



ARIADNA ARRIOLA CABELLO,
Asociada de Abdón Pedrajas Littler.

Permiso retribuido por nacimiento de hijo. ¿Puede adicionarse al permiso de paternidad si así lo sigue previendo el convenio colectivo?

Hasta la fecha existía una disparidad de pronunciamientos sobre si el permiso por nacimiento de hijo, eliminado del Estatuto de los Trabajadores, podía adicionarse a la suspensión del contrato por paternidad si así lo establecía el convenio colectivo aplicable. Un ejemplo de ello era la Sentencia de la Audiencia Nacional nº4478/2019 de 29 de noviembre, que consideró que la suspensión del contrato por paternidad era compatible con el permiso por nacimiento de hijo. La AN llegó a esta conclusión partiendo del "principio de norma más favorable", entendiendo que las normas legales fijan condiciones mínimas pudiendo ser mejoradas por los convenios colectivos. Por tanto, argumentó que, a pesar de que

el RDL 6/2019 de 1 de marzo suprimiera el permiso por nacimiento de hijo, si el mismo continuaba previsto en el convenio colectivo como una mejora, era un derecho que no quedaba automáticamente eliminado.

En sentido contrario, el TSJ del País Vasco, Sentencia nº 1428/2019 de 16 de julio, desestimó la demanda de reconocimiento del derecho de un colectivo de trabajadores del sector ferroviario de disfrutar de 3 días adicionales de permiso por paternidad según lo dispuesto en su convenio colectivo de empresa al entender que resultaba nulo. El TSJ argumentó que no puede aceptarse que en un convenio siga vigente la mejora de un derecho legal que ya no existe, así como que no resultaba legítimo que los trabajadores pretendieran acogerse a dos fuentes de derecho distintas -convenio y ley-.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia nº 326/2021, de 27 de enero de 2021, pone fin al debate y, contrariamente a lo resuelto por la AN, confirma el criterio del TSJPV. Así, aclara que las empresas pueden denegar el derecho a disfrutar del permiso por nacimiento de hijo previsto en los convenios colectivos que no han sido modificados tras la aprobación del

Existían hasta el momento desequilibrios entre los derechos de ambos progenitores, pues mientras el legislador favorecía a la madre biológica con una suspensión de 16 semanas, el otro progenitor únicamente disfrutaba de 13 días •

RDL 6/2019, por el que se modifican los artículos 37.3 y 48.4 del actual Estatuto. Y todo ello en el contexto que hace que, en virtud del principio de jerarquía normativa, el convenio ceda ante la ley y no al contrario.

En los orígenes del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo) exclusivamente se preveía la "maternidad" como causa de suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo. No fue hasta 2007, con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que se creó como nueva causa de suspensión del contrato la "paternidad". En aquel entonces, se trataba de una medida muy innovadora cuya finalidad principal era favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de ambos progenitores, dejando claro que este derecho era individual y exclusivo del padre, diferenciándolo claramente del derecho de la madre biológica. Sin embargo, existían hasta el momento desequilibrios entre los derechos de ambos progenitores, pues mientras el legislador favorecía a la madre biológica con una suspensión de 16 semanas, el otro progenitor únicamente disfrutaba de 13 días.

Fue la Ley 9/2009 de 6 de octubre que, con el objetivo de incentivar la implicación de los hombres en las corresponsabilidades familiares, amplió el permiso de paternidad en 4 semanas. Y posteriormente, la Ley 6/2018 de 3 de julio de Presupuestos Generales del Estado amplió el permiso de paternidad a 5 semanas, de nuevo con la intención de balancear las obligaciones parentales y motivar la implicación de los padres en el cuidado de los menores.

Llegados a este punto, es relevante conocer el momento temporal desde el cual el trabajador podía solicitar la suspensión de su contrato con motivo de su paternidad, esto es, desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo. Por tanto, primero se disfrutaba del permiso por nacimiento de hijo, y transcurrido éste, se daba inicio al permiso de paternidad, y nunca a la inversa. En aquel contexto, el permiso por nacimiento de hijo estaba previsto en el ex art. 37.3.b) ET de 1995, y per-



mitía que el trabajador se ausentara 2 días del trabajo, pudiéndose ampliar a 4 días si el trabajador necesitaba hacer un desplazamiento al efecto.

Sin embargo, no ha sido hasta la aprobación del RDL 6/2019, por la que se introducen dos grandes modificaciones en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el RDL 2/2015 de 23 de octubre, que:

- Se suprime el permiso retribuido de 2 días por nacimiento de hijo.
- Se eliminan las causas de suspensión del contrato de maternidad y paternidad para crear una única causa relativa al nacimiento y cuidado de menor (actual art.48.4 ET).

Tras años de lucha por alcanzar una equiparación de los derechos de ambos progenitores que permitiera una igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, la promoción de la conciliación de la vida personal y profesional, la corresponsabilidad e igualdad de trato y de oportunidades, se culmina por equiparar el derecho de ambos progenitores a disfrutar de 16 semanas de suspensión de su contrato por motivo de nacimiento de menor que comprende el parto y su cuidado hasta que el mismo tenga 12 meses. Esta equiparación ha visto la luz en 2021, habiéndose ampliado paulatinamente la duración del permiso de paternidad hasta alcanzar su equiparación con el permiso de maternidad, fusionándose en uno solo.

La razón de ser de la supresión del permiso por nacimiento de hijo recae directamente en la equiparación de la duración de suspensión del contrato de ambos progenitores habiéndose superado el motivo por el cual se

creó (dotar al progenitor distinto de la madre biológica del disfrute de 2 días adicionales como alternativa a la menor duración de su permiso). De manera que carece de sentido que se sigan aplicando las disposiciones convencionales que aún prevén (por falta de adaptación) ese permiso retribuido. Lo contrario supondría desvirtuar el principio de igualdad entre hombres y mujeres que tanto ha costado alcanzar, pues como dice el Tribunal Supremo, *"se daría la paradoja de que el progenitor distinto de la madre biológica podría llegar a tener un periodo de tiempo de exoneración de la obligación de trabajar superior al de la propia madre biológica"*.

Asimismo, resulta materialmente imposible la compatibilización de ambos supuestos, ya que se produce un solapamiento o coincidencia cronológica que confirma la inviabilidad de su aplicación. Pues bien, recordemos que el disfrute del permiso por nacimiento de hijo estaba previsto con posterioridad al parto, al igual que sucede con la nueva causa de suspensión del contrato, siendo que tanto la madre biológica como el otro progenitor deben disfrutar de 6 semanas ininterrumpidas de suspensión del contrato con posterioridad al parto para asegurar por un lado, el descanso y recuperación de la madre y, por otro lado, que el otro progenitor se involucre directamente en el cumplimiento de los deberes de cuidado del menor.

Por tanto, siendo que el disfrute de ambos coincide en el tiempo, queda patente su incompatibilidad, y, por tanto, resulta inaplicable una norma convencional que prevé un permiso o mejora a un permiso inexistente, perdido todo su sentido y utilidad.]