

¿Subsisten las mejoras convencionales vinculadas al desaparecido permiso por nacimiento?

Carmen Viqueira Pérez

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante

Resumen: El “tradicional” permiso por nacimiento de hijo (art. 37.3.b ET) permitía al padre disfrutar de una licencia retribuida cuya duración, con frecuencia, era objeto de mejora en los Convenios Colectivos. El RDL 6/2019 suprime este permiso y su desaparición plantea la duda de la suerte que deban correr las mejoras convencionales que en torno a este derecho se hubieran establecido.

Palabras clave: Paternidad. Maternidad. Nacimiento. Convenio colectivo. Corresponsabilidad.

Abstract: The “traditional” permission for the birth of a child (art. 37.3.b ET) that allowed the father to enjoy a paid leave absence which duration was often improved in the collective bargaining. RDL 6/2019 abolishes this permission and its disappearance raises the question of the fate of the conventional improvements that had been established around this right.

Keywords: Paternity. Maternity. Birth. Collective bargaining. Co-responsibility.

I. Introducción

Uno de los frentes de actuación normativa más intensos en los últimos años es el que tiene por objeto el acompañamiento de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, a cuyo amparo, sin pausa y también sin mucha prisa, se han ido articulando un variado conjunto de derechos tanto en el plano contractual como en el de la protección social. Hasta hace bien poco, el conjunto resultaba ser tan desordenado y falto de coherencia como cabía esperar a la vista de la técnica aluvional empleada por el legislador para construirlo, y a la vista también de la ausencia de un hilo conductor, de una opción de política legislativa, que alentase, ordenase y diera sentido a la intervención de la norma.

A aportar orden a ese conjunto de derechos y, sobre todo, a establecer el ángulo desde el que mirarlos (centrado ahora en la idea de la corresponsabilidad) vino el RDL 6/2019 que -como se sabe- altera en no pocas cuestiones el revuelto y fragmentado panorama existente. De entre ellas, resultan paradigmáticas la reordenación de la suspensión del contrato ligada a la maternidad y a la paternidad (dos derechos tradicionalmente dispares que -en aras de la corresponsabilidad- son ahora equiparados y reconducidos al terreno común de la suspensión por nacimiento y cuidado del menor); la nueva formulación otorgada al derecho de adaptación del tiempo de trabajo y el modo de prestarlo; y la desaparición de algunas medidas de largo arraigo como el permiso por nacimiento.

Al margen de los problemas interpretativos que toda reforma de alcance genera, la entrada en escena del RDL 6/2019 proyecta, además, una suerte de onda expansiva en la regulación convencional porque, como se sabe, los derechos de conciliación (o, más exactamente, algunos derechos de conciliación) son con frecuencia mejorados en la negociación colectiva y la modificación del marco legal obliga a determinar qué suerte han de correr los derechos que, vinculados a la normativa anterior, hayan sido convencionalmente reconocidos. Este es el problema que analiza la sentencia comentada que gira en torno a la vigencia de la mejora establecida en el convenio colectivo sobre el comúnmente denominado “*permiso por nacimiento*” que -como se sabe- es un derecho que el RDL 6/2019 suprime.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala cuarta).

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 98/2021 de 27 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación núm.188/2019.

ECLI:ES:TS:2021:326

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El caso arranca de la negativa de la empresa EUSKO TRENDIBEAK-FERROCARRILES VASCOS SAU a reconocer el disfrute de tres días de “*permiso por paternidad*” establecido en el artículo 30 del convenio colectivo. La empresa cuenta con un convenio (estatutario, de ámbito empresarial) vigente desde el 1 de enero de 2017 que, en su art. 30, establece que el padre “*además del permiso legalmente establecido, dispondrá de 3 días naturales contados desde la fecha en que se produzca el parto*”, derecho que la empresa no reconoce por entender que tal precepto ha perdido su vigencia tras la entrada en vigor del RDL 6/2019.

Para ubicar cabalmente la cuestión conviene tener en cuenta que la previsión, en el momento en el que el convenio colectivo entra en vigor (2017) opera como mejora convencional sobre el “*permiso por nacimiento*” que entonces regulaba el art. 37.3.b ET en virtud del que -como se sabe- se reconocía el derecho del trabajador a ausentarse durante 2 días con motivo del nacimiento de un hijo, conservando el derecho al salario como es propio de los permisos.

