

I. Introducción

Con fecha 1º de enero de 2017 ha entrado en vigor las previsiones contenidas en la Ley 9/2009, de 6 de octubre (RCL 2009, 1908), ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, las cuales, desde la misma fecha de su aprobación había venido siendo objeto de demora en su aplicación de forma reiterada¹, la última de las cuales a través de la disp. final 11.ª de la Ley 48/2015, de 29 de octubre²(RCL 2015, 1680), conforme a la cual lo dispuesto en la Ley 9/2009 surtiría efectos a partir del 1º de enero de 2017.

1 Generalmente, a través de las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado

2 De Presupuestos Generales del Estado para 2016.

Dado que no se ha promulgado ninguna disposición que contradiga lo señalado en la citada disposición final, desde el 1º de enero de 2017, y respecto de las situaciones protegidas que se inicien desde dicha fecha (maternidad biológica, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar), la suspensión de la relación laboral, prevista en el art. 48.7 ET³(RCL 2015, 1654) pasa a tener una duración de 28 días, durante las que la persona que haya suspendido el contrato de trabajo tiene derecho (si reúne los demás requisitos exigidos) a una prestación contributiva de la Seguridad Social, que sustituya el salario dejado de percibir, a causa de la interrupción temporal de la prestación de servicios.

3 Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RDleg. 2/2015, de 23 de octubre (RCL 2015, 1654).

La ampliación de la duración de la prestación de Seguridad Social por paternidad se extiende, de igual modo, a los trabajadores por cuenta propia (conforme a las previsiones del art. 318 TRLGSS⁴(RCL 2015, 1700) -en lo que se refiere a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA)- y art. 24 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre (RCL 2015, 1640), reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero -en cuanto a las personas incluidas en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de los Trabajadores del MAR -RETMAR-

4 Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RDleg. 8/2015, de 29 de octubre (RCL 2015, 1700).

II . Un “poco de historia”: los antecedentes de la prestación de paternidad

La Resolución europea del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, de 29 de junio de 2000 (LCEur 2000, 2035), relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, recomendó a los Estados miembros de la Unión Europea a establecer, en el marco de sus posibilidades y conforme a su normativa y prácticas nacionales, un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad, en favor de los trabajadores varones, manteniendo al tiempo sus restantes derechos laborales y sociales. En el mismo sentido, la Directiva 2006/54⁵, de 5 de julio de 2006 (LCEur 2006, 1696), relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, prevé que es competencia de los Estados miembros el eventual reconocimiento de derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción, teniendo en cuenta que, en el caso del establecimiento de ese clase de permiso, habrán de tomar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores –sean hombres o mujeres- del despido motivado por el ejercicio de tales derechos, así como garantizar que, al finalizar el permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o uno equivalente, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiesen podido tener derecho durante su ausencia.

5 Art. 16

Con objeto de trasponer al ordenamiento español las previsiones de la Directiva comunitaria, y en el objetivo de favorecer las medidas tendentes a procurar una mayor corresponsabilidad de los progenitores en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se llevase a cabo en términos de corresponsabilidad, la Ley Orgánica 3/2007 (RCL 2007, 586), para la igualdad de mujeres y hombres (LOI) reguló un nuevo supuesto de suspensión del contrato de trabajo, en razón de la paternidad, de 13 días de duración⁶, incorporando al tiempo, y dentro del marco de la acción protectora de la Seguridad Social, una nueva prestación económica, con el objetivo de que, a través de la misma, se sustituyesen los salarios dejados de percibir por la persona que, a causa de la paternidad, interrumpía la prestación de servicios⁷.

6 Que se añadían al permiso por paternidad, de 2 días de duración (art. 36.3 b ET)

7 Si en el período comprendido entre los meses de enero a septiembre de 2016, se han producido 210.346 prestaciones por maternidad, por el contrario, las correspondientes a paternidad alcanzan las 184.093 prestaciones.

Con la entrada en vigor de la Ley 9/2009, como se ha señalado, la suspensión de la relación laboral a causa de la paternidad, pasa a tener una duración de 28 días, con

la regulación que, de forma sintética, se señala en los apartados siguientes⁸.

8 La regulación de la prestación por paternidad se regula en el Capítulo VII del TRLGSS (RCL 2015, 1700) (a los que remiten las disposiciones específicas de los trabajadores por cuenta propia –art. 318 TRLGSS-, así como la Ley 47/2015 [RCL 2015, 1640], en cuanto a se refiere a las personas incluidas en el RETMAR). Las previsiones legales se desarrollan en el RD 295/2009, de 6 de marzo (RCL 2009, 590), por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (RDMAT). Un análisis del contenido de esta disposición reglamentaria en Panizo Robles, JA “ La nueva regulación reglamentarias de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con la maternidad (Comentario al Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural)”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF. N3 313. 2009

III . Las situaciones protegidas.

