

LA INCIDENCIA DEL NUEVO PERMISO POR NACIMIENTO EN LA REALIDAD LABORAL

**ANÁLISIS DE LA IMPLANTACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 6/2019 POR EL
QUE SE EQUIPARA EL PERMISO POR NACIMIENTO ENTRE HOMBRES Y
MUJERES¹**

**ÁLVARO ARBOLEYA RODRÍGUEZ-ROVIRA
PREMIO JÓVENES LABORALISTAS (2020)
ESTUDIANTE DEL MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA
UNIVERSIDAD CEU SAN PABLO**

¹ Este trabajo fue cerrado en fecha 11/07/2020.

RESUMEN

En este trabajo se aborda cómo ha sido la implantación del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación que, en lo que a este trabajo atañe, supuso la derogación del permiso retribuido por nacimiento, y la introducción de un régimen de suspensión del contrato con carácter obligatorio para el progenitor distinto de la madre biológica una vez se produce el nacimiento, con la intención de equipararlo al que ya disfrutaba la progenitora.

Se trata de analizar los pronunciamientos judiciales habidos hasta la fecha y constatar el problema jurídico de fuentes del Derecho Laboral que se plantea a la hora de compatibilizar la normativa legal con la convencional, ya que hasta el momento existe una pugna entre un Tribunal Superior de Justicia y la Audiencia Nacional, que resolvieron este conflicto de manera opuesta. El principal fin es mostrar al lector la necesidad de un pronunciamiento del Tribunal Supremo que unifique criterios a la hora de enjuiciar un conflicto como este. Por otro lado, valorando los argumentos de cada postura, se ofrece una defensa alternativa.

ABSTRACT

This paper studies the enforcement of the Royal Decree Law 6/2019, 1st of March , on urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation, which entailed the repeal of the birth permits and the introduction of a new regime consisting in the mandatory suspension of the activity since the birth of the child, in order to favor the balanced assumption of family obligations.

The purpose of this paper is to analyse the judicial judgements published so far and state the legal problem of sources in Employment Law, which reveals when trying to juggle the upgraded regulation with the conventional one, as so far a disagreement exists in the way of solving this conflict in the judgements rendered by the High Court of Justice and the Spanish High Court. The essential aim is to showcase the need for a judgement delivered by the Supreme Court in order to state a common criteria applicable to this matter. To conclude, having assesed each argument, we will expose an alternative line of defense.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN: ORIGEN Y CONTENIDO DEL REAL DECRETO-LEY 6/2019.....	4
II.	PROBLEMÁTICA IDENTIFICADA EN EL TRASLADO A LA PRÁCTICA	6
	1. Planteamiento de la controversia suscitada.....	6
	2. Soluciones jurisprudenciales contradictorias	7
	2.1 A favor de la inaplicación del precepto convencional.....	7
	2.1.1 Antecedentes de la Sentencia del TSJ del País Vasco de 16 de julio de 2019	8
	2.1.2 Derogación tácita del precepto convencional	8
	2.1.3 Una posible alternativa de defensa	10
	2.2 A favor de la vigencia y compatibilidad de ambas normas.....	11
	2.2.1 La opinión del voto particular	11
	2.2.2 Antecedentes de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2019.....	13
	2.2.3 La concurrencia pacífica y hermenéutica de ambas normas	15
	2.2.4 Un paso más allá: sentencias posteriores de la Audiencia Nacional.....	19
III.	CONCLUSIONES	23

I. INTRODUCCIÓN: ORIGEN Y CONTENIDO DEL REAL DECRETO-LEY 6/2019

Cuando se habla del permiso por nacimiento, se refiere al derecho individual por el cual, ante un eventual nacimiento, tanto el padre como la madre verán su contrato suspendido con carácter obligatorio durante varias semanas para el cuidado del recién nacido.

Este permiso hoy en día, con la reforma del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación², ya no distingue el sexo del progenitor, igualando las situaciones para hombres y mujeres. Hasta no hace mucho, solo la madre debía disfrutar obligatoriamente de una suspensión del contrato de trabajo por seis semanas para el cuidado del hijo y la protección de su salud, mientras que el progenitor varón podía hacer uso de la suspensión pero voluntariamente. Esto suponía una clara desigualdad, atentando contra nuestros valores constitucionales como nación y nuestros valores como sociedad europea, conforme se desprende de nuestra Constitución Española como norma fundamental rectora de la sociedad española y aglutinante de nuestros valores como sociedad. Tal y como dispone el preámbulo del Real Decreto-Ley, esta normativa encuentra su fundamento en la consecución o cumplimiento de los artículos 9.2 y 14 de la CE como pilares fundamentales de una sociedad democrática. De esta manera, con este Real Decreto-Ley se pretende avanzar como sociedad en relación con los preceptos anteriormente citados.

Aún así, convendría ir un paso más allá de este planteamiento. Autores como MOLINA-HERMOSILLA³ identifican un tercer estadio que seguirá a la corresponsabilidad, este es el de la “*Responsabilidad Social Corporativa*”. Superada la feminización del cuidado de los hijos (primera fase, conciliación laboral), se llega a la segunda fase, la corresponsabilidad, mediante la cual se atribuyen las mismas responsabilidades a hombres y a mujeres para evitar cualquier discriminación en términos de cuidado de hijos. No obstante se plantea una tercera fase, conocida como “*Responsabilidad Social Corporativa*”, en la que las empresas tomen una posición activa de concienciación, más allá de la normativa, sobre una igualdad de género en el ámbito laboral. En definitiva, que tomen la iniciativa en promover políticas que defiendan la igualdad de género.

En marzo de 2019, clamaba al cielo la necesidad de un cambio legislativo en ese aspecto, ya no solo por temas de ética, sino por meras cuestiones de

²BOE núm 57, de 7 de marzo de 2019, páginas 21692 a 21717.

³MOLINA-HERMOSILLA, O. “Igualdad efectiva entre mujeres y hombres: de la conciliación a la corresponsabilidad social”, en: Revista de Antropología experimental, nº16, 2016.

Universidad de Jaén. Disponible en:

<https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rae/article/view/3283/266> [Consulta realizada el 6 de mayo de 2020].

constitucionalismo, de Derecho. Ello provocó que el ejecutivo instase por medio del Real Decreto-Ley la introducción del permiso por nacimiento igual entre hombres y mujeres. Esta reforma supuso el paso de un régimen en el que solo se preveía la suspensión obligatoria del contrato para la madre, a establecerse también para el progenitor varón. De esta manera, se le atribuyen más responsabilidades al padre en cuanto a la obligación de cuidar al recién nacido y conciliar la vida laboral y familiar.