El contexto normativo de aquel entonces -como se sabe- ofrecía un muy dispar tratamiento a los progenitores y, en tanto que el nacimiento del hijo originaba en favor de la madre el derecho a disfrutar de 16 semanas de suspensión contractual, los derechos reconocidos en favor del padre tenían un menor alcance: se reconocía el derecho al “*permiso por nacimiento*” a que acaba de hacerse referencia y el derecho a la suspensión contractual por “*paternidad*” que alcanzaba 4 semanas (ampliado a 5 en 2018 -art. 38 de la Ley 6/2018-) a contar “*desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo previsto legal o convencionalmente*” (art. 45.1.d y 48 ET en versión de la época).

El RDL 6/2019, bajo la divisa de la corresponsabilidad, viene a terminar con el desequilibrio que hasta entonces había caracterizado la atribución de derechos ligados al nacimiento del hijo en favor de los progenitores (amén de terminar también con algunas diferencias derivadas del origen de la filiación -biológica o adoptiva-), sustituyendo ese elenco de derechos (suspensión por maternidad, suspensión por paternidad y permiso por nacimiento) por un nuevo de derecho de “*suspensión*”

contractual por nacimiento y cuidado del menor” de titularidad individual y naturaleza intransferible que se traduce en que, tanto la madre como el otro progenitor, podrán disfrutar de 16 semanas de suspensión del contrato de las que 6 semanas han de disfrutarse obligatoriamente tras el parto.

En este nuevo contexto, la empresa EUSKO TRENDIBEAK-FERROCARRILES VASCOS SAU entiende que el *“permiso por paternidad”* establecido en el convenio colectivo ha perdido su vigencia tras la entrada en vigor del RDL 6/2019 y, ante la negativa a su reconocimiento, la Confederación Sindical ELA plantea demanda de conflicto colectivo con el objeto de que se reconozca el derecho de los trabajadores a disfrutar de los 3 días de permiso por paternidad previstos en el artículo 30 del convenio colectivo. La pretensión fracasa la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en sentencia de 16 de julio de 2019 (autos 16/2019) frente a la que interponen recurso de casación UGT, CCOO y ELA reiterando la pretensión desestimada en suplicación.

La cuestión que en casación se dirime es, pues, determinar los efectos de la supresión del permiso retribuido por nacimiento de hijo (art. 37.3 b ET) sobre la previsión del convenio colectivo que mejora la regulación legal del desaparecido permiso.

IV. Posición de las partes

Pese a que la descripción de los antecedentes de hecho es ciertamente escueta, del contenido de la sentencia y de lo expresado en la sentencia recurrida cabe extraer que la empresa entiende que el *“permiso por paternidad”* establecido en el convenio colectivo ha perdido su vigencia tras la entrada en vigor del RDL 6/2019 que suprime el permiso por nacimiento establecido en el art. 37.1.b ET sobre el que se establece la mejora convencional. Aduce, además, que el nuevo derecho de *“suspensión contractual por nacimiento y cuidado del menor”* imposibilita el disfrute de la mejora convencional dado que, tras el parto, se establece un periodo de suspensión contractual obligatorio de seis semanas que impide el disfrute del *“permiso por paternidad”*.

Los tres sindicatos recurrentes, por su parte, entienden que la supresión del permiso por nacimiento legalmente establecido no implica la desaparición del *“permiso por paternidad”* recogido en el convenio y que la suspensión contractual por nacimiento y cuidado del menor no impide el ejercicio del *“permiso por paternidad”* que recoge el convenio porque éste puede disfrutarse tras las seis semanas obligatorias de suspensión.

V. Normativa aplicable al caso

Inicialmente habrá de tenerse en cuenta el tenor literal del artículo 30 del convenio colectivo de empresa que, sobre el *“permiso por paternidad”*, expresa lo siguiente:

“En caso de alumbramiento, adopción o acogimiento, el padre tendrá derecho al permiso legalmente establecido, que se ampliará en dos días naturales más por cada hijo/a a partir del segundo.

Este permiso es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad recogidos en el artículo 29.

Si se trata de alumbramiento, el derecho le corresponde en exclusiva al otro progenitor, pero si se trata de adopción o acogimiento, corresponderá, a su elección, a uno solo de ellos.

El disfrute de este descanso se hará del modo señalado en la legislación vigente.

Además del permiso legalmente establecido, dispondrá de 3 días naturales contados desde la fecha en que se produzca el parto.”

También es preciso tener presente la regulación del art. 37.3 b ET en su redacción anterior a la entrada en vigor del RDL 6/2019, en la que se contenía el derecho al permiso por nacimiento de hijo en estos términos:

“El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente (...) b) Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días”.

