camino a que el padre por fallecimiento de la madre o a opción de ella pueda disfrutar de una parte de manera determinada e interrumpida de hasta las cuatro últimas semanas de suspensión para el disfrute de sus hijos, fomentando e implicando con mayor intensidad al padre en el cuidado familiar.

En 1989 se reconoce por primera vez en la legislación laboral la posibilidad a los padres trabajadores de hacer uso de parte del permiso de maternidad en determinados supuestos. La Ley 3/1989, de 3 marzo, no supone un gran avance ya que se deriva de un derecho accesorio siendo a opción de la madre, quien debe decidir si le concede una parte de su descanso voluntario (diez semanas restantes) al padre para el cuidado y atención de sus hijos permitiendo así su disfrute. En resumen, basándose en el modelo tradicional de hombre y mujer, el padre podrá disfrutar del cuidado familiar a opción de la madre por un derecho accesorio y no un derecho de titularidad directa.

Tras la publicación de la Ley 39/1999, de 5 noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, supuso un cambio en los derechos de conciliación donde por primera vez hay un reconocimiento legal de los derechos individuales e intransferibles de los trabajadores sean mujeres u hombres. En concreto, desarrollando mejoras del permiso de lactancia, reducción de jornada laboral, la excedencia del cuidado de hijos e incluso mejoró otros derechos de conciliación como el permiso de enfermedad o accidente de familiares y la excedencia del cuidado de familiares otorgando la titularidad indiferenciada entre ambos

¹⁸Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, en el artículo 46.3, hace referencia que; “Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia, no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo, a contar desde la fecha del nacimiento de éste. Los sucesivos hijos darán derecho a un nuevo período de excedencia que, en su caso, pondrá fin al que se viniera disfrutando. Cuando el padre y la madre trabajen, sólo uno de ellos podrá ejercitar este derecho.

¹⁹ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículo 48.4 “suspensión del contrato de trabajo”.

progenitores (mujer o hombre). Incluso esta normativa incluía preceptos para favorecer la corresponsabilidad, destacando con mayor importancia la prohibición de despido por el ejercicio y disfrute de los permisos a través de los derechos de conciliación.

A pesar de la importancia que tuvo esta última norma con la finalidad de promover la conciliación de la vida laboral y familiar, era necesario un empujón para romper los esquemas tradicionales basados en el dominio de los estereotipos sociales en función del sexo de cada persona, y así atribuir la titularidad de los derechos de conciliación de manera individual tanto para el hombre como la mujer, con la finalidad de que ambos progenitores se responsabilizarán de igual modo en las responsabilidades familiares. De este modo, en la década de 2007 se modifica el artículo 45.1 d) ET donde incorpora la suspensión del contrato de trabajo por las siguientes causas: “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.” Teniendo su propia regulación para el permiso de paternidad (48.7 ET vigente) y para el permiso de maternidad (48.4 ET). En consecuencia, se instaura por primera vez un permiso de titularidad directa al padre.

Además, recogen otros derechos de conciliación relacionados con la jornada laboral en aras de conciliar la vida familiar y laboral teniendo acceso tanto los trabajadores como trabajadoras. Entre los derechos laborales relacionados con la jornada laboral²⁰ se pueden destacar: el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo (34.8 ET), reducción de jornada por guardia de un menor hasta doce años (37.5 ET), la excedencia para el cuidado de hijos (46.3 ET), el disfrute de las vacaciones y de dichas suspensiones en caso que coincidan (38.3 ET), derechos de conciliación relacionados con la jornada laboral, el permiso de maternidad (48.4 ET) y el permiso de paternidad (48 bis y actualmente en vigor 48.7 ET).

²⁰José Fernando Lousada Arochena “El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pág. 396,2014.

En conclusión, y tras varias propuestas suspendidas sucesivamente²¹ para ampliar el permiso por paternidad, el trabajador tendrá derecho a cuatro semanas ininterrumpidas a partir del 1 de enero del 2017 como establece la disposición final segunda del Estado, regulada en la ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, otorgándole mayor protagonismo al padre en el cuidado de los hijos.

1.4 La ley orgánica para la igualdad efectiva

La ley orgánica de igualdad 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en su artículo 44, apartado 1, fomenta la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares de cada miembro de la familia “trabajadores/as” sin distinción de género evitando toda discriminación basada en su ejercicio. Con el propósito de promover la asunción igualitaria con independencia del sexo “hombre o mujer”, bajo el principio de igualdad en la esfera personal, familiar y laboral. Esto conecta con un criterio general de actuación de los poderes públicos en el artículo 14, apartado 8, donde menciona “el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en atención a la familia”. Con la intención que asuman las responsabilidades familiares de forma igualitaria a través de un permiso individualizado y adaptar los tiempos laborales para poder conciliar en aras de la corresponsabilidad, tanto un progenitor como el otro la esfera laboral y familiar.

La instauración en aras de la corresponsabilidad se plasma en la LOIEMH, con el permiso de paternidad atribuyendo un derecho individual a cada uno de los progenitores de carácter intransferible, creando derechos individualizados “uno en

²¹ La entrada en vigor ya ha sido aplazada en varias ocasiones por:

La ley 39/2010(LPGE 2011), que retrasaba su inicio al 1 de enero del 2012,

Real decreto ley 20/2011, de 30 de diciembre, que retrasaba su inicio al 1 de enero del 2013,

Ley 2/2012 (LPGE 2012): que retrasaba su inicio al 1 de enero 2013,

Ley 17/2012 (LPGE 2013): que retrasaba su inicio al 1 de enero del 2014,

Ley 22/2013 (LPGE 2014): que retrasaba su inicio al 1 de enero del 2015 y

Ley 36/2014 (LPGE 2015): que retrasaba su inicio al 2 de enero 2016.

exclusiva para el padre y otro para la madre” u otorgando al padre un periodo del permiso parental²² indiferenciado.

El artículo 44 apartado 3 de la LOIEMH, menciona que, para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, 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. Se implementa en nuestro ordenamiento jurídico por primera vez el permiso de paternidad, con la finalidad de que ambos progenitores asuman las responsabilidades familiares, sin que venga atribuidas dichas responsabilidades de manera en exclusiva a un solo progenitor. De esta manera, la LOIEMH introduce en mayor medida numerosas manifestaciones del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, haciendo especial hincapié en el ámbito de las relaciones laborales²³, tanto en el ámbito del empleo privado como público regulado en el Título I.

El artículo 44.3 de la LOIEMH, establece que “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 la Seguridad Social. De esta manera, se reconoce al padre trabajador un derecho individual e intransferible a la suspensión contractual por el permiso de paternidad que garantiza el bien jurídico protegido. La finalidad de esta medida es contribuir como bien establece el artículo “a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares”, para que ambos progenitores compartan también los costes laborales que supone la dedicación al cuidado familiar. Por tanto, la finalidad del permiso de paternidad tiene las siguientes consecuencias:

²² La directiva 2010/18/UE, establece en su cláusula 2.2 un permiso parental con una duración mínima de cuatro meses, de los cuales un mes es de carácter intransferible. De esta manera, fomenta un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores (hombres y mujeres), dando cabida a que cada progenitor al menos disfrutará como mínimo un mes del permiso parental.

²³ Irene Merino “La conciliación laboral, personal y familiar”, pág. 15, 2015. Recogido en el Título I “El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación”, de la ley orgánica de igualdad entre mujeres y hombres, especialmente he prestado especial atención al artículo 5 del mismo.

se eliminan los obstáculos que impedían al padre tener un derecho de titularidad directa para encargarse del mismo modo que la madre del cuidado de su hijo menor, que la mujer puérpera se recupere tanto física como psicológicamente del proceso biológico gestacional, que con la ayuda de la figura paterna, puede reintegrarse a opción de ella a su trabajo, dar mayor flexibilidad al disfrute de los derechos de conciliación adaptándolos a la situación de cada familia, así como minorar los estereotipos sociales dando una mayor implicación de ambos progenitores (madre y padre) en el cuidado de los hijos recién nacidos, adoptados o acogidos a través de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Tales medidas de conciliación²⁴ constituyen un elemento esencial para hacer efectiva en la práctica la verdadera igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de las relaciones laborales, como explica E. Rodríguez (2010, 58).

²⁴ Emma Rodríguez, "Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares", pág. 58, 2010.

II. El permiso por paternidad

2.1 Suspensión del contrato de trabajo

La LOIEHM introduce una nueva causa de suspensión contractual, el permiso por paternidad, mediante su regulación en el Estatuto de los trabajadores, en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento. Dicho permiso suspende las obligaciones contractuales, sin romper el vínculo laboral en la prestación de servicios por parte del trabajador, así como la remuneración del trabajo por parte del empresario, para una posterior reanudación del contrato de trabajo, una vez finalizado dicho permiso se debe reincorporar en idénticas condiciones a las existentes con anterioridad a la suspensión contractual.

Se configura el permiso por paternidad en el artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores, como una nueva figura suspensiva del contrato de trabajo en los siguientes supuestos: “Maternidad, **paternidad**, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, 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, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tenga especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.”²⁵

En referencia al párrafo anterior, para evaluar el grado de minusvalía, el artículo 22.3 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, prevé que las dificultades de inserción social y familiar deberán ser debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes, para que se reconozca como situación protegida la adopción o acogimiento de un menor de dieciocho años, destacando 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 diciembre.

La suspensión del contrato de trabajo por paternidad tiene su regulación más específica en el artículo 48.7 ET, estableciendo este permiso como un derecho individual del padre o el progenitor y de carácter intransferible, adicional e independiente y compatible con el disfrute compartido de los periodos de descanso por

²⁵Regulado en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (Regulación Vigente)

maternidad regulado en el artículo 48.4 del ET. Por lo tanto, cabe la opción que el padre o el otro progenitor además de ejercer un derecho de titularidad individual, pueda disfrutar a opción de la madre una parte determinada e interrumpida del permiso por maternidad. La suspensión contractual por paternidad es a la vez compatible con el permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo ampliándose a cuatro días si se requiere desplazamiento regulado en el artículo 37.3 b) del ET.

Tal y como cita A. Garrigues y P. Núñez (2007,96)²⁶, el reconocimiento de este nuevo permiso por paternidad se encuentra más próximo en su caracterización al permiso en los supuestos de adopción o acogimiento que al supuesto de maternidad biológica, al estar desprovisto de toda connotación fisiológica. En este sentido, se manifiesta en la Sentencia del TC 75/2011, de 19 de mayo, que en caso de nacimiento de hijo biológico el padre solo puede disfrutar del periodo de descanso voluntario perteneciente al permiso de maternidad a opción de la madre, mientras que en el caso de adopción o acogimiento como no concurre la necesidad proteger a la madre trabajadora en la recuperación física, sino de facilitar la integración del menor adoptado o acogido en el entorno familiar, el padre puede disfrutar de este derecho íntegramente. Es cierto, que si ambos progenitores trabajan (padre o madre), el derecho a la suspensión contractual será a elección de los propios interesados, mientras que si trabajará solo un progenitor le correspondería a él dicho permiso.