Sin embargo, la equiparación al ya vigente permiso de dieciséis semanas para la mujer en ningún caso será inmediata, está sometida a un régimen transitorio.

Esta reforma ha sido criticada por gran parte de la sociedad⁴, independientemente de las ideologías. No obstante, yo personalmente opino que aunque pueda considerarse insuficiente, lenta o tardía, debemos entender que tal y como dice el refranero *“nunca es tarde si la dicha es buena”*; siempre que haya reformas que avancen hacia la igualdad, es decir, que velen por el respeto a los derechos humanos, toda reforma será bienvenida.

Se trataba de una reforma necesaria, había que superar los vacíos que dejó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁵. Es cierto que dicha ley fue pionera en la igualdad de género, no obstante considero que una sociedad avanza cuando no cesa en su carácter revisor del marco normativo, cuando no desiste a la hora de revisar y reformar postulados en busca del mayor respeto a los derechos fundamentales. Una sociedad que se estanca y deja que el tiempo la supere, que cesa en la búsqueda de la igualdad, justicia, respeto, dignidad, no progresa como tal.

En palabras del preámbulo del Real Decreto-Ley: *“Los poderes públicos no pueden desatender esta demanda que, por otro lado, es una exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución; de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea; y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”*.

Como se ha venido apuntando, no se trata de valores abstractos, nociones oníricas o ideales utópicos, se trata de exigencias de nuestra Constitución Española y de la Comunidad Europea, de valores como sociedad que han de ser respetados.

⁴ Recientemente, el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 7 de mayo de 2020, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 2206-2019, promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, contra el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

⁵ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007, páginas 12611 a 12645.

II. PROBLEMÁTICA IDENTIFICADA EN EL TRASLADO A LA PRÁCTICA

1. Planteamiento de la controversia suscitada

La implementación de esta normativa de equiparación del permiso por nacimiento ha dado lugar a una gran controversia, fuente de numerosos litigios. Como se ha visto, la modificación del permiso por nacimiento ha supuesto la alteración del régimen anterior, que sólo preveía la suspensión obligatoria para la progenitora, ampliándolo así también al progenitor distinto de la madre biológica y suprimiéndose la licencia de dos días de descanso retribuido (ampliables por Convenio) en caso de nacimiento, dando lugar a una fuerte pugna entre los intereses de los trabajadores y los de la empresa.

Por un lado, resulta claro que el Real Decreto-Ley citado modifica expresamente parte del contenido del Estatuto de los Trabajadores. Lo que queda menos claro, por otro lado, y da lugar a numerosas controversias es la incidencia que la norma legal puede tener en los distintos Convenios Colectivos. Cuestión que, aunque no tanto en el plano teórico, sí se está manifestando con gran intensidad en la práctica. Este estudio tratará de ofrecer un análisis de las dos soluciones opuestas que han dado los tribunales a esta cuestión tan reciente.

De forma esquematizada y por facilitar al lector su comprensión, se incorpora el siguiente cuadro:

Contexto
<ul style="list-style-type: none">● RD-Ley 6/2019.● Suprime la licencia del artículo 37.3.b del Estatuto de los Trabajadores de dos días de descanso retribuidos por nacimiento.● Equipara el permiso por nacimiento al varón respecto del de la mujer (ya existente): suspensión del contrato de trabajo durante dieciséis semanas, seis obligatorias.

Conflicto de intereses	
Trabajadores	Pretenden que se aplique la licencia del artículo 37 ET mejorada convencionalmente, junto con el permiso de nacimiento. Es decir, un disfrute de la suspensión del contrato + el descanso retribuido.
Empresario	Considera que el RD-ley al suprimir dicha licencia, no cabrá la subsistencia de una mejora convencional. En cualquier caso, la licencia mejorada por Convenio Colectivo queda vacía de contenido con el nuevo permiso por nacimiento.

2. Soluciones jurisprudenciales contradictorias

Nos encontramos así ante una problemática de incardinación de fuentes del Derecho del Trabajo, respecto de la que la jurisprudencia ha ofrecido por ahora dos soluciones contradictorias.

La primera solución emana del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco⁶, que en Sentencia de 16 de julio de 2019, ante este conflicto de aplicación de norma legal y norma convencional, se mostró a favor de la inaplicación del precepto convencional que mejoraba la anterior normativa, la cual perdió su vigencia tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley.

La segunda solución la ofrece la Audiencia Nacional en tres sentencias, cada una yendo más allá respecto de la anterior, pero con la misma estructura y mismo criterio enjuiciador. El planteamiento de la Audiencia Nacional sostiene en todo momento la aplicación del precepto convencional, que mejora el antiguo permiso retribuido y, respecto de la incompatibilidad que alega la empresa en cuanto a la aplicación del artículo 48 ET y del precepto convencional, se muestra favorable al disfrute pleno de ambos derechos.

2.1. A favor de la inaplicación del precepto convencional

La primera de las sentencias que se pronuncia acerca del nuevo permiso por nacimiento, la ofrece el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en sentencia de 16 de julio de 2019. Conforme ya se ha adelantado, la posición mayoritaria de la Sala ofrece una visión reticente al disfrute del permiso retribuido a cargo del empresario. Analizaremos en primer lugar los antecedentes de la sentencia y, a continuación, la decisión de la Sala, que se inclina hacia la inaplicación del precepto

⁶ Sentencia del TSJ del País Vasco 1428/2019, Rec. 16/2019, de 16 de julio, ECLI:ES:TSJPV:2019:2356.

convencional. A su vez, propondremos una alternativa acorde con el razonamiento de la sentencia y a favor de la posición de la empresa.

2.1.1. Antecedentes de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de julio de 2019

Este primer asunto gira en torno a la vigencia y aplicación de un precepto convencional, en concreto el artículo 30 del Convenio Colectivo empresarial de “*Ferrocarriles Vascos*”. Este precepto, bajo el título “*permiso de paternidad*” prevé lo siguiente en el último párrafo, donde se localiza el foco de litigiosidad: “*además del permiso legalmente establecido, dispondrá de 3 días naturales contados desde la fecha en que se produzca el parto*”. Los sindicatos solicitaron que se reconociese la vigencia de dicho artículo convencional, la cual negaba la empresa por entender que la reforma legislativa lo había derogado.