Previsión que contrasta con la redacción del precepto tras la entrada en vigor del RDL 6/2019 en la que se establece que:

“El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente (...) b) Dos días por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días”.

Por otro lado, ha de considerarse también la regulación vigente de la suspensión por nacimiento (art. 48.4 ET), la que resulta del RDL 6/2019:

“El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.

El nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil”.

“La suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. El disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos períodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días.

Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor.”

VI. Parte dispositiva

La sentencia comentada, -STS 326/2021 (Rec. 188/2019)- desestima los recursos de casación planteados por los sindicatos UGT, CCOO y ELA frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de julio de 2019 (autos 16/2019) cuyo pronunciamiento confirma.

Así, la sentencia concluye que *“el último párrafo del artículo 30 del convenio colectivo de empresa mejora, así, un permiso “legalmente establecido” -dice el convenio-, pero que tras el Real Decreto- ley 6/2019 ha dejado de existir, por lo que el convenio mejora una norma actualmente inexistente.*

La previsión del convenio colectivo se vincula tanto al permiso de dos días que establecía el artículo 37.3 b) ET - "además del permiso legalmente establecido", dice el artículo 30 del convenio-, que no es sencillo que pueda tener vida autónoma propia una vez que aquel permiso legal ha desaparecido sin haber sido sustituido por ningún otro.

Pero, siendo relevante el anterior argumento, la conclusión a la que llegamos en el sentido de que el último párrafo del artículo 30 del convenio colectivo de empresa es actualmente inaplicable, se debe fundamentalmente a que el párrafo establece un momento temporal de ejercicio del permiso retribuido de tres días por nacimiento de hijo ("desde la fecha en que se produzca el parto") que no es compatible ni puede conciliarse con las previsiones sobre el comienzo de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento".

Habida cuenta de que "la redacción vigente del artículo 48.4 ET dispone que, de la suspensión de dieciséis semanas, son "obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto", tanto en el caso de la madre biológica como en el del otro progenitor, por lo que no hay ya espacio temporal para que se haya podido disfrutar previamente del anterior permiso retribuido de dos días por nacimiento".

Y tampoco es posible mantener su disfrute tras la suspensión porque "las reglas de interpretación de los convenios colectivos, que son tanto las de las leyes como las de los contratos, según reiterada jurisprudencia, llevan a descartar que tenga sentido un permiso retribuido de tres días por nacimiento, tan alejado de dicho nacimiento. Como hemos visto, desde el mismo momento que se creó la causa de suspensión del contrato por paternidad, se estableció que esa suspensión comenzaba "desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente...". El permiso retribuido era primero y la suspensión del contrato venía después y no al contrario. Y nótese que la regulación legal del permiso de paternidad utilizaba la palabra "desde", al igual que lo hace el último párrafo del artículo 30 del convenio colectivo de empresa, sobre la que tanto insisten los recursos de casación".

VII. Pasajes decisivos

El hilo argumental de la sentencia arranca con la idea de que la supresión del "permiso por nacimiento" que lleva a cabo el RDL 6/2019 encuentra su sentido en la equiparación que la norma establece respecto de los derechos reconocidos a los progenitores con motivo del nacimiento de hijo y cuidado del menor, algo, a mi juicio, difícilmente discutible. Para ello, la sentencia hace un detenido y completo recorrido del devenir normativo de los derechos reconocidos a los padres con motivo del nacimiento de un hijo a cuyo través evidencia que la supresión del "permiso por nacimiento" responde a un cambio de paradigma en la concepción de los derechos de conciliación, regidos ahora por la idea de la corresponsabilidad. En este sentido, son pasajes destacables los siguientes:

"Las anteriores causas de suspensión del contrato por maternidad y por paternidad se eliminaron y pasaron a ser la nueva causa de suspensión del contrato por "nacimiento" (artículo 45.1 d) ET), "que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses" (artículo 48.4 ET)". "La suspensión del contrato por "nacimiento", suspende el contrato de trabajo de la "madre biológica" durante 16 semanas y suspende el contrato de trabajo del "progenitor distinto de la madre biológica", igualmente durante 16 semanas (artículo 48.4 ET). Tras el Real Decreto-ley 6/2019, la redacción vigente el artículo 48.4 ET equipara, así, la duración de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de ambos progenitores".