El reconocimiento de este nuevo derecho por paternidad²⁷ supone la posibilidad de ampliación de facto del periodo de tiempo del que supone la familia para atender las necesidades generadas por el nacimiento de un nuevo hijo e incluso permite a la madre retomar a su carrera profesional, ocupándose durante un periodo de tiempo corto sin desatender a su hijo, a cargo del padre. Todo ello, sin minorar el tiempo que hasta ahora se le ha otorgado al permiso por maternidad (dieciséis semanas ininterrumpidas) y con una mayor participación del padre en el cuidado de sus hijos, de esta manera ambos progenitores podrán participar en igualdad de oportunidades en las obligaciones del cuidado familiar.

Se instaura por primera vez al padre u otro progenitor la suspensión del contrato de trabajo por paternidad incorporando una prestación individual e independiente del permiso de maternidad para los casos de paternidad biológica, adopción o

²⁶ Reflexiones Amparo Garrigues Giménez y Pilar Núñez, "Igualdad y conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas.", pág. 96, último párrafo, 2007.

²⁷ Reflexiones Amparo Garrigues Giménez y Pilar Núñez, "Igualdad y conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas.", pág. 97, último párrafo, 2007.

acogimiento lo que supone un avance en la consecución de los derechos de conciliación²⁸ implicando a ambos progenitores en el cuidado familiar. Estableciendo una nueva prestación contributiva de la Seguridad Social al padre u otro progenitor con un derecho de titularidad directa introducido en el Capítulo VII de la LGSS, otorgando un principio de individualización para cada progenitor. Este derecho también es reconocido en la normativa laboral del Estatuto de los Trabajadores (48.7 ET), y la ley de igualdad entre mujeres y hombres (disposición adicional décimo primera. once).

La suspensión del contrato de trabajo, supone la interrupción temporal por alguna de las causas reguladas en el artículo 45 ET, sin romper el vínculo laboral en la prestación de servicios por parte del trabajador, así como la remuneración por parte del empresario, para una posterior reanudación del contrato de trabajo, una vez finalizado el permiso disfrutado. A diferencia de la extinción del contrato de trabajo, que supone la terminación de una relación laboral entre el empresario y el trabajador, en virtud del acuerdo suscrito (contrato de trabajo) que les unía laboralmente, por alguna de las causas reguladas en el artículo 49 ET.

El permiso por paternidad puede disfrutarse de diferentes maneras a elección del trabajador: desde la finalización del permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo ampliándose a cuatro si requiere desplazamiento regulado en el artículo 37. b) ET, o en caso de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, o desde la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, regulado en el artículo 48.5 ET.

En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o de la parte restante del periodo de suspensión, con independencia del disfrute por paternidad, regulado en el artículo 48.4 ET. El padre disfrutara del permiso por paternidad y en este caso, seguidamente disfrutara del permiso por maternidad.

No obstante, la normativa laboral otorga al padre trabajador la opción de disfrutar de otros derechos y permisos laborales en relación con el cuidado y la atención del menor. Dichos permisos están regulados en mayor medida en el artículo 37 ET.

En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1 ET, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo. Este permiso constituye un derecho individual de los

²⁸ Juan Molins García-Atance, "La reforma de las prestaciones de maternidad y paternidad por la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres." Pág.180, 2009.

trabajadores, hombres o mujeres, pero solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen. (37.4 ET)

En caso de nacimiento de hijos prematuros o, que por cualquier cosa deben permanecer hospitalizados después del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Así mismo, tendrá derecho a reducir su jornada laboral hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario. (37.5 ET)

El trabajador que tenga por razones de guarda legal el cuidado de un menor de doce años tendrá derecho a una reducción de la jornada laboral diaria, regulado en el artículo 37.6 ET. En relación a esto, el artículo 34.8 ET establece que el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada laboral para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en la empresa.

El trabajador también tendrá derecho a la excedencia no superior a tres años por cuidado de hijo desde su nacimiento, adopción o acogimiento, regulado en el artículo 46.3 ET.

Y, por último, en el supuesto de que el periodo de vacaciones coincida con el permiso por paternidad, el trabajador podrá disfrutarlas cuando haya finalizado el periodo de suspensión contractual por paternidad, incluso cuando haya finalizado el año natural al que corresponda, siempre y cuando no haya transcurrido más de dieciocho meses a partir del año en que se haya originado, regulado en el artículo 38.3 ET²⁹.

Los permisos citados suponen una opción voluntaria a la que puede acceder todo trabajador o trabajadora que cumpla con los requisitos establecidos en la normativa, y por tanto, constituyen el derecho a compatibilizar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.³⁰

²⁹Cito el apoyo en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 23 de noviembre de 2015 (STSJ 6565/2015), donde estima en suplicación que el permiso por nacimiento de hijo o adopción se debe reconocer, aunque su hecho causante acaezca durante las vacaciones.

³⁰ Como cita Irene Merino “La conciliación laboral, personal y familiar”, pág.17, 2015.

2.2 Titularidad del permiso por paternidad

Conforme a lo establecido en el artículo 48.7 del ET, podrá ser titular del permiso por paternidad el padre o el otro “progenitor” en los supuestos de nacimiento de hijo biológico, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento. La ley orgánica de igualdad efectiva entre hombres y mujeres abre la posibilidad de que el permiso por paternidad pueda ser disfrutado como consecuencia de la existencia de las nuevas realidades familiares entre uniones de parejas del mismo sexo y familias monoparentales³¹ y el reconocimiento de sus derechos inherentes.

De esta manera, este permiso corresponde en exclusiva al otro “progenitor”³², con el objetivo de regular el descanso de las nuevas realidades familiares que abarca nuestro ordenamiento jurídico entre uniones matrimoniales y parejas de hecho. La finalidad de utilizar dicho término es dar cabida no solo a las familias heterosexuales sino también a las nuevas realidades familiares homosexuales.

De acuerdo con la vigente regulación del matrimonio en el Código Civil³³, la adopción conjunta se adquiere a los matrimonios con independencia del sexo de los cónyuges, establecido en los artículos 44³⁴ y 175.4 del Código Civil. Las parejas de hecho también pueden adoptar, pero cuando sus integrantes son de diferente sexo, de acuerdo a la ley 21/1987, de 11 de noviembre, en su disposición adicional tercera disponía “la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor será también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”. Esta interpretación literal que hace referencia al hombre y a la mujer, excluía a las parejas del mismo sexo, incluso cuando parejas del mismo sexo podían contraer matrimonio, con los mismos requisitos que las parejas de diferente sexo, desde la ley 13/2005 de 1 de julio. La nueva ley 26/2015, del 28 de julio, de protección a la familia y a la adolescencia, elimina las barreras existentes al incluir en el artículo 175.4 del Código Civil que las parejas de hecho del mismo sexo también pueden adoptar como las de diferente sexo. “Nadie

³¹ “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.”, redactado en la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 en la disposición Final Tercera, apartado cuatro.

³² Término introducido en la normativa del Estatuto de los trabajadores “esta suspensión contractual corresponde en exclusiva al otro progenitor”.

³³ Última modificación publicada en el Código Civil, 6 de octubre del 2015.

³⁴ El matrimonio entre los cónyuges exigirá los mismos requisitos con independencia que sean del mismo o diferente sexo.

podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad conyugal “. Debido a la actual reforma las uniones de pareja de hecho con independencia del sexo de los integrantes pueden adoptar conjuntamente, dicho de otro modo, han adquirido las mismas condiciones evitando todo tipo de discriminación por orientación sexual.

En referencia al acogimiento, podrán acoger del mismo modo que la adopción, tanto las parejas como matrimonios con independencia del sexo, su regulación se establece en el artículo 173 y 173. bis del Código Civil.

2.2.1 Paternidad biológica, adopción y acogimiento

En el caso que el permiso por paternidad se genere por nacimiento/parto de hijo biológico, la suspensión contractual corresponderá en exclusiva al “otro progenitor”, es decir, al que no ha dado a luz. El padre o el otro progenitor podrá disfrutar del permiso por paternidad con independencia del periodo de descanso por maternidad³⁵ que haya disfrutado a opción de la madre. En este caso el otro progenitor podrá disfrutar una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso de hasta diez semanas, sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio y exclusivo para la madre.

En el supuesto de uniones de parejas de hecho o matrimonios homosexuales, en la cual una de ellas sea madre biológica, su pareja o cónyuge podrá percibir el permiso por paternidad si decide adoptar al hijo biológico de su pareja, quedando sujeto al hecho causante de que se produzca a través de resolución judicial la adopción.

Cuando el permiso por paternidad se genere por adopción o acogimiento de un menor, el derecho a la suspensión contractual corresponderá solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados, quedando sujeto el hecho causante al momento que se constituya por resolución judicial la adopción o a partir de la decisión administrativa judicial o judicial de acogimiento. No obstante, cuando el periodo de descanso por maternidad regulado en el artículo 48.4 ET, sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente será disfrutado por el otro progenitor. Cabe la posibilidad, que un progenitor disfrute de una parte del

³⁵ Como es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 5215/2009, de 20 de mayo de 2009, en Madrid, donde el padre puede compartir el permiso de maternidad con la madre, cuando ella cede una parte determinada e ininterrumpida del descanso maternidad, con independencia que el padre o el otro progenitor disfrute del permiso paterno.

periodo de descanso por maternidad más el período de descanso por paternidad, y el otro progenitor disfrute de una parte del descanso por maternidad.

En referencia a la adopción, podrán adoptar de manera individual o conjuntamente las uniones de pareja de hecho y matrimonios heterosexuales y homosexuales, es decir, dos progenitores del mismo sexo o de diferente sexo, de acuerdo a la vigente regulación del código civil. Tras la modificación del código civil en 2005, pueden contraer matrimonio los cónyuges del mismo o diferente sexo, dando la opción de adoptar de manera conjunta o individual. La posibilidad de adopción conjunta en uniones de parejas del mismo sexo se aprobó una década más tarde en la actual regulación del código civil.

Por eso mismo, como la adopción puede adoptarse tanto por matrimonios y uniones de parejas de hecho tanto heterosexuales como homosexuales, la madre adoptiva en su interpretación literal de la ley “el otro progenitor”, podrá disfrutar del permiso por paternidad, al considerar a los dos miembros del mismo sexo progenitores. Si no fuera así, le estaríamos dando un peor tratamiento al matrimonio y pareja homosexual que heterosexual, tal y como menciona A. Garrigues y P. Núñez (2007,100).³⁶

En referencia al acogimiento, habría que analizar que tras la actual regulación del Código Civil en su artículo 173.bis, establece que las modalidades³⁷de acogimiento

³⁶Reflexiones Amparo Garrigues Giménez y Pilar Núñez, “Igualdad y conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas”, pág.100, 2007.