2.1.2. Derogación tácita del precepto convencional

En su resolución, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco desestima la demanda de conflicto colectivo y por tanto, las pretensiones de los sindicatos. La Sala rechaza entender que el precepto convencional que mejoraba el antiguo permiso siguiese vigente. Recuerda que la reforma legislativa ha significado la derogación del antiguo permiso retribuido del artículo 37.3.b) del Estatuto de los Trabajadores mejorado por Convenio Colectivo, así como la introducción de la suspensión obligatoria del contrato respecto del progenitor varón.

Esta nueva situación normativa provoca que el progenitor distinto de la madre biológica deje de gozar del permiso retribuido de dos días y pase a disfrutar de un nuevo derecho, un nuevo régimen: el derecho a una suspensión del contrato por varias semanas desde el nacimiento, siendo hoy en día obligatorias dos semanas, siguiendo el régimen transitorio. En consecuencia, a ojos del TSJ del País Vasco la suspensión vacía de contenido el referido art. 30 del Convenio Colectivo, que preveía la mejora de la licencia retribuida ahora derogada. Desde su punto de vista, no cabría mantener su vigencia en tanto en cuanto “*no puede aceptarse la vigencia en el convenio de la mejora de un derecho legal que ya no existe; ni resulta legítimo, en relación a idéntica materia y derecho, que los trabajadores pretendan acogerse a dos fuentes distintas (el Convenio y la Ley)*”.

Es decir, la Sala en su parecer mayoritario rechaza admitir su aplicación, pues un artículo de un convenio no puede mejorar un derecho que ya no existe, así como tampoco cabría su disfrute conjunto, ya que la incompatibilidad es manifiesta. Al contrario que la Audiencia Nacional, como se verá en este estudio, este fallo observa que, de considerarlo aplicable, el disfrute de ambos derechos es incompatible.

En relación con el primer pilar del razonamiento del TSJ del País Vasco, estableciendo que el derecho pretendido es un derecho que ya no existe, nos mostramos favorables a la visión mayoritaria. Efectivamente, con el Real Decreto 6/2019 se deroga un derecho legal, correspondiente a la licencia de dos días por nacimiento de hijo, introduciendo un régimen mucho más ventajoso como es el de suspensión del contrato por semanas. Como bien se conoce, los Convenios Colectivos se circunscriben en el sistema de fuentes siempre bajo la jerarquía respecto de los mínimos de derecho legal, pudiendo mejorarlos pero nunca empeorarlos. Lo que ocurre en este supuesto es que ese derecho de referencia que mejoraba ha quedado ahora derogado, luego no resulta admisible considerar válido este precepto convencional.

La posición mayoritaria avala la conflictividad de ambas normas al ser incompatibles, lo que implica que su disfrute conjunto es inviable. Queda claro que el artículo 30 del Convenio Colectivo se refería al permiso retribuido del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, ya que en aquella norma el permiso otorgado al padre era de dos días mejorables por convenio, de forma que en este caso el Convenio mejoraba el permiso legalmente establecido en un día más. Esta incompatibilidad reside en que tanto el permiso convencional aquí reclamado como buena parte de la suspensión contractual por nacimiento (artículo 48 ET) deben ser efectivos a partir de la fecha del parto. En palabras de la Sala, *“ello implica un solapamiento o coincidencia cronológica entre los tres días de permiso y los tres primeros días de las semanas de suspensión del contrato, que viene a confirmar la inviabilidad de la reclamación, puesto que, además, el art. 30 del convenio no admite el uso del permiso en momento posterior (que sería al finalizar la suspensión) ni la regulación legal de esta última admite la demora de su inicio por razón de previsiones pactadas colectivamente”* (Fundamento Jurídico 2º).

De esta manera, constatado el conflicto, la solución ha de ser la no aplicación del precepto convencional, siendo claramente contrario al derecho legal de mínimos. Permitir la aplicación del artículo en cuestión del Convenio Colectivo estaría significando una *reformatio in peius* por su parte respecto de la ley.

En resumidas cuentas, lo que propugna el TSJ del País Vasco, con mucho acierto a mi modo de ver, es que en primer lugar no cabe considerar un precepto que mejoraba un derecho que ahora resulta inexistente, que es el permiso retribuido por nacimiento. Por otro lado, considera difícilmente aceptable que, de entenderse vigente dicho precepto, se pueda aplicar, pues la incompatibilidad es manifiesta. De ningún modo se podría extraer del sentido literal de las normas que se pudiesen superponer o complementar ambos derechos, ya que comienzan a disfrutarse desde el parto. Conviene recordar, como bien recalca el órgano enjuiciador que cuando el Convenio Colectivo entró en vigor estaba vigente el art. 37.3 b) ET, artículo que reconocía el derecho a ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, lo que se denomina permiso retribuido a disfrutar durante dos días

por el nacimiento de hijo. Entonces, el Convenio mejoraba en tres días este derecho, ocurriendo que, una vez derogado el derecho que se mejoraba, pierde su razón de ser el precepto colectivo, máxime si se crea un permiso que permite (obliga más bien) suspender el contrato de trabajo por varias semanas, vaciando así de contenido el sentido para el que se había creado el del artículo 37 ET.

En definitiva, la cuestión estriba en que, al entender el tribunal que concurren conflictivamente las normas, se debe aplicar la normativa de derecho necesario de mínimos, pues únicamente puede actuar el Convenio sobre la ley si mejora normas de mínimos, o si la ley se remite al mismo. En este supuesto, el mantenimiento del precepto convencional estaría claramente limitando o cercenando los derechos de mínimos, por lo que en ningún caso puede sostenerse su aplicación. Habría, en otro orden de cosas, una concurrencia pacífica si el Convenio hubiese previsto el disfrute posterior a la suspensión del contrato de trabajo y no expresamente desde el parto y de esta manera, en el ejercicio del derecho de conciliación, se estaría acudiendo a una única fuente del Derecho, el Convenio Colectivo, que estaría en tal caso mejorando a la ley.