"Según afirma el preámbulo del Real Decreto-ley 6/2019, la equiparación responde a "la existencia de una clara voluntad y demanda social" y con ella "se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y

mujeres en todos los ámbitos". La equiparación se llevó a cabo de forma progresiva, pero desde el 1 de enero de 2021 la equiparación es plena, de conformidad con la disposición transitoria decimotercera del ET, añadida por el Real Decreto-ley 6/2019".

"La equiparación legal de la duración de la suspensión del contrato de trabajo de ambos progenitores (de la madre biológica y del progenitor distinto a ella), en ambos casos de dieciséis semanas, tiene lugar cuando la norma que decide esa equiparación (el Real Decreto-ley 6/2019, que modifica el ET), decide igualmente eliminar del ET el permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo, hasta entonces previsto en el artículo 37.3 b) ET y que la redacción vigente del precepto legal no reconoce ya.

No es difícil extraer la conclusión de que la supresión del permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo es consecuencia directa de la equiparación de la duración de la suspensión del contrato de trabajo, precisamente por "nacimiento", de los dos progenitores: en ambos casos dieciséis semanas. Si adicionalmente se mantuviera el permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo, tan vinculado a la menor duración de la anterior suspensión del contrato por paternidad, y que nació y fue siempre una alternativa a la suspensión del contrato por maternidad (o a su menor duración), 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".

Identificada la razón que alienta la supresión del "permiso por nacimiento", la sentencia sienta la idea de que el derecho reconocido en el art. 30 del convenio colectivo no se trata de un derecho autónomo sino de una mejora directamente referida al "permiso por nacimiento de hijo", cuestión de importancia crucial para resolver acerca de su eventual vigencia. Así, la sentencia afirma que: "A los efectos de los presentes recursos de casación, del artículo 30 del convenio colectivo interesa especialmente su último párrafo: "Además del permiso legalmente establecido, dispondrá de 3 días naturales contados desde la fecha en que se produzca el parto." Aunque el tenor literal del párrafo del artículo 30 del convenio no es muy claro, es "admitida pacíficamente por la parte social", según afirma la sentencia recurrida en casación, la aplicación práctica que venía haciendo la empresa, en el sentido de que el precepto convencional mejora en un día adicional (y no en tres) los "dos días por el nacimiento del hijo" de permiso retribuido que tradicionalmente reconocía el artículo 37.3 b) ET, hasta su supresión por la nueva redacción dada al precepto legal por el artículo 2.Nueve del Real Decreto-ley 6/2019".

El hecho de que la mejora (el derecho convencionalmente reconocido) venga directamente referida al "permiso legalmente establecido" determina la imposibilidad de su subsistencia porque la desaparición del "permiso por nacimiento" implica la desaparición (pérdida de vigencia) de las mejoras convencionales referidas al mismo.

Así, se afirma que "El primer problema que plantea este párrafo es que hace referencia a un "permiso legalmente establecido" que ya no existe. Tras el Real Decreto-ley 6/2019, la redacción vigente del artículo 37.3 b) ET ha suprimido toda referencia al derecho al permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo. Ya se ha explicado la lógica que subyace a esta supresión: la equiparación de la duración de la suspensión del contrato de trabajo por causa de nacimiento de ambos progenitores. El último párrafo del artículo 30 del convenio colectivo de empresa mejora, así, un permiso "legalmente establecido" -dice el convenio-, pero que tras el Real Decreto- ley 6/2019 ha dejado de existir, por lo que el convenio mejora una norma actualmente inexistente. La previsión del convenio colectivo se vincula tanto al permiso de dos días que establecía el artículo 37.3 b) ET - "además del permiso legalmente establecido", dice el artículo 30 del convenio-, que no es sencillo que pueda tener vida autónoma propia una vez que aquel permiso legal ha desaparecido sin haber sido sustituido por ningún otro".

Finalmente, la sentencia repara en la imposibilidad técnica de articular el disfrute de ambos derechos atribuyendo a este extremo una importancia decisiva (y tal vez exagerada) al señalar que la razón fundamental que determina que la mejora convencional resulte inaplicable reside en que "el párrafo establece un momento