³⁷Vigente regulación del Código Civil, precepto 173.bis. El acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos: **a)** Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda. **b)** Acogimiento familiar temporal, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva. **c)** Acogimiento familiar permanente, que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor.

son de “urgencia, temporal, permanente”. Del mismo modo que la adopción, pueden acoger tanto los progenitores formados por dos personas del mismo o diferente sexo. La suspensión se producirá a partir de la resolución administrativa o judicial por la que se constituye el acogimiento, con la finalidad de proteger al menor cualquiera que sea su modalidad “integrándolo en la vida de la familia e imponer al acogedor las obligaciones de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y darle una formación integral y adecuada en un entorno afectivo”, regulado por el artículo 173 del Código Civil.

2.3 Duración del permiso por paternidad

La duración de la suspensión contractual por paternidad como regla general es de trece días ininterrumpidos, ampliándose en el supuesto de parto, adopción, o acogimientos múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Su duración se ve favorecida en dos días más por el permiso por nacimiento de hijo, conforme establece el artículo 37.3b) siendo necesario el previo aviso y justificación del trabajador al empresario e incluso cuando se requiera desplazamiento la duración será de cuatro días.

La entrada en vigor de la duración del permiso de paternidad a cuatro semanas se ha ido aplazando sucesivamente desde 2010 en las leyes de presupuestos generales del Estado³⁸. Su última modificación preveía su ampliación a partir del 1 de enero del 2016 en su disposición adicional segunda de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del estado 2015. La ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso por paternidad en los casos de nacimiento, adopción y acogimiento prevé su ampliación a cuatro semanas ininterrumpidas como establece su disposición adicional segunda a partir del 1 de enero del 2017.

³⁸ La entrada en vigor de esta disposición ha sido suspendida sucesivamente en varias ocasiones, primero por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de presupuestos generales del estado 2011, que preveía su ampliación a partir del 1 de enero del 2012. En segundo lugar, por el real decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, que preveía su ampliación a partir del 1 de enero del 2013. También la ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del estado 2012, que preveía su ampliación a partir del 1 de enero del 2013. Posteriormente, la ley 17/2012, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del estado 2013, que preveía su ampliación a partir del 1 de enero del 2014. Por último, la ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del estado 2014, que preveía su ampliación a partir del 1 de enero del 2015.

2.3.1 Supuestos especiales

La duración del permiso será de veinte días naturales ininterrumpidos, cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa o cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento de nuevo hijo. En consecuencia, se considera miembros de la familia numerosa a los dos progenitores integrada por tres o más hijos, sean comunes o no comunes y que convivan en el ámbito familiar. A tales efectos, el término de familia numerosa está redactado en la ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas³⁹.

Del mismo modo, la duración del permiso será de veinte días naturales ininterrumpidos, cuando el hijo nacido, adoptado o menor acogido tenga una

³⁹ Artículo 2.2. Ley 40/2003, de 18 de noviembre, protección a las familias numerosas. A los efectos de esta ley, se entiende por familia numerosa la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes. Se equiparán a familia numerosa, a los efectos de esta ley, las familias constituidas por: **a)** Uno o dos ascendientes con dos hijos, sean o no comunes, siempre que al menos uno de éstos sea discapacitado o esté incapacitado para trabajar. **b)** Dos ascendientes, cuando ambos fueran discapacitados, o, al menos, uno de ellos tuviera un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, o estuvieran incapacitados para trabajar, con dos hijos, sean o no comunes. **c)** El padre o la madre separados o divorciados, con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque estén en distintas unidades familiares, siempre que se encuentren bajo su dependencia económica, aunque no vivan en el domicilio conyugal. En este supuesto, el progenitor que opte por solicitar el reconocimiento de la condición de familia numerosa, proponiendo a estos efectos que se tengan en cuenta hijos que no convivan con él, deberá presentar la resolución judicial en la que se declare su obligación de prestarles alimentos. En el caso de que no hubiera acuerdo de los padres sobre los hijos que deban considerarse en la unidad familiar, operará el criterio de convivencia. **d)** Dos o más hermanos huérfanos de padre y madre sometidos a tutela, acogimiento o guarda que convivan con el tutor, acogedor o guardador, pero no se hallen a sus expensas. **e)** Tres o más hermanos huérfanos de padre y madre, mayores de 18 años, o dos, si uno de ellos es discapacitado, que convivan y tengan una dependencia económica entre ellos. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en su disposición adicional decimotercera añade un nuevo párrafo al apartado 2 del artículo 2 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, considerando familia numerosa al padre o la madre con dos hijos, cuando haya fallecido el otro progenitor. Su duración se regula en el precepto 26.2. c) Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

discapacidad⁴⁰, en un grado igual o superior al 33 por ciento, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. Con la condición que deberá ser debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes, para valorar que tienen un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En ambos casos la duración se ampliará en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más de las circunstancias señaladas.⁴¹

2.4 Supuestos Conflictivos

En este apartado abordaré los supuestos conflictivos que, debido a la interpretación literal de la ley, en el que se establece “el derecho corresponde en exclusiva al otro progenitor”, parece que cierre paso a reconocer la titularidad del derecho a ciertos individuos se le conceda con ciertas limitaciones.

2.4.1 Fallecimiento de la madre

En caso de fallecimiento de la madre, como establece el artículo 48.4 del Estatuto de los trabajadores, el padre o el otro progenitor tiene derecho a disfrutar del permiso por maternidad siendo compatible con el permiso de paternidad. Mientras que, si fallece el padre, la madre tiene derecho al permiso de maternidad como establece el artículo 48.4 ET sin compatibilidad del permiso por paternidad. En situaciones similares, existe cierta discriminación hacia la madre contradiciéndose con la política de conciliación y al mismo tiempo, la figura materna vería reducido el tiempo para el cuidado de su hijo, cuando si fuera al revés el padre podría disfrutar mayor tiempo en unos meses tan esenciales para el desarrollo de su hijo.

⁴⁰ Artículo 22.3 y 26.2.d) Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

⁴¹ Si concurren las circunstancias señaladas que se nombra anteriormente, la duración no se amplía. Por ejemplo: Adquirir la condición de familia numerosa y un hijo nacido con discapacidad, al ser el incremento único, no procede su acumulación, pues el precepto dice que no se aplica cuando concurren al menos dos circunstancias.

2.4.2 Parejas Homosexuales

Un supuesto conflictivo se puede dar en matrimonios o uniones de parejas de hecho del mismo sexo “homosexuales”. Es el caso de matrimonios o uniones de pareja de hecho entre mujeres, y siendo una de ellas madre biológica. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 30 de marzo de 2010 (STSJ 900/2010), evidencia la situación de una madre de hijo biológico que está unida como pareja de hecho a otra mujer. La solución más factible, para que su pareja pueda disfrutar, involucrase y dedicar el mayor tiempo posible con el hijo biológico de la madre es acordar la adopción, para así generar el permiso por paternidad.

2.4.3 Empleados Públicos

Se muestra ciertas diferencias del permiso por paternidad entre el Estatuto Básico del Empleado Público y el Estatuto de los trabajadores. En primer lugar, en el artículo 49.c) EBEP establece que su duración son quince días naturales ininterrumpidos por nacimiento, acogimiento o adopción de uno o más hijos. Mientras que en el artículo 48.7 ET, establece una duración de trece días naturales ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. En este segundo supuesto el artículo 37.3. b) ET, incluso prevé que en caso de nacimiento de hijo puede ampliarse en dos días más o cuatro días más si requiere desplazamiento tal motivo, pero siempre con aviso y justificación del trabajador al empresario. Dicha ampliación es un permiso retribuido a cargo de la empresa como bien regula el artículo 37.3 b) ET.

Se puede apreciar, un permiso por paternidad similar entre ambas normativas en caso de nacimiento de hijo, ya que a pesar que el EBEP conceda quince días de duración, el artículo 37.3 b) ET al establecer la posibilidad de ampliar en dos días más por nacimiento de hijo en su conjunto son quince días de suspensión contractual por paternidad. Pero al mismo tiempo, el Estatuto de los trabajadores por su interpretación literal “nacimiento de hijo”, cierra el paso en caso de adopción o acogimiento.

Otra diferencia a destacar, es el caso que en el Estatuto de los trabajadores prevé que en caso de nacimiento, adopción o acogimiento múltiples el permiso de paternidad se ampliará en dos días más, mientras que EBEP concede en caso de nacimiento, adopción o acogimiento la misma duración con independencia del número de hijos. Además, para los padres trabajadores la prestación económica por paternidad del EBEP, comprende la duración del permiso de paternidad que son quince días,

mientras que para los padres trabajadores en el ET comprende los trece días de duración del permiso por paternidad, que puede abarcar también los restantes días que establece en el artículo 37.3 b) ET⁴² o mejorarlo por convenio colectivo a cargo de la empresa. La sentencia del Tribunal Supremo de Madrid, del 19 de mayo del 2009 (STSJ 4948/2009), afirma que, siendo su objeto, finalidad y contenido sustancialmente similar, no pueden ser compatibles, ya que el Estatuto de los trabajadores es una ley de carácter general dirigida al ámbito del personal laboral, mientras el Estatuto básico del Empleado Público es una ley de carácter especial dirigida exclusivamente a los funcionarios públicos. Además de las diferencias nombradas con anterioridad, la cobertura del subsidio por paternidad es diferente, debido a que en el ámbito funcional el permiso de paternidad tiene una duración de 15 días frente a los 13 días en el ámbito laboral, cuando en este último si así se concede van a cargo de la empresa. Mismo supuesto idéntico, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha, de 20 de febrero de 2009 (STSJ 318/2009), donde menciona que el permiso regulado en el artículo 49.c) EBEP con una duración total de 15 días con independencia del número de hijos no es compatible ni acumulable con la suspensión contractual regulado en el artículo 48 bis ET (48.7 ET vigente) con una duración de 13 días.

2.4.4 Actividad profesional liberal

Un supuesto problemático recae cuando se excluye al padre del disfrute de la prestación por maternidad cuando la madre ejerce una profesión liberal como por ejemplo abogacía. Ocurre por diversas razones como a continuación muestra el artículo 3.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social.