2.1.3. Una posible alternativa de defensa

Una vez analizado el devenir de dicha cuestión a ojos de la opinión mayoritaria del TSJ del País Vasco, podríamos plantear -con sumo respeto a las partes en el supuesto y a su defensa elegida- una vía alternativa para resolver el conflicto, favorable a la posición de la empresa (a pesar de que ya se le haya dado la razón). Desde el punto de vista de la defensa empresarial, ya que la otra perspectiva ya se defiende en sendas sentencias de la Audiencia Nacional que posteriormente se analizarán, podríamos considerar que otra opción sostenible hubiera sido acudir a la impugnación del Convenio Colectivo. En este caso, se acudiría puesto que el Convenio estaría excediéndose de sus límites en el precepto enjuiciado, su artículo 30, pues estaría conculcando el derecho legal necesario.

Queda claro que la ley ofrece un derecho de mínimos que se basa en permitir la suspensión del contrato de trabajo al progenitor varón durante varias semanas. Pues bien, este Convenio Colectivo en su artículo 30 estaría no solo no cediendo al precepto legal sino ofreciendo un permiso de paternidad por días naturales distinto de la suspensión del contrato y que se disfrutaría por tres días desde el parto. Pues bien, cabría defender su nulidad ya que existiría una incompatibilidad clara sabiendo que el Convenio cede ante la ley, no pudiendo cercenar derechos legales. Este es un punto muy controvertido y da cabida a una multiplicidad de interpretaciones respecto de la norma convencional, no obstante podría el argumentario de la empresa ir por la senda de la incompatibilidad y la contravención del derecho de mínimos necesario.

En ese sentido, aunque el Convenio esté aludiendo a un permiso derogado, el disfrute del permiso retribuido está implicando un solapamiento respecto del permiso legal recientemente reformado, de manera que no cabría disfrutar de la suspensión del contrato (permiso legal, derecho de mínimos) la cual se inicia con el nacimiento, y del permiso de tres días retribuidos ya que también comienza desde el parto. Ello significa la declaración del precepto convencional como nulo y, por tanto, no aplicable, debiendo la comisión negociadora del convenio ser la que lo subsane ya que el juez no tiene competencia para modificar convenios, sino solo para instar su interpretación, aplicación o nulidad.

2.2. A favor de la vigencia y compatibilidad de ambas normas

2.2.1. La opinión del voto particular

Debe hacerse constar que no se ha tratado de una cuestión unánime, habiéndose formulado en este Tribunal Superior de Justicia un voto particular por el magistrado Don Juan Carlos Benito Butrón Ochoa. Este voto manifiesta que, al no tratarse de una derogación expresa de las normas convencionales, se hace necesario respetar la negociación colectiva, no debiendo ser suprimidos o modificados por el Real Decreto-Ley 6/2019 los preceptos convencionales.

Este magistrado recalca que con las alegaciones de los demandantes, apoyadas en los fundamentos jurídicos del Auto del Tribunal Constitucional 85/2011, de 7 de junio del 2011, pretenden recordar la forma en la que los Decretos-Ley pueden incidir sobre derechos fundamentales. También se pretende visibilizar la doctrina constitucional sobre prohibición de afectación por parte de dichas normas, que se extiende no solamente a los derechos de protección reforzada -como pueden ser la libertad sindical en la negociación colectiva- sino que comprende a todos los del título I de la CE, prohibiendo también que la intervención normativa y regulación alcance su contenido esencial. Dirime así que *“a priori”* no se podrá mediante un Decreto-ley suspender, modificar o suprimir los derechos recogidos en un Convenio Colectivo, ya que en caso contrario estaríamos ante una afectación al derecho de libertad sindical en la negociación colectiva.

Acogiendo el planteamiento de los demandantes, se analiza la constitucionalidad de considerar derogado el precepto convencional. No obstante, tras un concienzudo análisis del ATC 85/2011 de 7 de junio, cabría destacar lo expuesto en los fundamentos jurídicos 7º y 8º. En ellos, se dispone en primer lugar que no cabe realizar una interpretación extensiva o expansiva del principio de no afectación dado que ello, en palabras del TC *“sustenta en una idea tan restrictiva del Decreto-ley que lleva en su seno al vaciamiento de la figura y la hace inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquiera aspecto concerniente a las materias incluidas en el título I de la Constitución sin más base interpretativa que el otorgamiento al verbo 'afectar' de un contenido literal amplísimo”*, y, por tanto, esto

consecuentemente provocaría *“la inutilidad absoluta del Decreto-ley, pues es difícil imaginar alguno cuyo contenido no afectase a algún derecho comprendido en el título I”* CE (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8). Se admite así que la no afectación ha de tener límites para no dar lugar a una inutilización del Decreto-ley. Estos límites serán la regulación del *“régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I CE”* o *“que se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos”* (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8). Teniendo en cuenta una sentencia similar en la que se estableció que la afectación al derecho a la negociación colectiva (art. 37 CE) iba a implicar consigo el de libertad sindical, se procede al análisis de los límites del derecho a la negociación colectiva. De esta se extrae que el núcleo sobre el que gira el derecho de negociación colectiva es, por un lado, la negociación colectiva laboral entre empresarios y representantes de los trabajadores y, por otro, la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos.

El Tribunal Constitucional, en este sentido, entiende que para valorar si se produce afectación, se deberá dirimir si un Decreto-ley está regulando el régimen general de la negociación colectiva, o si está limitando la fuerza vinculante del Convenio Colectivo en general o en particular del Convenio aplicado al caso. A continuación, el Tribunal Constitucional realiza una alegación que consideramos esencial y fácilmente extrapolable al caso actual: *“la intangibilidad o inalterabilidad no puede identificarse, ni, en consecuencia, confundirse, como se hace en el Auto de planteamiento de la cuestión, con la fuerza vinculante del convenio colectivo, lo cierto es que, como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal, del art. 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida (STC 210/1990, de 20 de diciembre, FFJJ 2 y 3), insistiendo el Tribunal en el contexto de esta declaración, en que, en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario”*. (ibídem en el mismo sentido, SSTC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4; 171/1989, de 19 de octubre, FJ 2; 92/1994, de 21 de marzo, FJ 2; y 62/2001, de 1 de marzo, FJ 3; ATC 34/2005, de 31 de enero, FJ 5).

Este auto, por todo ello, de algún modo está determinando que en ningún caso se puede sostener una vulneración del derecho a la negociación colectiva por que un Real Decreto-ley suponga la derogación de un precepto convencional. Como entendió el Tribunal Constitucional, no cabe equiparar intangibilidad a fuerza vinculante, ya que la intangibilidad no es un presupuesto del derecho de negociación colectiva, pues de hecho el convenio colectivo puede verse derogado o modificado por la ley.