De acuerdo con las previsiones del art. 48.7 ET (al que de forma indirecta se remite el art. 177 TRLGSS y el art. 22 RD 295/2009 que regula la prestación por maternidad [RCL 2009, 590]) se consideran situaciones protegidas, a efectos de la prestación por maternidad las mismas que se regulan para la prestación por maternidad, es decir⁹:

9 En el ámbito de la función pública. Se regula en el artículo 49. a) y b) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por RDLeg. 5/2015, de 30 de octubre (RCL 2015, 1695).

la maternidad biológica;

la adopción, así como la guarda con fines de adopción y

el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año¹⁰,

10 Dentro de las situaciones protegidas en los supuestos de paternidad, el RDMAT recoge la equiparación de la tutela a la adopción, a efectos del disfrute de las prestaciones por maternidad, llevando a la norma reglamentaria la práctica que había venido llevando a cabo la Administración de la Seguridad Social, si bien limita la misma a varias condiciones, como son que la tutela se ejerza sobre menores y por

persona que sea familiar de los mismos, razón por la que no quepa la adopción.

siempre que las mismas se hayan producido a partir del 1º de enero de 2017.

Respecto de los trabajadores por cuenta propia, se consideran situaciones protegidas las referidas anteriormente (el nacimiento, la adopción, el acogimiento o la constitución de la tutela).

IV . Beneficiarios de la prestación¹¹.

11 Art. 184 TRLGSS (RCL 2015, 1700)

1. Son beneficiarias de la suspensión laboral (o de la interrupción de la actividad por cuenta propia) las personas que, ante la aparición de cualquiera de las situaciones protegidas, ejerzan tales derechos, si bien, en los que se refiere al acceso a la prestación económica de la Seguridad Social, se requiere la acreditación de otros requisitos adicionales, como son:

Estar de alta o en situación de asimilación al alta¹².

Acreditar un periodo mínimo de cotización de 180 días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión o permiso, o, alternativamente, 360 días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha.

En el caso de los trabajadores por cuenta propia (o de trabajadores por cuenta ajena que sean responsables del ingreso de las cotizaciones a la Seguridad Social) se precisa, además, que los mismos se encuentren al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, aunque el subsidio sea reconocido, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena, en los términos previstos en el art. 47 TRLGSS (RCL 2015, 1700).

12 Art. 165 TRLGSS (RCL 2015, 1700). A su vez, el art. 24 RD 295/2009 que regula la prestación por maternidad (RCL 2009, 590) lista las situaciones de asimilación al alta, a efectos de la prestación por maternidad, con un contenido similar a las indicadas para la prestación por paternidad.

2. En el caso de que concurren dos progenitores, o dos personas adoptantes, o que ejerzan la guarda, el acogimiento o la tutela, la atribución del derecho al disfrute de la suspensión de contrato de trabajo (o de la interrupción de la actividad por cuenta propia) y, derivado de ello, el acceso a la prestación económica de la Seguridad Social se lleva a cabo de la forma siguiente¹³:

13 Vid. Fernandez Collado, M B “ Reflexiones sobre el permiso de paternidad”.VV.AA.: La Seguridad Social en el siglo XXI”. Ediciones Laborum. Murcia. 2008.

En el caso de maternidad biológica, la prestación corresponde al progenitor diferente a la madre biológica.

En caso de adopción, guarda o acogimiento, el derecho a la suspensión (y a la prestación de la Seguridad Social) corresponde sólo a uno de ellos, a elección de los interesados, salvo que el periodo de suspensión o permiso por maternidad haya sido disfrutado en su totalidad por una persona (quien ha percibido lógicamente la prestación de la Seguridad Social), en cuyo caso el derecho a la suspensión (y de la prestación de la Seguridad Social) se reconoce en favor del otro progenitor o persona acogedora.

En el caso de que el período de suspensión a causa de maternidad, se hayan compartido los periodos correspondientes, la condición de beneficiario de la suspensión y de la prestación por paternidad es compatible con la percepción de la prestación por maternidad.

Si el otro progenitor reside en un país extranjero y el nacimiento del hijo se ha producido fuera de España, se puede percibir la prestación por paternidad, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del periodo de descanso¹⁴

En los supuestos de pluriactividad, se puede percibir la prestación en cada uno de los regímenes en que se reúnan los requisitos exigidos¹⁵. Asimismo, en los casos de pluriempleo, se puede causar la prestación en cada empleo, si disfruta el correspondiente periodo de descanso, teniéndose en cuenta, a efectos de base reguladora, la bases de cotización correspondiente a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización.¹⁶

14 Art. 23 RDMAT (RCL 2009, 590).

15 Si los trabajadores acreditan las condiciones para acceder a la prestación solamente en uno de los regímenes, se reconoce un único subsidio computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen; si en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos para acceder al derecho, se totalizan las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan, y se causa la prestación en el régimen en el que se acrediten más días de cotización.