“En caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente periodo de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo, durante el periodo que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad.” Cito apoyo en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 5 de marzo del 2013(STSJ

⁴²Es un permiso retribuido a cargo de la empresa. (37.3b) ET)

435/2013) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 11 de marzo de 2010 (STSJ 827/2010).⁴³ También cito el apoyo en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 14 de julio del 2011 (STSJ 1323/2011).⁴⁴

“Por el contrario, si la madre tuviese derecho a prestaciones por maternidad en el sistema de previsión derivado de su actividad profesional, independientemente de su duración o de su cuantía, o cuando no alcanzará este derecho por no haber incluido voluntariamente la cobertura de esta prestación, el otro progenitor no tendrá derecho al subsidio en el sistema de la Seguridad Social.” Cito el apoyo en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 2 de Julio del 2014 (STSJ 1875/2014).⁴⁵

Por otro y con apoyo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 29 de abril de 2015 (STSJ 263/2015) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 9 de Febrero de 2016 (STSJ 238/2016), el padre no tiene derecho al disfrute al estar la madre afiliada a la Mutualidad de Abogacía y estar cubierta la cobertura por maternidad en la misma mutua y tal como establece la Ley 27/2011, en la disposición adicional cuadragésima sexta, que dicha cobertura se realizará mediante pago único de 1.800 euros equivalente a 60 días de incapacidad temporal que percibe la madre.

⁴³ En ambas sentencias se le reconoce al padre el derecho a la prestación por maternidad, al no tener cubierta la madre trabajadora por cuenta propia la contingencia derivada de parto en su mutualidad de previsión social (abogacía).

⁴⁴ Dicha sentencia reconoce el derecho al “otro progenitor” padre al disfrute en primer lugar del permiso de paternidad, siendo compatible seguidamente con el disfrute del permiso por maternidad desde la finalización del permiso paterno. Cuando la madre no tuviera derecho a suspender sus actividades profesionales con derecho a prestaciones de acuerdo con la normativa de la mutualidad de abogacía, el artículo 48.4 ET establece que “el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el tiempo que le hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el disfrute del ejercicio del derecho por paternidad, regulado en el artículo 48.7 ET.”

⁴⁵ En esta sentencia, se desestima al padre casado con su mujer asociada a la Mutualidad de abogacía y afiliada el derecho a disfrutar la prestación por maternidad, habiendo adoptado la otra progenitora por no suscribirse con la mutualidad la contingencia por maternidad pudiendo hacerlo. Por eso mismo, por no haberse suscrito de manera voluntaria, estando prevista la contingencia por maternidad en la mutualidad de abogacía, hace que opere la exclusión para el disfrute de la contingencia por maternidad por el otro progenitor tal y como explica el párrafo segundo en el artículo 3.4 del Real Decreto legislativo 295/2009, de 6 de marzo.

2.4.5 Familia monoparental

Por último, otro supuesto conflictivo es la familia monoparental, la cual está integrada por un solo progenitor conviviendo con él/ ella uno o más hijos, siendo el único sustentador familiar. En primer lugar, la monoparentalidad materna, que puede surgir cuando la madre es soltera o aun teniendo un padre biológico no está constituido como pareja de hecho o unión matrimonial o habiendo conciliado matrimonio o unión de pareja de hecho este divorciado o separada en ambos casos la transferencia del cuidado familiar es integra para la madre, desprendiéndose el padre de sus responsabilidades familiares. También cabe la posibilidad de haber sido madre por alguna técnica de reproducción humana asistida, como es la inseminación artificial o fecundación in vitro, regulado en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Como se puede deducir tal y como menciona F.Lousada(2008,24)⁴⁶, toda la responsabilidad en el cuidado de los hijos recae sobre la madre, debido a que la interpretación literal de la ley establece que el permiso por paternidad es exclusivamente para el “otro progenitor”, regulado en el artículo 48.7 del Estatuto de los trabajadores, que en el caso de parto a pesar de estar ausente en el cuidado de sus hijos se le atribuye el permiso de paternidad, haciendo que la madre soltera por una causa u otra dedique menor tiempo en el cuidado de su hijo. Por dicha interpretación literal, cuando un único progenitor quiera adoptar o acoger y disfrute del permiso por maternidad, se le privará del disfrute por paternidad, al expresar literalmente la norma “corresponde en exclusiva al otro progenitor”, por lo que dicha normativa da cabida cuando la familia está formada por dos progenitores, sin dar la posibilidad cuando la familia este formada por un único progenitor, según F. Lousada (2008,29)⁴⁷.

Mientras que la monoparentalidad paterna, puede surgir por fallecimiento de la madre o por la renuncia de toda relación materno-filial con el menor entre otras cosas. En el artículo 48. 4 del Estatuto de los Trabajadores establece que a opción de la madre el otro progenitor podrá optar al disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto” o bien” por fallecimiento de la madre con independencia del disfrute paterno, el otro progenitor tendrá derecho a hacer uso del

⁴⁶ José Fernando Lousada Arochena, “Permiso de paternidad y conciliación masculina”, pág.24, 2008.

⁴⁷ José Fernando Lousada Arochena, “Permiso de paternidad y conciliación masculina”, pág.29,2008.

permiso por maternidad”. Cito apoyo en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, de 30 de noviembre de 2009 (STSJ 1032/2009), supuesto en el que la figura paterna solicita el permiso de maternidad ya que la madre se desprende de toda la relación-materno filial con su hijo. En la interpretación literal de la norma se observa ciertas limitaciones hacia la figura materna en comparación a la paterna, por lo tanto, se debería expresar más claramente como lo hace a favor del padre en los supuestos anteriormente nombrados, en las mismas condiciones hacia la madre, fomentando la corresponsabilidad y conciliación a ambos.

III. La prestación económica por paternidad

3.1 Situación protegida

En relación al permiso por paternidad y de acuerdo al artículo 183 LGSS⁴⁸, se considera situaciones protegidas la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo biológico, adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que en este último caso su duración no sea inferior a un año, percibiendo el subsidio por paternidad durante el período de suspensión, que por tales situaciones, se disfrute de acuerdo a lo previsto en el artículo 48.7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o durante el período de permiso que se disfrute, en los mismos supuestos, de acuerdo con lo dispuesto en el precepto 49.c) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Del mismo modo, se considera situación protegida, para el supuesto de adopción y acogimiento, la constitución de tutela sobre un menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor. No obstante, tendrá 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, no siendo equiparable otras modalidades distintas a las mencionadas anteriormente, establecido en el artículo 22.1 y 22.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

Además, se reconoce a los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social, durante un periodo de trece días naturales de cese de la actividad, y, asimismo, ofrece la posibilidad de disfrute del descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, en los términos regulados en la Disposición Adicional Primera, apartado 8 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

Hay que mencionar diversas consideraciones con respecto al término “nacimiento de hijo”, establecido en el artículo 48.7 del Estatuto de los Trabajadores y 183 de la Ley General de la Seguridad Social. En comparación al hecho causante de la prestación

⁴⁸ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

por maternidad empleando el término “maternidad y supuesto de parto” regulado en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y 45.1d) ET.

Haciendo hincapié en el acceso a la prestación por maternidad⁴⁹ en varios supuestos: en el nacimiento de hijo vivo para desarrollar el vínculo materno-filial, en los casos de muerte del hijo (tanto intrauterina, como acaecida durante el parto o postnatal) y, en los supuestos de gestación interrumpida, con el requisito de tener al menos 180 días, independientemente que la criatura en el feto nazca viva o muerta.

Mientras que en el caso de paternidad se emplea el término “nacimiento de hijo”, el cual sólo podría entenderse cuando procede en caso de nacimiento de hijo vivo. En referencia a esta última frase, la normativa establece que no podrá reconocer el subsidio por paternidad⁵⁰ si el hijo o menor acogido fallece antes del inicio de la suspensión o permiso. Sin embargo, una vez reconocido el subsidio, el padre podrá disfrutar del periodo de suspensión contractual pues no se extinguirá, aunque fallezca el hijo o menor acogido.

En consecuencia, se viene planteando por la doctrina y la jurisprudencia la necesidad de crear un permiso de paternidad con doble finalidad; por un lado, permitir una mayor implicación de la figura paterna en el cuidado del hijo y, contribuir al cuidado de la mujer puerpera, que también pueda ver interrumpida su gestación y deba reponerse de los efectos físicos y psicológicos. No obstante, tal y como cita A. Garrigues y P. Núñez (2007,830)⁵¹, el permiso de paternidad se crea con la finalidad de contribuir en torno a la corresponsabilidad familiar y la conciliación de la vida personal, laboral y profesional de trabajadores/as.

Por último, cabe mencionar que la prestación económica de la Seguridad Social viene unida al período de suspensión contractual regulado en el artículo 48.7 ET, en el

⁴⁹ A. Garrigues y P. Núñez, “Comentarios a la ley de igualdad, pág. 830, editorial CISS.

⁵⁰ Cito el apoyo en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 10 de julio de 2014, donde al fallecer el hijo (muerte fetal intra-útero al no detectar latidos en el feto de 32 semanas de gestación), y como establece la normativa, no puede reconocerse el permiso por fallecimiento de hijo, ya que, en el supuesto de hecho a todos los efectos legales, el actor no ha llegado a ser padre de ningún hijo. Normativa establecida en el artículo 30 CV “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”, y el artículo 26.7 del Real decreto 295/2009, de 6 de marzo, como menciono en el párrafo.

⁵¹ Reflexiones Amparo Garrigues y Pilar Núñez “Comentarios a la ley de igualdad”, pág.830, 2007.

mismo régimen jurídico que el permiso por maternidad regulado en el artículo 48.4 ET. Sin embargo, existe una diferencia en la duración notablemente inferior en el permiso por paternidad (13 días), en comparación al permiso de maternidad (16 semanas), donde todavía queda un amplio⁵² alcance normativo hasta alcanzar la auténtica corresponsabilidad familiar, tal y como explica A. Garrigues y P. Núñez (2007,116).

3.2Sujetos beneficiarios

A efectos de la normativa de la Seguridad Social, serán beneficiarios los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el régimen de la seguridad social, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 165.1 LGSS. De conformidad con el artículo anterior, deberán estar afiliados y en alta en el régimen de la seguridad social o en situación asimilada⁵³ al alta, al sobrevenir la contingencia o situación

⁵² Reflexiones Amparo Garrigues y Pilar Núñez “Igualdad y Conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas”, pág.116, 2007.

⁵³ Establecido el artículo 24, del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, donde se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social. Para el acceso a la prestación económica por maternidad únicamente se consideran 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 de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo, de acuerdo con lo establecido en los artículo 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 por él 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.**7.ª** En el Régimen Especial Agrario, 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, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.**9.ª** Los periodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos que no perciban

protegida en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento. También, deben de cumplir con un periodo mínimo de cotización para acceder al subsidio por paternidad regulado en el artículo 184 LGSS. Existiendo cierta disimilitud entre el periodo mínimo de cotización por rango de edad en el caso de acceder al subsidio de maternidad que al de paternidad, que analizaré en siguiente apartado.