A continuación, afirma el voto particular que del artículo 30 del Convenio Colectivo, tanto de la actual versión como de la anterior, se extrae una clara

voluntad de mejora del permiso de suspensión legalmente establecido cuando dispone el mismo artículo "*además del permiso legalmente establecido, se disponga de tres días naturales desde la fecha en que se produzca el parto*". También ocurría lo mismo en la versión anterior, que señalaba que "*además de esos trece días, dispondrá de tres días naturales contados desde la fecha en que se produzca el parto*". Por ello, el magistrado constata la voluntad manifiesta del Convenio de mejorar en cualquier caso a la legalidad vigente. Este magistrado extrae el sentido que quisieron dar las partes con respecto del convenio, llevando a cabo una interpretación integradora del convenio con respecto de la ley.

De esta manera, pese a que del sentido literal cabría extraer un conflicto de normas, al llevar a cabo una hermenéutica de la intención de las partes más allá del sentido literal del convenio, aduce que en este caso, al no contradecir la normativa convencional el derecho legal de mínimos, se acudirá a su mejora. El análisis del voto particular finaliza dirimiendo que ambos derechos deben ser compatibles, el de suspensión del contrato a cargo de la Seguridad Social y el del permiso retribuido si esa era la intención de las partes negociadoras, y así debe ser su disfrute al margen de cómo se decida el cómputo.

No obstante, en este punto diferimos retomando lo ya avanzado, ya que consideramos que el derecho legal desborda claramente el convencional dado que está ofreciendo un beneficio mucho mayor para ejercer el derecho a la conciliación familiar. El fin del permiso retribuido convencional no era otro que mejorar el previsto legalmente, no obstante, en el momento en que se modifica el permiso legal, la situación se pasa a regir por un nuevo derecho de suspensión semanal del contrato a cargo de la Seguridad Social.

Por todo ello, sostenemos la incompatibilidad y conflictividad de estas normas, debiéndose aplicar la normativa legal como derecho de mínimos que prevalece sobre el convencional en caso de conflicto. Distinto sería que respetase el derecho de mínimos y lo mejorase, de acuerdo con su función complementadora.

2.2.2. Antecedentes de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2019

La segunda solución la ofrece la Audiencia Nacional en tres sentencias que fallan en sentido contrario a la posición mayoritaria del TSJ y, en consecuencia, en la línea del voto particular. Su línea argumental se basa en fomentar un disfrute conjunto de ambos derechos con base a la intención de los contratantes a la hora de interpretar un convenio; apoya su tesis en la teoría de que ambos derechos en controversia son distintos por tanto no cabe limitar uno en perjuicio del otro.

En la primera de ellas, la Sentencia de 29 de noviembre de 2019⁷, se discute la incidencia del Real Decreto-ley 6/2019 en la licencia reconocida en el artículo 30 del Convenio Colectivo interprovincial de Renault España 2017-2020, por nacimiento y adopción de hijos de cuatro días laborables, ampliables a seis naturales en caso de desplazamiento. El hecho que dio lugar a este litigio fue que, con la entrada en vigor del Real Decreto-ley, la Dirección de la Empresa comunicó a los trabajadores la supresión, por un lado, de la mejora del permiso retribuido del art 37.3.b del ET, licencia que queda derogada, ya que desde el parto el contrato del padre queda suspendido con prestación de la Seguridad Social; y por otro lado, la equiparación del permiso de suspensión del contrato de trabajo, sin olvidar el régimen transitorio de adaptación de este.

Ante esta postura varios sindicatos instaron un procedimiento de conflicto colectivo para que se reconozca lo siguiente:

Por parte de CCOO, se pretende la vigencia del derecho a disfrutar del permiso retribuido del artículo 30 del Convenio Colectivo, el cual la empresa entiende derogado. A su vez, instan a que se reconozca su disfrute a continuación del período de suspensión del contrato. Por parte de UGT, se pide que se reconozca este permiso convencional a todo trabajador o trabajadora desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, así como su disfrute posterior a la suspensión del contrato. Por otro lado, SCP demanda que se declare aplicable el precepto convencional con carácter retroactivo. Y, por último, CGT solicita que se declare aplicable el artículo 30 del Convenio Colectivo, otorgando a las partes empresario y trabajador la posibilidad de concretar el momento de su disfrute.

En primer lugar, convendría mencionar que es doctrina consolidada el hecho de que por medio de una demanda de conflicto colectivo no cabe instar la modificación de un Convenio. En este sentido, las únicas pretensiones viables en un procedimiento de conflicto colectivo son las relativas a la aplicación o interpretación de una norma, no cabiendo instar la modificación de ella como aquí al parecer pretende CGT, pues el momento de su disfrute ya lo determina el mismo Convenio. Para ello, se debería modificar el Convenio por los cauces legales y no por medio de este procedimiento.

La defensa por parte de la empresa se sustenta sobre varios pilares. El primero se refiere a que la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019 provocó la desaparición del permiso retribuido, es decir, el permiso que mejora el artículo 30 del Convenio Colectivo. El segundo pilar se basa en lo dispuesto en el artículo 30.i del Convenio, el cual hace mención a: *“1) Finalidad de la concesión de permisos o licencias. Las licencias y permisos retribuidos se concederán únicamente para el cumplimiento de los fines que los motiven, de suerte que, si dichos fines fueran*

⁷SAN de 29 de noviembre de 2019, Rec. 221/2019, ECLI: ES:AN:2019:4478.

cumplidos dentro de un período de inactividad laboral, cualquiera que sea su causa, no podrá solicitarse la expresada concesión una vez reintegrado el trabajador al trabajo ni tendrá derecho a reclamar compensación alguna por tal concepto. Se exceptúa de la norma anteriormente indicada el caso en que coincida el motivo que asigna la licencia con el período de vacaciones (...)".

De aquí se extrae claramente que la empresa entiende que, partiendo del carácter finalista del permiso retribuido, de aceptarse su vigencia en cuanto a precepto convencional, no cabría su aplicación ya que el artículo 48 ET sobre suspensión por nacimiento vacía de contenido al mismo derecho. Dicho de otra manera, se cumple con creces el ejercicio del derecho a la conciliación laboral, haciéndose innecesario el disfrute de la licencia retribuida. Cabría incluso mencionar que ya el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de enero 2008⁸, expuso que el disfrute de estos permisos debía ser inmediato para no desnaturalizarlos, debido a que su fin es que se ejerza inmediatamente después de que se produzca el hecho causante por la elevada carga de sentimientos y significado que tiene el nacimiento.