16 El apartado 9 del art. 23 RD 295/2009 (RCL 2009, 590) que regula la prestación por maternidad (RCL 2009, 590) precisa la incompatibilidad entre sí del disfrute del permiso de paternidad previsto en el art. 49.c) del EBEP (RCL 2015, 1695) con la

suspensión del contrato de trabajo por paternidad establecida en el art. 48.bis ET.

V . Duración de la prestación.

1. Como regla general, se tiene derecho a la prestación por paternidad durante un período de 28 días, que puede disfrutarse a partir de la finalización del permiso por nacimiento de hijo o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta la fecha en que termine la suspensión del contrato o de la actividad por maternidad, en este último supuesto para los trabajadores por cuenta propia, inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión.

Los trabajadores por cuenta propia pueden percibir la prestación durante el periodo comprendido desde el nacimiento del hijo, desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o desde la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice el periodo correspondiente al descanso por maternidad, adopción o acogimiento, o inmediatamente después de la finalización de dicho descanso, siempre que, en todo caso, se produzca el cese en la actividad durante dicho periodo.

2. La suspensión del contrato de trabajo (y de la percepción de la prestación de la Seguridad Social) puede llevarse a cabo en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo al 50 %, si bien, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, se precisa previo acuerdo entre el empresario y el trabajador. Además, el trabajador debe comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.¹⁷

¹⁷ Los trabajadores por cuenta propia también pueden percibir la prestación de Seguridad Social en régimen de "parcialidad" a un 50%. En este caso, y dada la independencia en el ejercicio de la actividad, los interesados únicamente deben comunicar a la entidad gestora, al solicitar la correspondiente prestación, el régimen en que se va a llevar a efecto

VI . Cuantía de la prestación¹⁸.

¹⁸ Art. 185 TRLGSS (RCL 2015, 1700)

La prestación económica de la Seguridad Social por paternidad es un subsidio por

un importe equivalente al 100 por 100 de la base reguladora que esté establecida para la prestación por IT derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso. No obstante, si la suspensión de la relación laboral (actividad por cuenta propia) se lleva a cabo en régimen de parcialidad, la base reguladora del subsidio se reduce en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral.

Con el objetivo de que el percibo de la prestación se lleve a cabo, por las personas beneficiarias, en el menor tiempo posible, se prevé¹⁹ que la misma pueda reconocerse mediante resolución provisional de la Entidad gestora, considerando la última base de cotización por contingencias comunes que conste en las bases de datos corporativas del sistema, en tanto no esté incorporada a las mismas la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes inmediatamente anterior al del inicio del descanso o del permiso por maternidad; si, con posterioridad, se comprueba que la base de cotización por contingencias comunes del mes inmediatamente anterior al de inicio del descanso o permiso es de importe diferente a la que se ha tenido en cuenta en la resolución provisional, se ha de proceder a recalcular la prestación y a emitir la resolución definitiva; por el contrario, si la base de cotización no ha tenido variaciones, la resolución provisional deviene definitiva en un plazo de tres meses desde su emisión.

19 Art. 182, en relación con el art. 179, ambos TRLGSS (RCL 2015, 1700)

VII . Gestión de la prestación por paternidad.

La competencia gestora sobre la prestación por paternidad radica en el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)²⁰, siendo realizada directamente por aquélla, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas.²¹

20 Salvo en el caso de personas incluidas en el ámbito de aplicación del RETMAR, la competencia de gestión corresponde al Instituto Social de la Marina (ISM).

21 La disp. adic. 6 RD 295/2009 que regula la prestación por maternidad (RCL 2009, 590) establece que los Registros Civiles remitan a las entidades gestoras de la Seguridad Social, mediante procedimiento informático, información sobre los nacimientos, adopciones y los fallecimientos que se inscriban. La transmisión, cesión, tratamiento y explotación de los datos recibidos mediante este procedimiento informático estarán sometidos a lo dispuesto en la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (RCL 1999, 3058).

El reconocimiento del derecho a la prestación por paternidad se inicia a instancia del interesado, mediante solicitud dirigida a la Dirección Provincial de la entidad gestora competente, según el régimen de encuadramiento, de la provincia en que aquél tenga su domicilio, en los modelos normalizados establecidos por la Administración de la Seguridad Social²², si bien la solicitud de la prestación puede ya formularse a través de los medios electrónicos. A su vez, los trabajadores pertenecientes al RETA han de presentar una declaración de situación de la actividad²³. No obstante, se excluye de dicha presentación, en todo caso, a los trabajadores económicamente dependientes.

22 Los modelos normalizados están disponibles en la página web de la Seguridad Social (www.seg-social.es)

23 La obligación de presentar dicha declaración se establece en el art. 12 del RD 1273/2003, de 10 de octubre (RCL 2003, 2511), para los trabajadores que se encuentren en incapacidad temporal y por Resolución de 4 de febrero de 2004 (RCL 2004, 443) se extendió al subsidio de maternidad y riesgo durante el embarazo, modificándose ahora su exigencia preceptiva.