Del mismo, serán beneficiarios del subsidio por paternidad, tanto los trabajadores por cuenta ajena y cuenta propia, incluidos en los distintos Regímenes Especiales del Sistema de la Seguridad Social, cualquier que sea su sexo, con la misma extensión y en los mismo términos y condiciones que para los trabajadores del Régimen General, es decir, tendrán derecho a una prestación económica siempre y cuando reúnan los requisitos de estar afiliados y en alta o situación asimilada en algún régimen del sistema de la seguridad social y acrediten un periodo mínimo de cotización establecido reglamentariamente.

Respecto a los trabajadores por cuenta propia, podrán disfrutar de los periodos de suspensión contractual con derecho a percibir el subsidio, tanto respecto de su duración como distribución, con los periodos de descanso laboral establecido para los trabajadores por cuenta ajena, con derecho a disfrutar el subsidio de paternidad desde el nacimiento del hijo o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción, o desde la decisión administrativa o judicial de acogimiento. Del mismo modo, podrán percibir el subsidio por paternidad y maternidad en régimen de jornada parcial, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente. Para reconocer y abonar la prestación por paternidad la LGSS, mantiene la obligación para los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales como para los trabajadores pertenecientes al Régimen especial de Empleados del Hogar que sean responsables de la obligación de cotizar, dicho de otro modo, hallarse al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social⁵⁴.

Sin embargo, en estos casos será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se

prestaciones por desempleo de nivel contributivo, sin perjuicio del devengo de la prestación cuando se produzca el reinicio de la actividad.

⁵⁴Disposición adicional undécima bis "Prestaciones por maternidad y por paternidad en los Regímenes Especiales", del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Las redacciones de los siguientes apartados se regulan en el artículo 23, del Real Decreto 295/2009, de 6 de octubre, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social.

regula el Régimen Especial de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos⁵⁵. En relación a este mecanismo y de acuerdo a su regulación en el artículo 28.2, permite al beneficiario que no estuviera al corriente en el pago de las cuotas, pero si cubierto el periodo mínimo de cotización, que la entidad gestora correspondiente avisará al trabajador para efectuar el ingreso en el plazo improrrogable de treinta días naturales. Una vez que el beneficiario, haya ingresado las cuotas adeudadas en el plazo, se le considerará al corriente en las mismas a efectos de la prestación. Por otro lado, si el ingreso se realizará fuera de plazo, se concederá la prestación por paternidad con el requisito de aplicar una reducción del veinte por ciento.

- En el supuesto de parto, el subsidio corresponderá en exclusiva al otro progenitor, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos en la normativa de Seguridad Social. Del mismo modo, en el supuesto de adopción o acogimiento, el subsidio por paternidad corresponderá solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados. No obstante, cuando el período de suspensión por maternidad sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores y, en consecuencia, perciba íntegramente la prestación, el subsidio por paternidad se reconocerá en favor al otro progenitor, siempre que reúna los requisitos exigidos.
- En los casos en que solamente exista un progenitor, adoptante o acogedor, si este percibe el subsidio por maternidad, no podrá acumular el subsidio por paternidad. En caso de disfrute compartido de los periodos de descanso o permisos por maternidad, la condición de beneficiario del subsidio por paternidad es compatible con la percepción del subsidio por maternidad, siempre que el beneficiario cumpla todos los requisitos exigidos. En relación a esto, cito la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 24 de marzo de 2014 (STSJ 2198/2014)⁵⁶ y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 26 de febrero de 2015 (STSJ 1498/2015)⁵⁷.

⁵⁵ María Teresa Alameda Castillo, "Comentarios laborales de la ley de igualdad entre mujeres y hombres", pág.528 y 529, 2007.

⁵⁶En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el 24 de marzo de 2014, concluye que la madre de hijo biológico no puede disfrutar ni ella y ni el padre (cediéndole parte de su descanso al padre), el subsidio por maternidad, por no cumplir con los requisitos legales para ostentar la titularidad del mismo, tal y como establece el artículo 165.1 LGSS, donde la progenitora no se encuentra en este caso, dada de alta o asimilada de alta en la Seguridad Social. Por este motivo, al no estar la madre dada de alta o en situación asimilada al alta,

- En el caso de parto, si la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a las prestaciones por maternidad, de acuerdo con las normas que regulen su actividad, el otro progenitor podrá percibir el subsidio de paternidad, compatible con el de maternidad, si reúne los requisitos exigidos para acceder a ambos subsidios y disfruta de los correspondientes periodos de descanso. En relación a este supuesto, cito el apoyo en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 14 de julio de 2011 (STSJ 1323/2011), donde reconoce el derecho al “otro progenitor “padre al disfrute en primer lugar del permiso de paternidad, siendo compatible seguidamente con el disfrute del permiso por maternidad desde la finalización del permiso paterno. Cuando la madre no tuviera derecho a suspender sus actividades profesionales con derecho a prestaciones de acuerdo con la normativa de la mutualidad de abogacía, el artículo 48.4 ET establece que “el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el tiempo que le hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el disfrute del ejercicio del derecho por paternidad, regulado en el artículo 48.7 ET.”
- Cuando la madre resida en un país extranjero y el nacimiento del hijo se haya producido fuera de España, el otro progenitor podrá percibir el subsidio por paternidad, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del periodo de descanso.

Finalmente, a diferencia de la prestación por maternidad que tiene un ámbito de protección más amplio, la prestación por paternidad es netamente contributiva. La diferencia concluye, en que la prestación por maternidad también tiene un subsidio no contributivo, ampliando de tal manera los posibles beneficiarios e incluso reconociéndoles dicha prestación económica aun careciendo del periodo mínimo de cotización establecido en el artículo 178 LGSS. Sin embargo, cuando el solicitante del subsidio por paternidad cumpliera los requisitos establecidos reglamentariamente en el artículo 165 LGSS, pero no tuviera cubierto el cumplimiento mínimo de cotización que

siendo un derecho derivado a opción de la madre cuando cumpla tales requisitos, el padre no tiene derecho como beneficiario del disfrute del permiso de maternidad.

⁵⁷ En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el 26 de febrero de 2015, concluye del mismo modo que en la sentencia que he explicado con anterioridad, que se desestima el derecho a percibir la prestación de maternidad a favor del padre debido a que la madre no reúne los requisitos establecidos en el artículo 165.1 LGSS. No está dada de alta ni cotiza en el sistema de seguridad social en el momento del hecho causante, por lo cual el padre carecer del derecho como beneficiario del disfrute del permiso por maternidad.

se le exige, el trabajador⁵⁸ podrá suspender su contrato laboral por nacimiento, adopción o acogimiento con derecho de reserva de puesto de trabajo, pero sin acceder a la prestación económica.

3.3 Subsidio de la prestación por paternidad

La prestación económica por paternidad, de acuerdo con el artículo 185 LGSS, consistirá en un subsidio que se determinará en la forma establecida por el artículo 175 LGSS para la prestación por maternidad. De este modo, la prestación económica por paternidad⁵⁹ consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso. Es el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador⁶⁰ 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: 28, 29,30 o 31 si tiene salario diario si tiene salario diario).

Sin embargo, en caso que el trabajador se incorpore en la empresa en el mismo mes en que se produce la baja derivada por el hecho causante⁶¹, se tomará para la base reguladora la base de cotización de dicho mes, dividida por los días efectivamente cotizados. También se tomará el divisor de los días efectivamente cotizados, cuando el trabajador no ha permanecido en alta durante todo el mes natural anterior, como menciona M. Teresa Alameda (2007,530).

Esta norma general sobre determinación de la base reguladora requiere una serie de matizaciones en función del colectivo que se dirija, tal y como establece el artículo 25 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

⁵⁸María teresa Alameda Castillo “Comentarios laborales de la ley de igualdad entre mujeres y hombres”, pág. 526, 2007.

⁵⁹ Establecido en el artículo 25.1 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social.

⁶⁰ Citado por M. Teresa Alameda Castillo “Comentarios laborales de la ley de igualdad entre mujeres y hombres”, pág. 529, 2007.

⁶¹ Citado por M. Teresa Alameda Castillo “Comentarios laborales de la ley de igualdad entre mujeres y hombres”, pág. 530, 2007.

- En primer lugar, tal y como establece el artículo 48.7 del Estatuto de los Trabajadores, cabe la posibilidad de disfrutar el permiso por paternidad en régimen de jornada parcial, siempre que se cumpla un mínimo de 50%, con previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente. Además, durante el disfrute de los periodos de descanso en régimen parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral desarrollada, regulado en el párrafo segundo del artículo 25.1 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. La base reguladora 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. De ser menor la antigüedad del trabajador en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que están correspondan, regulado en el segundo párrafo del artículo 25.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. No obstante, 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, en tanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la resolución definitiva con el recalcule del subsidio que corresponda, de conformidad con la disposición final tercera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuesto Generales del Estado para 2009, el artículo 179.2 y 248 LGSS.
- En el caso de trabajadores con un contrato de formación y aprendizaje⁶², la base reguladora será equivalente al 75 por 100 de la base mínima de cotización vigente.
- En el caso de colectivos artistas y profesionales taurinos⁶³, la base reguladora será el promedio diario que resulte de dividir por 365 la suma de las bases de cotización de los 12 meses anteriores al hecho causante, o el promedio diario del periodo de cotización que se acredite, si este es inferior al año. En ningún caso, el promedio diario que resulte podrá ser inferior, en cómputo mensual, a

⁶² Establecido en el artículo 25.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social.

⁶³ Establecido en el artículo 25.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social.

la base mínima de cotización que en cada momento corresponda a la categoría profesional del trabajador.

- En el caso de trabajadores pluriempleados, la base reguladora se calcula computando todas las bases de cotización en las distintas empresas con aplicación del tope máximo vigente a efectos de cotización.
- En el caso de los trabajadores incluidos en el sistema especial para trabajadores por cuenta agrarios, durante la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común y en los términos reglamentariamente establecidos, la cuantía de la base reguladora⁶⁴ del subsidio no podrá ser superior al promedio mensual de la base de cotización correspondiente a los días efectivamente trabajados durante los últimos 12 meses anteriores a la baja médica.
- En el caso de trabajadores incluidos en el Sistema especial para empleados del hogar, se regulará en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social, con ciertas peculiaridades establecidas en el artículo 251 LGSS.

Exclusivamente en los casos de modificación de la base mínima de cotización aplicable del trabajador en el régimen que se trate, cuando se produzca un incremento de los salarios en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial, cuando se compruebe posteriormente que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del periodo de suspensión o permiso, se podrá modificar la base reguladora para el cálculo de la prestación económica⁶⁵.

⁶⁴ Apartado 5 del artículo 256 del Real decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁶⁵ Establecido en el artículo 26.6 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social.

3.4 Contenido del Subsidio

El sujeto beneficiario tendrá derecho al subsidio desde el mismo día en que dé comienzo el período de suspensión o permiso por paternidad, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación vigente, en cada uno de los supuestos.