Los sindicatos, por el contrario, defendían sus pretensiones apoyándose en el carácter de fuente del derecho de la negociación colectiva, esgrimiendo que una Ley no puede provocar, sin mención expresa, la derogación de un precepto convencional. Consideramos que estas afirmaciones son parcialmente válidas, pues si bien reconociendo íntegramente el avance y legalidad del derecho a la negociación colectiva, ya en lo expuesto anteriormente con ocasión del análisis de la sentencia del TSJ del País Vasco se constató que un Convenio Colectivo está sometido al imperio de la ley no pudiendo aquel contravenirla. Así, en ningún caso se puede sostener una vigencia del Convenio *ad infinitum* ya que está sometido a los derechos legales de mínimos.

2.2.3. La concurrencia pacífica y hermenéutica de ambas normas

La Audiencia Nacional en esta sentencia soluciona el conflicto razonando que, ante la concurrencia de dos normas de Derecho Laboral, una norma convencional y otra legal, hay que aplicar, de acuerdo con el art 3.3 del ET, el principio de norma más favorable siempre que se respeten los mínimos de derecho necesario. La argumentación de la Audiencia Nacional expone el siguiente ideario: *"Nos hallamos ante un supuesto de normas legales que fijan condiciones mínimas. En estos supuestos la Ley, sin intención de plenitud o monopolio, se limita a fijar unas condiciones «mínimas», que en cuanto a tales son también imperativas, pero que, precisamente en cuanto mínimas, dejan abierta la posibilidad de ser elevadas o mejoradas por otras normas, básicamente por los convenios colectivos"* (Fundamento jurídico 4º). El planteamiento que sigue la Audiencia Nacional parte de

⁸ STS de 17 de enero de 2008, Rec. 24/2007, ECLI:ES:TS:2008:1500.

que la Ley fija unas condiciones laborales, las cuales, a su vez, se ven mejoradas por el permiso retribuido por nacimiento del Convenio Colectivo.

Conviene recordar que es un hecho probado, como subraya la Sala, que *“estas licencias se han venido concediendo a trabajadores cuando se produce el hecho causante”*. Ello a mi parecer, no hace más que reforzar la idea de incompatibilidad, puesto que con la llegada del Real Decreto-ley surge un nuevo régimen que absorbe el contenido del anterior, puesto que obliga al progenitor a ver su contrato suspendido desde el nacimiento (hecho causante).

De aceptar su vigencia, adhiriéndonos a los argumentos desarrollados por la empresa, consideramos que claramente se cumple la finalidad para la que está previsto el permiso retribuido en virtud del reformado artículo 48 ET, que ofrece una suspensión del contrato por dos semanas según el régimen transitorio. De manera que si la finalidad de la licencia era ofrecer una inactividad durante seis días al progenitor permitiéndole conciliar la vida familiar y laboral, este nuevo régimen de dos semanas está cumpliendo con creces su finalidad. Añadiríamos incluso que de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, confirmada en la recentísima sentencia STS de 17 de marzo del 2020⁹ afirmó que *“cuando el hecho causante sucede en un día no laborable –festivo o día establecido como no laborable en el calendario laboral- la finalidad y la propia esencia del permiso fuerzan a que tenga que iniciarse al siguiente día laborable inmediato”*. Por tanto, el TS insiste en un disfrute inmediato, el cual queda vaciado de contenido con la suspensión del contrato del artículo 48 ET.

Observando que en la disposición derogatoria única no se menciona que se deroguen expresamente normas convencionales que mejoren lo establecido en el ET modificado, este tribunal acepta la aplicación conjunta de ambas normas, entendiendo que en ningún caso el precepto convencional está contradiciendo el derecho mínimo legal, por lo que debe mantenerse. Argumenta apoyándose en jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como en pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la posibilidad de que las normas del Convenio Colectivo mejoren los mínimos legales, debiendo siempre *“respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, que no es sino una manifestación más del principio de jerarquía normativa y de su plasmación en la ordenación de fuentes del Derecho Laboral lo que en absoluto conculca el derecho a la negociación colectiva (art.37.1 CE) como se ha encargado de precisar en numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional (especialmente, en la STC 210/1990, de 20 de diciembre, con cita de SSTC 58/1985 , 177/1988 y 171/1989)”* (Fundamento Jurídico 4º).

Ello provoca que, a ojos del tribunal, la supresión del permiso retribuido del ET no signifique que la norma convencional que lo mejoraba pueda verse derogada

⁹ STS de 17 de marzo del 2020, Rec. 221/2019, ECLI: ES:AN:2019:4478.

sino que, al ser fuente del Derecho Laboral, estando vigente da lugar a derechos y obligaciones. Precisa la Sala que esta norma se perpetuará como fuente del Derecho mientras conviva pacíficamente con la legislación vigente, es decir, mientras no contradiga las disposiciones legales de derecho necesario, no siendo este el caso con la introducción del permiso de suspensión del contrato. Mientras tanto, el derecho al permiso retribuido deja de tener sustento legal ya que ese mínimo quedó derogado, pasando a regirse por lo dispuesto en la regulación convencional autónomamente.

Parece poco defendible el que estemos ante una contravención del derecho de mínimos en este caso, si bien la normativa convencional no determina el momento del disfrute del permiso retribuido expresamente. No obstante, en base al espíritu del Convenio Colectivo cuando se refiere al "*marco normativo laboral*" así como a la finalidad de los mismos, y a que es un hecho probado que se disfrutaba de dicho permiso una vez se producía el nacimiento, aquí sí se podría sustentar una incompatibilidad en el disfrute de ambos preceptos provocando que no se pueda aplicar el precepto convencional por contradecir el derecho de mínimos. Por otro lado, queda claro que tal y como dispone el artículo 30.i del Convenio Colectivo, esta licencia es finalista y, de cumplirse el fin en un periodo de inactividad laboral, dicho permiso deja de tener sentido. Por todo ello, una vez se cumplen las semanas de suspensión del contrato, se habrá superado el fin de dicha licencia, el cual no deja de ser otro que la conciliación.