temporal de ejercicio del permiso retribuido de tres días por nacimiento de hijo ("desde la fecha en que se produzca el parto") que no es compatible ni puede conciliarse con las previsiones sobre el comienzo de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento". Ello es así porque "la redacción vigente del artículo 48.4 ET dispone que, de la suspensión de dieciséis semanas, son "obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto", tanto en el caso de la madre biológica como en el del otro progenitor, por lo que no hay ya espacio temporal para que se haya podido disfrutar previamente del anterior permiso retribuido de dos días por nacimiento". Y tampoco es posible mantener su disfrute tras la suspensión porque "las reglas de interpretación de los convenios colectivos, que son tanto las de las leyes como las de los contratos, según reiterada jurisprudencia, llevan a descartar que tenga sentido un permiso retribuido de tres días por nacimiento, tan alejado de dicho nacimiento. Como hemos visto, desde el mismo momento que se creó la causa de suspensión del contrato por paternidad, se estableció que esa suspensión comenzaba "desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente...". El permiso retribuido era primero y la suspensión del contrato venía después y no al contrario. Y nótese que la regulación legal del permiso de paternidad utilizaba la palabra "desde", al igual que lo hace el último párrafo del artículo 30 del convenio colectivo de empresa, sobre la que tanto insisten los recursos de casación".

VIII. Comentario

La cuestión que en casación se dirime es determinar los efectos de la supresión del permiso por nacimiento de hijo que reconocía el artículo 37.3 b ET sobre la previsión del convenio colectivo que mejora la regulación legal de aquel permiso estableciendo que el padre "Además del permiso legalmente establecido, dispondrá de 3 días naturales contados desde la fecha en que se produzca el parto." Y, como ya se ha señalado, la sentencia concluye que la desaparición del permiso por nacimiento tiene como efecto la pérdida de vigencia de la cláusula convencional porque no es posible mejorar un derecho que ya no existe y porque, tal como aparece definida la mejora en el convenio colectivo, resulta técnicamente imposible articular su disfrute en el nuevo marco normativo.

Vaya por delante que no creo que la solución pudiera ser otra habida cuenta de las limitaciones impuestas por la literalidad del precepto convencional en juego porque el recurso, como todos, se resuelve dentro de los límites que su formulación impone y los aplicables al caso no dejan, a mi juicio, margen de maniobra. En este sentido, la propia sentencia aporta alguna clave de que esto es así cuando muy elocuentemente expresa que la mejora convencional "se vincula tanto al permiso de dos días" que, desaparecido éste del elenco contemplado en el ET, aquella no puede tener vida propia; y también cuando se explica que la concreción del momento de ejercicio de la mejora ("desde que se produzca el parto") determina la imposibilidad de articular su disfrute con el obligatorio disfrute de las 6 semanas iniciales de suspensión contractual que se anudan al nacimiento del hijo, dado que el ejercicio de uno y otro derecho se solaparía.

Ello no obstante, la sentencia contiene una reflexión de amplio espectro en la que se ofrecen elementos de interés para solventar la cuestión general (la suerte que hayan de correr las mejoras convencionales vinculadas al desaparecido permiso por nacimiento) más allá del supuesto particular sobre el que resuelve (la mejora contenida en el art. 30 del convenio colectivo de la empresa EUSKO TRENDIBEAK-FERROCARRILES VASCOS SAU). En este sentido, la sentencia mantiene que el permiso por nacimiento es un derecho que ha quedado vacío de contenido tras la entrada en vigor del RDL 6/2019 (a); que las mejoras convencionales vinculadas al derecho suprimido pierden su vigencia ya sea porque su ligazón con el permiso desaparecido impide su subsistencia autónoma (b), ya sea porque su articulación con el derecho a la suspensión contractual resulta imposible y/o vaciaría de contenido la mejora convencional (c).

(a) Es poco dudoso, a mi juicio, que el RDL 6/2019 supone un punto de inflexión en la regulación del entramado de los derechos de conciliación, en la medida en que los ordena y clarifica con la evidente (y confesada) finalidad de avanzar en *“la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos”*. En ese camino, la equiparación de la duración de la suspensión contractual anudada al nacimiento de un hijo es un dato especialmente relevante, y todo apunta a que, en efecto, la equiparación del tratamiento otorgado a los progenitores implica de suyo la superación del fragmentado y desequilibrado panorama anterior (en el que frente al derecho a suspender el contrato durante 16 semanas que se reconocía a la madre, al otro progenitor correspondía un derecho mucho más débil, articulado en torno a un breve permiso por nacimiento de hijo y una suspensión contractual de duración significativamente menor que el reconocido a la madre). De modo que la supresión del permiso por nacimiento obedecería al establecimiento de esta equiparación en el tratamiento de la suspensión contractual (a este cambio de rumbo que el RDL 6/2019 imprime) en la medida en que, superado el contexto en el que el permiso resultaba necesario para articular un mínimo derecho de conciliación en favor del padre, devendría innecesario su reconocimiento. Cuestión distinta es que la desaparición del permiso en el texto del ET deba o no arrostrar necesariamente la desaparición de las mejoras que en torno a éste se hubieran establecido en convenio colectivo.