- Los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, tendrán derecho al subsidio por paternidad durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por parto, adopción o acogimiento, o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión, y siempre que, en todos los casos, se produzca el disfrute efectivo del periodo de descanso correspondiente, tal y como establece el artículo 48.7 ET y el párrafo primero del artículo 26.3 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.
- Los trabajadores por cuenta propia podrán 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, establecido en el segundo párrafo del artículo 26.3 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.
- Por otra parte, las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad e incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público percibirán el subsidio a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, salvo que la legislación aplicable prevea el momento del disfrute del permiso, en otros términos.

En concordancia al nacimiento del derecho del subsidio por paternidad, la legislación vigente⁶⁶ regula que aparte de los supuestos más comunes nombrados anteriormente, también se podrá disfrutar de dicho permiso o suspensión en determinados casos particulares.

⁶⁶ Artículo 26 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social.

- En los supuestos de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados, excepcionalmente podrán iniciar el percibo del subsidio a partir del alta hospitalaria del hijo.
- En caso de parto, cuando la madre no trabaja, no existe la posibilidad de que se suspenda su actividad, dicho de otro modo, no hay lugar a periodos de descanso por maternidad, por lo que se presumirá que éstos han existido a los efectos del permiso por paternidad que, entonces, podrá iniciarse de la misma manera que si la madre hubiera sido trabajadora con derecho al disfrute de periodos de descanso. En concordancia, si la madre no tuviera derecho a suspender su actividad con derecho a prestaciones por paternidad (en el caso que la madre realice una actividad profesional que no dé lugar a su inclusión en el sistema de la Seguridad Social), de acuerdo con la normativa laboral que regule dicha actividad, el otro progenitor percibirá el subsidio por paternidad inmediatamente después del permiso retribuido y después percibirá el subsidio por maternidad.
- En las situaciones de pluriempleo o pluriactividad, los subsidios por paternidad podrán iniciarse en cualquier momento tanto para los trabajadores por cuenta propia, como para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores y los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico de Empleado Público en sus vigentes normativas reglamentarias, por lo que podrán percibirse de manera simultánea, sucesiva o separados en el tiempo.
- En los casos en que procedan ampliaciones de los periodos de descanso o permiso, el subsidio por paternidad podrá iniciarse al término de dichos periodos adicionales o con anterioridad a su finalización⁶⁷.

El legislador ha pretendido otorgar a la prestación por paternidad el mismo régimen jurídico que la prestación por maternidad, si bien existiendo la diferencia del periodo mínimo de cotización exigido para ser beneficiario de una prestación u otra. De conformidad con el artículo 165.1 LGSS, el trabajador tendrá derecho al subsidio de paternidad, cuando cumpla los requisitos de estar afiliado y en alta en el régimen de la seguridad social o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la situación protegida

⁶⁷Por discapacidad de los hijos o menores acogidos, por partos, adopciones o acogimientos múltiples, o cuando los neonatos deban permanecer hospitalizados o, finalmente, en el caso del subsidio por maternidad de naturaleza no contributiva, regulado en el artículo 26.5 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social.

(subsidio por paternidad) en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción acogimiento. Pero debe cumplir con un periodo mínimo de cotización para suspender el contrato de trabajo y, por tanto, de esta manera acceder al subsidio por paternidad, regulado en el artículo 184 LGSS.

Dicha norma da la posibilidad que el trabajador acredite un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión, o, alternativamente, trescientos sesenta días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha. Sin embargo, existe una diferencia entre el periodo mínimo de cotización por rango de edad en caso de acceder al subsidio de maternidad, que al subsidio de paternidad que se aplica con carácter general para todos los posibles beneficiarios.

En caso que la madre del menor tenga menos de 21 años, no se exige periodo mínimo de cotización. Cuando la madre tenga entre 21 y 26 años, el periodo mínimo de cotización exigido son 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del parto o alternativamente 180 días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a esta última fecha. Y, por último, cuando la madre sea mayor de 26 años, el periodo mínimo de cotización exigido son 180 dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, de 365 días a lo largo de su vida laboral.

Del mismo modo, la normativa establece un subsidio no contributivo para la madre, pudiendo acceder sin cumplir con el periodo mínimo de cotización establecido según su edad como establece el artículo 178 LGSS. Sin embargo y por las diferencias que existen, los posibles beneficiarios del subsidio por paternidad se reducen frente a los posibles beneficiarios por el subsidio de maternidad.

3.5 Gestión de la prestación

La gestión de prestación económica por paternidad, al igual que la maternidad, corresponde directa y exclusivamente a la entidad gestora correspondiente, de conformidad a la disposición adicional octava de LGSS. Dicha entidad gestora, es el Instituto Nacional de la seguridad Social, y el pago del subsidio será realizando directamente por ella, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, de conformidad al artículo 29 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

El procedimiento⁶⁸ para el reconocimiento del derecho a la prestación por paternidad se iniciará a instancia del trabajador, mediante solicitud dirigida a la dirección provincial de la entidad gestora correspondiente, según el régimen de encuadramiento, de la provincia en que tenga el trabajador el domicilio. Por último, el director provincial de la entidad gestora correspondiente (INSS), una vez que ha comprobado la documentación presentada y las solicitudes acreditadas, dictará resolución expresa y notificará en el plazo de treinta días, contados desde la recepción de la solicitud del trabajador, el reconocimiento o denegación del derecho a la prestación económica por paternidad.

Concluyendo, y de acuerdo con la disposición transitoria séptima de la LOIEHM, que se encarga de establecer el régimen transitorio de los nuevos derechos en materia de paternidad, será aplicación en los supuestos de nacimiento, adopción o acogimiento que se produzca o constituya a partir de su entrada en vigor.

⁶⁸ Regulado en el artículo 30, del Real decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social. En dicho artículo establece cada una de las condiciones y términos para acceder a la prestación por paternidad.

3.6 Extinción del derecho a la prestación por paternidad

El derecho al subsidio por paternidad se extinguirá por las causas reguladas en el artículo 26.8, del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. Las causas extintivas son:

1. Por el transcurso del plazo de duración del periodo suspensivo correspondiente al de paternidad.
2. Por incorporación voluntaria al trabajo o actividad.
3. Por causar el beneficiario derecho a pensión de jubilación o incapacidad permanente.
4. Por fallecimiento del hijo o menor acogido.

No obstante, la prestación económica por paternidad, de conformidad al artículo 180 LGSS, y en los mismos términos que la prestación por maternidad puede ser denegada, anulada o suspendida cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes periodos de descanso. En relación a esto, cito el apoyo en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 2 Julio de 2012, (STSJ 1328/2012)⁶⁹.

⁶⁹ En la Sentencia del Juzgado de lo Social le deniegan al actor la prestación por paternidad. Dicha denegación, es porque el trabajador fue padre de una hija de nacionalidad marroquí y solicitó, por tanto, y dado que el padre tenía permiso de residencia permanente en España por su trabajo, la solicitud de autorización de residencia de larga duración en España. Dichos trámites llevan un periodo, y cuando lo obtuvo, solicitó el permiso de paternidad, denegándosele por haber extinguido el derecho a la prestación económica al transcurrir más de tres meses entre la fecha de solicitud y fecha de vencimiento de la prestación de agotamiento de la duración máxima de la misma. En suplicación, se califica que el artículo 28 donde regulan “las causas de denegación, anulación y suspensión del derecho, no se prevé la circunstancia del plazo en el que la prestación haya de ser solicitada”. En consecuencia, no se puede establecer una interpretación restrictiva que la ley no prevé y menos para efectuar una interpretación restrictiva del derecho. (inexistencia de previsión legal del plazo para la solicitud del permiso). Como establece en la sentencia debido a que se trata de una prestación económica de la Seguridad Social solo se puede aplicar la prescripción del derecho al reconocimiento de la prestación que establece el artículo 43.1 LGSS (53.1 LGSS vigente). Pues bien, se prevé que “prescribirá a los 5 años contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante”. Por ello se reconoce el derecho e derecho a la prestación por paternidad al actor, debido a no existir causal legal para su denegación.

Cuando el trabajador se encuentre en situación de paternidad y durante las mismas se extinga su contrato por alguna de las causas previstas en el artículo 267.1, seguirá percibiendo la prestación por paternidad hasta que se extinga el periodo correspondiente a 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 del nivel contributivo el tiempo que hubiera permanecido en situación de paternidad. Sin embargo, cuando el trabajador este percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de paternidad, se le suspenderá la prestación por desempleo y la cotización a la seguridad social y pasará a percibir la prestación por paternidad gestionada directamente por su entidad gestora (INSS). Una vez extinguida la prestación por paternidad, se reanudará la prestación por desempleo, por la duración que restaba por percibir y la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión. El período de paternidad que se inicia durante la percepción de la prestación por desempleo, considerado como período de cotización efectiva⁷⁰ a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

3.7 Protección frente al despido nulo

En este apartado se abordará la causa extintiva del despido nulo tras la incorporación del trabajador una vez finalizado el permiso de paternidad regulado en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y con apoyo de la jurisprudencia.

En el apartado 55.5 c) del Estatuto de los Trabajadores establece que la causa extintiva con la consideración de despido nulo es la siguiente:

El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, delegación de guarda, acogimiento, o paternidad a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda o acogimiento del hijo o del menor.

⁷⁰ Regulado en el artículo 165.6, del Real decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Siendo de aplicación en los supuestos de extinción del contrato de trabajo durante el período de suspensión por paternidad. Lo anterior a esto, está regulado en el artículo 284 de la misma ley.

Me apoyo en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de septiembre de 2010 (STSJ 2212/2010)⁷¹, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de abril de 2010 (STSJ 329/2010)⁷² y la Sentencia del Tribunal

⁷¹ El actor tras el disfrute del permiso por paternidad (12 de diciembre de 2009) con fecha de nacimiento de su hijo el 27 de noviembre de 2009, fue despedido el 28 de diciembre de 2009, con efectos a fecha de 8 de enero, en la cual la empresa reconocía la improcedencia del despido. Por una parte, se exige, que la comunicación debe ser escrita, pero al mismo tiempo debe proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que motivaron su despido, y para que el mismo pueda preparar los medios de prueba ante su defensa. Los motivos no figuran en la carta de despido, ni la empresa los alega. Pues se produce un incumpliendo. Además, debe infringir el artículo 55.5 C) ET, que califica la nulidad del despido del actor, pues se produjo después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar el periodo de suspensión del contrato de trabajo por paternidad, sin que hubiera transcurrido más de 9 meses desde la fecha de nacimiento del hijo tal y como establece dicho artículo. Pues bien, solo ha transcurrido 1 mes y 12 días, lo que imposibilita que el despido pueda ser improcedente, debido a que dicho artículo conlleva de manera automática la consideración de despido nulo, cuando concurren alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 45.1 d) ET.