A su vez, la Audiencia Nacional apoya su tesis en reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que entiende que en cualquier litigio sobre medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, como puede ser el pleito en cuestión sobre el Real Decreto-ley 6/2019, la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras, así como la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), han de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto. Dicho en otras palabras, "*queda claro que la dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral determina que la normativa aplicable haya de interpretarse siempre del modo más favorable al efectivo ejercicio de los mismos, neutralizando así también una posible discriminación indirecta por razón de sexo.*" De esta manera, cualquier disputa normativa sobre conciliación de la vida familiar y laboral siempre ha de resolverse en favor de su ejercicio efectivo.

Aquí surgen dos vías de pensamiento: por un lado, una que contempla que se logra efectivamente la conciliación dedicando las primeras semanas al cuidado de recién nacido y que basta con el marco legal actual de suspensión del contrato; y, por otro lado, quienes opinan que la conciliación no se agota con la suspensión por semanas del contrato, pues dura los primeros doce meses desde el nacimiento. Es decir, una visión extensiva frente a otra más restrictiva. Creemos que basta con

un régimen de suspensión para satisfacer el régimen de conciliación ya que el progenitor tiene dos semanas obligatorias pero puede hacer uso de hasta seis más según le permite el régimen del caso en concreto en ese momento. Consideramos así que el derecho de conciliación se logra efectivamente y de manera exitosa con la suspensión sin ser necesario ampliar ese plazo permitiendo acceder a las licencias retribuidas amparándose en un ejercicio efectivo de la conciliación.

La Audiencia Nacional por contra sostiene que deberá aplicarse el precepto convencional sobre el permiso retribuido, y por ello a continuación se hace necesario dirimir su modo de aplicación, es decir, su ejercicio de forma compatible y efectiva. Respecto a la interpretación del Convenio Colectivo, el TS ha sentado como doctrina que, al ser una norma mixta -precepto de origen convencional y con eficacia normativa-, deberá atenerse a las reglas sobre hermenéutica de normas jurídicas y a aquellas sobre interpretación de contratos, es decir, los artículos 3, 4 y 1281 a 1289 del Código Civil. Deberán combinarse criterios de interpretación de normas jurídicas, como son contexto histórico y la realidad social, junto con lo pactado, debiendo *“combinarse los criterios de orden lógico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes”*.

La Sala determina que tanto la suspensión por nacimiento como el permiso retribuido podían disfrutarse de manera compatible, lo que le lleva al razonamiento de que no se puede sostener que la novedad legislativa vacíe de contenido el permiso, de acuerdo con el art 30.i Convenio Colectivo. Por otro lado, destaca que los derechos de suspensión del contrato y el de permiso retribuido son derechos de distinta naturaleza, ya que uno permite disfrutar de unos días de descanso a cargo del empresario y otro permite una suspensión del contrato de trabajo, sin obligación retributiva para el empresario pero con cobertura prestacional por la Seguridad Social, si se cumplen los requisitos para ser beneficiario del mismo. Ello conduce a sostener que ambos derechos se han de disfrutar plenamente, sin que pueda ser suprimido el contemplado en el Convenio, cuya finalidad sigue estando plenamente vigente. De esta manera, el referenciado artículo 30.i del Convenio Colectivo no se cumple, al no satisfacerse la finalidad con el disfrute de un derecho u otro, en tanto en cuanto sus finalidades son distintas al tratarse de distinto derecho. Por último, declara la viabilidad del disfrute del permiso una vez finalice la suspensión, ya que en el Convenio Colectivo no se ofrece ninguna fecha de disfrute.

Dirime que haciendo una interpretación del compendio convencional, queda claro (al margen del momento del disfrute) que los negociadores firmantes quisieron que se pudiesen ejercitar ambos derechos, especialmente sabiendo que en el momento que se suscribió el Convenio Colectivo ya existía una suspensión del contrato por paternidad. La suspensión era de cuatro semanas cuando el Convenio entró en vigor, conforme preveía el artículo 48.7 ET, que determinaba, en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d) ET, el derecho del trabajador a la

suspensión del contrato por paternidad durante cuatro semanas ininterrumpidas. A su vez, se aprecia que el Convenio no revela la voluntad de excluir el permiso retribuido por una modificación legal como la que acaeció. Todo ello lleva a la Audiencia Nacional a considerar aplicable el artículo 30 del Convenio, estimando íntegramente las pretensiones de SCP.

Con todo, a mi parecer, cuando el convenio habla de “*finalidad*” alude textualmente a “*finés que lo motiven*”, por lo que nos inclinamos a pensar que el fin que motiva solicitar una licencia es el cuidado del niño, independientemente de quien pague el salario, la Seguridad Social o el empresario, carácter finalista que no adquiere suficiente relevancia en el fallo. Consideramos que, si bien cada derecho cuenta con distinto régimen, ambos protegen el mismo bien jurídico que es el cuidado del niño. Adoptar como criterio determinante quién paga el salario, si es el empresario o no, parece que se separa de la finalidad expuesta en el art 30.i del Convenio Colectivo. Por último, se comenta que la voluntad de las partes negociadoras era el disfrute conjunto de ambos derechos al preverse en aquel momento ya una suspensión del contrato, no obstante me surgen dudas en este aspecto, pues en aquella época el derecho de suspensión por cuatro semanas era voluntario, si bien ahora con el Real Decreto-ley es mayor y adquiere el carácter de obligatorio.

2.2.4. Un paso más allá: sentencias posteriores de la Audiencia Nacional.

Posteriormente surgen dos nuevas sentencias de la misma Sala de la Audiencia Nacional, ambas redactadas sobre la base del pronunciamiento de la anteriormente citada de 29 de noviembre de 2019.

Por orden cronológico, cabría en primer lugar referir a la Sentencia de la AN de 21 de febrero de 2020¹⁰. Casi tres meses después del caso Renault, surge un pleito muy similar. El asunto vuelve a girar en torno a la compatibilidad o incompatibilidad del permiso retribuido con la ampliación de la suspensión del contrato que supuso el Real Decreto-ley 6/2019. En este caso, CCOO interpone demanda de conflicto colectivo frente a ENAIRE y AENA, adhiriéndose a la misma UGT y USO.

Por parte de AENA se solicita que se desestime la demanda aduciendo que, al no deberse entender el precepto convencional por derogado, el disfrute del precepto convencional y de la suspensión del contrato por mor del artículo 48 ET es imposible, habiendo una clara incompatibilidad. Por parte de ENAIRE, el Abogado del Estado añadió que sí suponía una derogación tácita de la norma del Convenio,

¹⁰ SAN de 21 de febrero de 2020, rec. 275/2019, ECLI: ES:AN:2020:3.

ya que devenía incompatible con la norma legal de suspensión del contrato de trabajo, y a su vez planteó como pretensiones subsidiarias las expuestas por AENA.