(b) Cuando la mejora convencional se vincula indubitadamente al extinto permiso no creo que quepa otra respuesta que la ofrecida por la sentencia comentada: la desaparición del derecho arrostra la desaparición de la mejora. Esa consecuencia deriva de la ausencia del derecho que da sustento a la mejora, de modo que esta dependencia o ligazón con el derecho al permiso impide su mantenimiento autónomo una vez éste desaparece. Esto es lo que sucede en el caso que la sentencia analiza, en el que la mejora consiste en una intensificación (una mayor duración) del *“permiso legalmente establecido”*: cuando deja de existir el *“permiso legalmente establecido”* la mejora convencional pierde su sustento.

No me parece, sin embargo, que la desaparición del permiso impida necesariamente la existencia de un permiso por nacimiento de naturaleza convencional. El hecho de que el ET suprima el permiso porque, en el seno de una operación de más largo alcance, éste ha perdido su original sentido (compensar la falta de medidas de conciliación en favor del otro progenitor) no implica, en principio, que los permisos de análoga significación contenidos en la negociación colectiva deban automáticamente tenerse por faltos de vigencia. El convenio puede contener un permiso por nacimiento autónomo; esto es, como medida de conciliación autónoma y añadida a las contempladas en el marco normativo y, por ello, no ligado a la suerte que corra el permiso eliminado del ET. Suspensión contractual y permiso retribuido son derechos de muy distinta naturaleza y el equilibrio que entre ellos establezca el ET en cada momento (permiso por nacimiento y suspensión por paternidad han sido siempre compatibles) no veda la posibilidad de que la negociación mejore el marco establecido en la norma estatal.

(c) Puede pensarse, ciertamente, que un permiso de tal tipo carecería de sentido en la medida en que un permiso “por nacimiento” parece naturalmente llamado a ser disfrutado de manera inmediata al hecho del que trae causa (así lo ha entendido la jurisprudencia de modo reiterado y así lo señala la sentencia comentada) y, en el panorama actual, ello no sería posible porque las seis semanas inmediatamente posteriores al parto están destinadas al disfrute obligatorio de la suspensión por nacimiento. La objeción no es menor, desde luego, pero tal vez sea posible barajar la subsistencia de un permiso por nacimiento no condicionado necesariamente a esa inmediatez en el disfrute, habida cuenta de que, al fin y al cabo, su disfrute se anuda al nacimiento y redundaría en favor de la conciliación de la vida familiar y laboral.

Abundaría en esta línea, por un lado, el hecho de que la propia doctrina del TS acerca de la fecha de disfrute de los permisos en general es -como se sabe- cada vez más flexible, e incluso alguna sentencia explícita la posibilidad de diferir el disfrute del permiso por nacimiento si la norma así lo permite (STS de 17 de enero de 2008 “*para que una licencia que se ha creado y constituido como licencia por nacimiento de hijo o fallecimiento de familiar, pueda ser disfrutada en fechas posteriores a ese alumbramiento o a esa muerte, es de todo punto obligado que la norma que la estableció disponga expresa y claramente la posibilidad de ese disfrute tardío de la misma*”) de modo que nada impediría el disfrute del permiso tras la seis semanas de obligatoria suspensión, si el convenio implícitamente lo permite por no haber establecido expresamente que su disfrute haya de ser en fecha inmediatamente posterior al nacimiento.

Por otro lado, este disfrute no inmediato encontraría un razonable encaje conceptual en el actual marco de los derechos de conciliación habida cuenta de que el “*nacimiento*” -a decir del art. 48.4 ET- “*comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses*”, de modo que el ET parece partir de la base de que esos iniciales 12 meses de vida constituyen el encuadre de los derechos anudados al “*nacimiento*”, que devendría así en un concepto ligado de modo amplio al hecho del parto.

IX. Apunte final

No es necesario decir que, más allá de la cuestión relativa a la subsistencia de las mejoras convencionales establecidas en torno al desaparecido “*permiso por nacimiento*” (que es una cuestión a extinguir, a medida que se vayan renovando los convenios que las contienen) los convenios colectivos pueden, en cumplimiento de su función primigenia, establecer todas cuantas mejoras puedan arbitrar sobre los derechos de conciliación establecidos en el ET, incluidos -muy especialmente- los permisos que regula el art. 37.3 ET.