⁷²Todas las sentencias nombradas con anterioridad tienen la consideración de despido nulo por haberse realizado dentro de los 9 meses desde la reincorporación del trabajador tras el disfrute del permiso de paternidad. Incluso las dos últimas sentencias recogen supuestos similares; en la STSJ Madrid de 16 de abril de 2010, la parte demandante reconoce el despido improcedente y ofrece a la parte actora una indemnización que en dicho momento acepto. El motivo del despido que lo detalla en apartado cuarto fue que la parte demandante (empresa) “considera que la parte actora ha incurrido en un supuesto de incumplimiento contractual consistente en una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de su trabajo normal regulada en el artículo 54.2 ET”. Pero frente a dicha sentencia la parte actora recurre en suplicación con el motivo de revisar la versión de hechos probados, por la contradicción de los hechos como la fecha de comunicación de despido ya que en el apartado cuatro la empresa dictamina que se le comunico el 29/06/2009 y en el apartado cinco el 30/06/2015. El siguiente motivo, para evidenciar los errores es la denuncia del infringido artículo 55.5 C) ET. Pues como esclarece y es evidente desde el nacimiento de su hija en fecha 08/12/2012 hasta la comunicación de despido 30/06/2016 está dentro del lapso temporal de nueve meses, siendo además que la empresa reconoció de modo explícito la improcedencia extintiva del despido, tal despido no puede tener otra consideración que la nulidad y sin perjuicio, cabe señalar que existe la obligación del trabajador de reintegrar a la empresa la indemnización que le fue satisfecha por despido improcedente, una vez que sea readmitido.

Superior de Justicia de Cataluña de 18 de febrero de 2015 (STSJ 1159/2015)⁷³. Además, el artículo 55 del Estatuto de los trabajadores también recoge otras dos causas extintivas con la consideración de despido nulo.

En el artículo 55.5 a) ET establece: el de los trabajadores durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refieren los artículos 45.1.d) y e) o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos. Cito el apoyo en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 24 de Julio de 2000, por circunscribirse la declaración de nulidad por la extinción del contrato por permiso de paternidad por represalia posterior que trae como causa el disfrute del derecho del permiso.

En el artículo 55.5 b) ET establece: El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro

⁷³No obstante, en la STSJ Cataluña de 18 de febrero de 2015, con mismos supuestos similares, la empresa reconoce la improcedencia del despido alegando la falta de adaptación continuada y prolongada manifestando una disminución del rendimiento que con lleva a un perjuicio para el sistema de la producción de la compañía. Además, de alegar que el trabajador fue sancionado en varias ocasiones de suspensión de empleo y sueldo con la consideración de sanción grave. Frente a dicha sentencia el actor recurrió en suplicación. Pues bien, el actor disfruto del permiso de paternidad con fecha 17/09/2013 y su comunicación de cese laboral fue el 11/10/2013. La empresa alega que fue despedido por dicha acumulación de infracciones y no por el uso del permiso de paternidad. Pero no basta con afirmarlo, sino ha de basarse en pruebas documentales y en base a que en la carta de despido no alude a ninguna falta concreta que hay podido acometer el trabajador, sino una genérica “ falta de adaptación continuada, prolongada.....”, el despido solo puede ser declarado nulo, pues a los pocos días de haberse reincorporado al trabajo tras el permiso de paternidad, fue despedido por una causa totalmente genérica e indeterminada en la que el trabajador no ha podido defenderse, por lo tanto, se declara la nulidad del artículo 55.5 C) ET.

de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta ley.

En efectos a las causas recogidas en el apartado b del presente artículo 55.5 ET, me apoyo en la Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid de 22 de octubre de 2015 (STSJ 374/2015)⁷⁴ y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de enero de 2012 (STSJ 604/2012)⁷⁵, en relación cuando los trabajadores se

⁷⁴Tal y como establece el artículo 37.4 del ET “En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), para la lactancia del menor hasta que este cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.” Pues en la Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid de 22 de octubre de 2015, establece que el actor tiene un hijo nacido en 2014 el cual se encuentra matriculado para el curso 2015/2016 en la escuela infantil, cuyo horario laboral es de 09:00-16:00, ampliando una hora por la mañana a partir de las 8:00. Con fecha 23/07/2015, el actor solicitó su derecho a flexibilizar el horario laboral en un máximo de 1 h para poder llevar a su hijo al centro escolar. La parte demandante se opone alegando que no puede atender a la petición por necesidades del servicio, debido a que el actor es cocinero de segunda y cada mañana debe darse desayunos a personas que se encuentran con un estado de salud delicado. Según el convenio colectivo por el que está regulado acuerda que tendrán derecho a flexibilizar en un máximo de una hora el horario fijo de la jornada quienes tengan a su cargo hijos menores de doce años. A ello, debe prestar atención que los testigos afirmaron que dos personas son las que pueden atender al servicio de desayunos, sin que les coste la existencia de incidencia o colapso, por lo que es posible la organización del servicio atendiendo al personal existente. No obstante, no pueden prevalecer las dificultades organizativas alegadas por la empresa sobre la protección jurídica de la familia que deben garantizar los poderes públicos e integral de los hijos (39 CE) y corresponde también a los poderes públicos, velar por el respecto, protección y reconocimiento del principio de protección de los hijos (53 CE). En conclusión, se estima el recurso por la parte actora, quedando acreditado que es padre de un menor de un año de edad, lo que implica dependencia de sus progenitores, por lo que el demandante bajo la normativa del ET y el convenio colectivo, tienen derecho a la flexibilización horaria de hasta un máximo de una hora de entrada en el turno de mañana a los efectos de poder llevar a su hijo al centro escolar.

⁷⁵En este caso la trabajadora solicita a la empresa la reducción de jornada laboral por cuidar de su hijo menor de 8 años. En dicha sentencia de instancia se descarta la posibilidad de aplicar el artículo 55 ET, que establece la nulidad, por estimar la existencia de una conducta fraudulenta al considerar que la trabajadora era conocedora del despido y a los pocos días solicita la reducción de jornada. La trabajadora es directora de RRHH y en la reunión celebrada con

encuentren disfrutando o soliciten los permisos regulados en los artículos 37.4, 5 y 6 ET.

Además, cuando el despido tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de los

fecha 28/10/2015 se comunicó la mutua que quería prescindir de sus servicios. Pues bien, la actora, en el mes de noviembre pone en conocimiento a la empresa que quiere reducir su jornada laboral con efectos del 15 de noviembre de 2015, disminuyéndola una hora más tarde de lo habitual, con efectos del 3 de noviembre. En esa misma fecha, la empresa descarta de momento el despido, comunicándole el 25 del mismo mes otro puesto de trabajo en la empresa, puesto que la misma rechazaba. Ante estos sucesos, la mutua le comunica que en fecha de 14/03/2011, desiste de la relación laboral contractual. A pesar, que el conocimiento por la trabajadora de la voluntad extintiva de la empresa y el ejercicio del derecho a reducción de jornada, puede levantar alguna sospecha de tal ejercicio y especialmente cuando la actora acredita que cuando se incorporó a la empresa su hijo tenía 4 años, y en ese momento la empresa no tuvo problema alguno en su contratación, afirmando que tiene disponibilidad horaria y en el momento de su extinción laboral alego a la empresa que si proceden a despedirla el despido tendrá la consideración de nulo por estar en situación de reducción de jornada. Sin embargo, el artículo 37.5 del ET contempla ese derecho para la atención y cuidado de menores de 10 años, y es más que la decisión de extinguir la relación laboral se produjo meses después reconociéndose como un despido improcedente. Además, que en acto de juicio alega que el uso abusivo de derecho debe probarse, y la mutua al parecer por el juez no apporto prueba alguna. Por tanto, es evidente que la trabajadora cumple con los requisitos que la normativa legal recoge para obtener el derecho, con independencia de la expectativa de extinción de la relación laboral por decisión unilateral de la empresa, y ello podría considerarse como indicio de una cierta desconexión entre la finalidad del artículo 37.5 ET (reducción de la jornada) y el artículo 55.5 ET. De esta manera, debe rechazarse la sentencia de instancia al no existir prueba alguna de fraude de ley o abuso del uso del derecho en el ejercicio del derecho a reducción de jornada, que se ha producido durante los 4 meses previos a la adopción por la empresa al romper el vínculo laboral. En consecuencia, se declara de nulidad el despido previsto en el artículo 55.5 ET "será nulo el despido de los trabajadores/ras que hayan solicitado uno de los permisos o estén disfrutando de ellos y de manera que el despido de los trabajadores/as que se encuentren en tal situación solo puede ser nulo o procedente. En relación a esta sentencia la doctrina constitucional relaciona el caso de una trabajadora embarazada (Sentencia 92/2008, de 21 de julio), donde se declara la nulidad en ambos casos con la consideración del artículo 55.5 b) ET, vinculado a la acreditación del disfrute del derecho a la reducción de jornada y no a la consideración del despido procedente, que se declarara en casos donde el despido no este motivado por la situación de una mujer embarazada o con el ejercicio de a los permisos de reducción de jornada y excedencias señaladas en dicho artículo.

derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, tendrá la consideración de despido nulo. Me apoyo en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha, de 18 de febrero de 2016 (STSJ 219/2016)⁷⁶.

En todos los supuesto nombrados en los apartados a, b y c del artículo 55, como regla general, si el despido no se declara procedente habrá que declararlo nulo. A diferencia de los despidos⁷⁷ por causas discriminatorias prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca una violación de los derechos fundamentales del trabajador, en que una vez excluido el móvil discriminatorio, el despido puede ser calificado de procedente o improcedente.

⁷⁶En este caso recae sobre el demandante probar por medio de indicios la presunción de vulneración del derecho fundamental, y alcanzado tal resultado, le corresponde al empresario la carga de probar la existencia de causas objetivas, reales y serias para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental. La nulidad del despido también se produce cuando el empresario, adopta medidas en apariencia ajustada a la legalidad, pero encaminadas a dificultar, evitar o adoptar represalias contra el trabajador por hacer hecho uso o se proponga a hacerlo, de un derecho incluido en el ámbito de la conciliación de la vida familiar y laboral. En el presente caso, la hija del trabajador nació el 24/10/2014, disfrutando del uso de nacimiento de hijo y más tarde, del permiso de paternidad comprendido entre los días 15 al 31 de enero de 2015. La empresa entrega la carta de despido disciplinario el 02/01/2015, alegando que el trabajador disminuyo su rendimiento de carácter voluntario y continuado en el rendimiento del trabajo, constituido como un incumplimiento laboral grave. Por todo lo recogido anteriormente, cabe concluir que el trabajador ha ofrecido suficientes indicios para poner de manifiesto que la medida disciplinaria no obedecía a motivos legítimos, sino a la oculta intención de adoptar represalias por el ejercicio de un derecho reconocido en las leyes, con vulneración del principio de igualdad y no discriminación recogido en el artículo 14 de la Constitución Española. Mientras que la empresa no ha justificado en absoluto que la medida extintiva del contrato de trabajo obedeciera a causas ajenas a la violación de los derechos fundamentales, por eso el despido tiene la consideración de nulo.

⁷⁷Ángel Blasco Pellicer, "Derecho del Trabajo", pág. 494, 2014.

IV. Conclusiones

Tras haber realizado un estudio exhaustivo de la suspensión contractual en que consiste el permiso de paternidad regulado en la normativa laboral vigente y la prestación económica en el sistema público de la Seguridad Social, he llegado a la conclusión que el legislador no ha tenido en cuenta una serie de cuestiones que deben ser mejoradas y, por otra parte, se ha establecido una serie de recomendaciones desde la entrada en vigor del permiso por paternidad.

-PRIMERA. Con la finalidad de equiparar al hombre y la mujer en las mismas condiciones y oportunidades en el ámbito laboral, familiar y personal, la LOIEMH supuso una norma de gran relevancia al introducir el permiso de paternidad, de este mismo modo bajo la modalidad del principio de igualdad y no discriminación reconoce al padre el derecho a gozar de las vacaciones cuando coincida con la contingencia por paternidad. Del mismo, en la normativa laboral del Estatuto de los Trabajadores se reconoce el derecho a disfrutar del periodo de vacaciones tanto para la figura materna como para la paterna cuando coincida con la situación protegida.

-SEGUNDA. Con la intención de conciliar la vida laboral, personal y familiar se concede al padre la suspensión contractual de 13 días, con la posibilidad de ampliar dicha duración con un permiso retribuido de 2 días más por nacimiento de hijo de acuerdo al artículo 37.3 b) ET siendo efectiva tal cumplimiento.

-TERCERA. La introducción del permiso de paternidad en la LOIEMH como un derecho individual e intransferible está en constante evolución, acorde a la estructura económica y social.

-CUARTA. La intención del legislador por conciliar la vida laboral, personal y familiar mediante la ampliación del permiso por paternidad a cuatro semanas, hasta el momento presente dicho proyecto todavía no se ha llevado a cabo, por lo que todavía queda un extenso recorrido para que se haga efectivo en la práctica.

-QUINTA. De acuerdo al artículo 48 apartado 4 del Estatuto de los Trabajadores en caso de fallecimiento de la madre, reconoce el derecho al padre a disfrutar del permiso de maternidad con independencia del permiso por paternidad. Mientras que, en el caso de fallecimiento del padre, dicho artículo no reconoce a la madre el derecho a disfrutar el permiso de paternidad, solamente puede disfrutar del permiso de maternidad. En situaciones similares, existe cierta discriminación hacia la madre contradiciéndose con la política de conciliación y al mismo tiempo, la figura materna vería reducido el tiempo para el cuidado de su hijo, cuando si fuera al revés el padre

podría disfrutar mayor tiempo en unos meses tan esenciales para el desarrollo de su hijo.

-SEXTA. El subsidio por paternidad tiene un permiso y una prestación económica en el mismo régimen jurídico que el subsidio de maternidad en su modalidad contributiva. Si bien es cierto, que con una diferencia en cuanto al periodo de cotización. En el caso del permiso de paternidad se reconoce este derecho a los beneficiarios que cumpla con el periodo de cotización con carácter general de acuerdo al artículo 184 LGSS. Mientras que para acceder al subsidio por maternidad se establece un periodo mínimo de cotización por rango de edad. En este caso, el padre trabajador menor de 21 años si no acredita el periodo mínimo de cotización establecido reglamentariamente para todos los beneficiarios el mismo, no tiene derecho ni a la suspensión contractual ni a la prestación económica por paternidad. Mientras que, en este caso, la madre trabajadora menor de 21 años si tendría derecho ya que no se exige un periodo mínimo de cotización para esa determinada edad, de acuerdo al artículo 178 LGSS.

-SÉPTIMA. De acuerdo a la nueva ley 26/2015, del 28 de julio, de protección a la familia y a la adolescencia, se eliminan las barreras existentes al incluir en el artículo 175.4 del Código Civil que las parejas de hecho del mismo sexo también pueden adoptar como las de diferente sexo, de este modo, han adquirido las mismas condiciones evitando todo tipo de discriminación por orientación sexual.

-OCTAVA. En caso de fallecimiento del hijo, la prestación por maternidad será de aplicación aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil, pues se concede en los casos de fallecimiento de hijo (tanto intrauterina, como acaecida durante el parto o postnatal), siempre que hubiera permanecido en el seno materno, al menos, ciento ochenta días. Sin embargo, no podrá reconocerse el subsidio por paternidad cuando el hijo fallece antes del inicio de la suspensión contractual, solo le permite al padre disfrutar en caso que fallece durante el disfrute de la suspensión. Ante situaciones similares, se contempla ciertas diferencias pues se debería reconocer tanto para la madre como para el padre el derecho a disfrutar del permiso, pues en este caso la madre está en una situación de recuperación física y psíquica que puede requerir el cuidado del otro progenitor e incluso necesitan la protección entre ambos progenitores para el proceso de recuperación psíquico.

-NOVENA. En el caso del subsidio de paternidad su modalidad es netamente contributiva, destacando que el legislador no ha reconocido del mismo modo que para el subsidio por maternidad una modalidad no contributiva, ampliando de tal manera los posibles beneficiarios e incluso reconociéndoles dicha prestación económica aun careciendo del periodo mínimo de cotización establecido en el artículo 178 LGSS. En este sentido, cuando el padre trabajador cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 165.1 LGGS y carezca del periodo mínimo de cotización a diferencia de la madre trabajadora no tendrá derecho a acceder a la prestación económica.

V. Bibliografía

Ballester Pastor, M.A., (2011) "La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria", Revista de Relaciones Laborales nº 25, págs.53-77

Camps Ruiz, L.M y Ramírez Martínez, J.M (2013) "Derecho del Trabajo" Valencia, Tirant lo Blanch.

DiazMartinez, C. y Dema Moreno S. (2013) "Sociología y género", Tecnos.

Fernández Prieto, Marta y Cabeza Pereiro, Jaime (2012), "Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo", Bomarzo.

Franco, T.S.; Ballester Pastor, M.A, Baño León, J.M, Embrid Irujo, J.M y GoerlichPeset, J.M (2008) "Comentarios a la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.", La Ley.

Fundación de Mujeres (2010) "Conciliación de la vida laboral, familiar y personal", Ministerio de igualdad, Madrid.

García- Atance, J.M (2009) "La reforma de las prestaciones de maternidad y paternidad por la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", Revista del Ministerio de trabajo e inmigración, nº 79, págs. 159-186

García Ninet, J.I y Garrigues Giménez A. (2007), "Comentarios a la ley de igualdad", CISS.

Garrigues Giménez A. (2004) "La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social" Consejo económico y social.

González- Posada Martínez E. y Robles Cifuentes H. (2007) "Los aspectos laborales de la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", Thomson Aranzadi.

LousadaArochena, J.F (2014) "El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres" Tirant monografías 949.

- (2008) "Permiso de paternidad y conciliación masculina", Albacete, Bomarzo.

Mercader Uguina, J.R. (2007) "Comentarios laborales de la ley de igualdad entre mujeres y hombres", págs. 494-538, Valencia, Tirant lo Blanch.

Merino Calle, I. (2015) "La conciliación laboral, personal y familiar; análisis desde una doble vertiente: comunitaria y nacional", R. Jurídica de Castilla y León ° 36, pág. 1-45.

Montoya Melgar A.; Sánchez- Urán Azaña Y.; Aguilera Izquierdo R., Caballero Sánchez R.; Fernández Torres I.; Fuentes Navarro M. y Muñoz García A. (2007) "Comentarios a la ley de igualdad orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", Thomson Civitas.

Núñez-Cortés Contreras, P.; Velasco Portero, T. y Garrigues Giménez A. (2008) "Igualdad y conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas", Madrid, Dykinson.

Pérez Castillo, A. M. (2007) "La prestación por paternidad en los casos de paternidad biológica, adopción y acogimiento." Revista del Ministerio de trabajo e inmigración, nº extra 3, págs. 183-202.

Rodríguez Escribano, S. (2013) "Permisos parentales, avances y retrocesos en las últimas reformas" Albacete, Bomarzo

Rodríguez Rodríguez, E. (2010) "Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares" Albacete, Bomarzo.

VI. Referencias Jurisprudenciales

Tribunal Constitucional

STC 75/2011, de 19 de mayo.

STC 3/2007, de 15 de enero.

Tribunal Supremo

STS 5215/2009, de 20 de mayo, Madrid (rcud 3749/2008)

STS 4948/2009, de 19 de mayo, Madrid (rcud97/2008)

Tribunal Superior de Justicia

STSJ 219/2016, de 18 de febrero, Castilla-La Mancha (rsup 1757/2015)

STSJ 238/2016, de 9 de febrero, Asturias (rsup2637/2015)

STSJ 6565/2015, de 23 de noviembre, Galicia (rsup 3684/2015)

STSJ 374/2015, de 22 de octubre, Madrid (rsup849/2015)

STSJ 263/2015, de 29 de abril, Aragón (rsup225/2015)

STSJ 1498/2015, de 26 de febrero, Cataluña (rsup 6824/2014)

STSJ 1159/2015, de 18 de febrero, Cataluña (rsup 6358/2014)

STSJ 3836/2014, de 10 de julio, Galicia (rsup 2386/2014)

STSJ 1875/2014, de 2 de julio, Andalucía (rsup 2490/2013)

STSJ 2198/2014, de 24 de marzo, Cataluña (rsup 5626/2013)

STSJ 435/2013, de 5 de marzo, País Vasco (rsup 240/2013)

STSJ 1328/2012, de 2 de julio, Castilla y León (rsup 1100/2012)

STSJ 604/2012, de 26 de enero, Cataluña (rsup 6402/2011)

STSJ 1323/2011, de 14 de julio, Andalucía (rsup 436/2011)

STSJ 2212/2010, de 29 de septiembre, Andalucía (rsup1760/2010)

STSJ 329/2010, de 16 de abril, Madrid (rsup 320/2010)

STSJ 900/2010, de 30 de marzo, País Vasco (rsup 3107/2009)

STSJ 827/2010, de 11 de marzo, Valencia (rsup 1948/2009)

STSJ 1032/2009, de 30 de noviembre, Madrid (rsup 3118/2009)

STSJ 318/2009, de 20 de febrero, Castilla- La Mancha (rsup 483/2009)

STSJ de 24 de julio 2000, Castilla y León (rsup 1571/2000)