Respecto de la primera pretensión, el fallo se remite a la Sentencia de la AN anteriormente citada del asunto Renault para declarar que no puede verse derogado dicho precepto, recordando conceptos como la concurrencia pacífica de normas en el sistema de fuentes del ordenamiento laboral, el respeto al derecho de mínimos y el principio “*pro conciliación*” a la hora de interpretar dos normas. El conflicto se soluciona admitiendo una concurrencia pacífica, y por tanto debiendo aplicarse el precepto convencional.

Respecto de la segunda pretensión, la AN recuerda la doctrina general, establecida por el Tribunal Supremo¹¹, sobre interpretación del Convenio Colectivo, derivado de su naturaleza mixta, contractual y normativa, en los siguientes términos: *“la interpretación de los mismos debe hacerse utilizando los siguientes criterios: La interpretación literal, atendiendo al sentido literal de sus cláusulas, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes (arts. 3.1 y 1281 CC ; STS 13 octubre 2004, Rec. 185/2003). La interpretación sistemática, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (arts. 3.1 y 1285 CC). La interpretación histórica, atendiendo a los antecedentes históricos y a los actos de las partes negociadoras (arts. 3.1 y 1282 CC). La interpretación finalista, atendiendo a la intención de las partes negociadoras (arts. 3.1 , 1281 y 1283 CC). No cabrá interpretación analógica para cubrir las lagunas del convenio colectivo aplicable (STS 9 abril 2002, Rec. 1234/2001). Y los convenios colectivos deberán ser interpretados en su conjunto, no admitiéndose el “espiguelo” (STS 4 junio 2008, Rec. 1771/2007)”*.

Por todo ello, sentadas las bases interpretativas de los Convenios Colectivos, el principio de procurar el ejercicio más favorable de la conciliación, y por último el del art. 1284 CC (en casos de múltiples interpretaciones posibles, se ha de aplicar el sentido más adecuado para que produzca efectos el precepto), la AN procede a estimar la demanda con base en dos razones:

En primer lugar, por entender que, al contrario de lo que propugnan las empresas, este precepto del Convenio admite varias interpretaciones o sentidos, admitiendo al menos dos. De un lado, la que sostiene la parte demandada cuando alude a que *“el primer día de disfrute del permiso ha de coincidir con la de inicio del hecho causante con independencia de que en el mismo exista o no una obligación efectiva de prestar servicios”*. De otro lado, la otra interpretación posible es la que entiende que el derecho de ausentarse significa que hay una obligación de presencia el día que empieza el permiso, es decir, el *dies a quo* será aquel que se corresponda con el último día de prestación de servicios. Así, comenzaría el

¹¹STS de 22 de octubre 2019, Rec. 78/2018, ECLI: ES:TS:2019:3604.

cómputo el día después del hecho causante cuando surge la obligación efectiva de prestación de servicios. Dicho en palabras del Tribunal Supremo, “consecuentemente, si el día en que se produce el hecho que justifica el permiso no es laborable es claro que no se inicia el permiso por matrimonio, nacimiento de hijo o fallecimiento de familiar hasta el primer día laborable que le siga¹²”. Considera este tribunal que la interpretación más adecuada es la de los demandantes, ya que la primera iría en contra del artículo 1284 CC, impidiendo que produjera efectos. Sería imposible de acuerdo con su interpretación el disfrute de ambos derechos, lo que le lleva a aplicar la segunda interpretación.

La segunda de las razones parte de aplicar una interpretación finalista al precepto convencional. El tribunal llega a esa conclusión ya que entiende que el permiso retribuido que redactaron las partes negociadoras en su momento, fecha en la que estaba vigente la suspensión por paternidad, consistía en que el empresario asumiera unos días en los que le iba a pagar al trabajador y le permitiría el descanso, fomentando así la conciliación y ofreciéndole la posibilidad de cuidar al hijo recién nacido. A su vez, el concepto de nacimiento, según el ET en su artículo 48.4, no solo aglutina el parto, sino también el cuidado del menor de doce meses. Por tanto, aun habiendo expirado el plazo de suspensión previsto, subsiste la necesidad de cuidado del menor. De esta manera, el tribunal llama la atención y, al contrario de lo que señala el TSJ del País Vasco, determina que no es verdad que una vez transcurrido el plazo de suspensión se haya cumplido con la finalidad del artículo, ya que el cuidado del menor abarca hasta los doce meses.

En mi opinión, no cabría sustentar una concurrencia pacífica entre normas en la medida en que el Convenio Colectivo dice claramente que el permiso retribuido comenzará cuando se produzca el nacimiento. Por ello, al igual que en relación a la Sentencia del TSJ del País Vasco, una solución habría sido acudir al procedimiento de impugnación del Convenio Colectivo, partiendo de que este precepto estaría siendo ilegal y contraviniendo un derecho de mínimos, al existir una incompatibilidad entre ambos derechos. No considero del todo razonable sostener que la conciliación no se alcanza con la suspensión del contrato, y que sea necesario añadir el permiso retribuido. Considero que la ley cuando introduce el concepto de “*cuidado del menor de 12 meses*” hace referencia no a un permiso durante doce meses, o a una conciliación durante 12 meses sino a un límite de edad, de manera que hasta los doce meses podrá ejercitarse este derecho de conciliación.

Por último, hasta la fecha la Audiencia Nacional ha dictado una tercera sentencia, consolidando una línea de enjuiciamiento respecto de la aplicación del permiso por nacimiento y la suspensión del contrato de trabajo. En esta Sentencia de 5 de marzo de 2020¹³, CCOO, en consonancia con el resto de procedimientos ya

¹²STS de 13 de febrero de 2018, Rec. 266/2016, ECLI: ES:TS:2018:745.

¹³SAN de 5 de marzo de 2020, Rec. 278/2019, ECLI: ES:AN:2020:693.

analizados, solicitaba que se declarase el disfrute del permiso retribuido mejorado convencionalmente, después del disfrute de la suspensión del contrato de trabajo en virtud del artículo 48.4 ET. Niega que el Real Decreto-Ley 6/2019 pueda suponer una derogación del permiso mejorado por convenio y que, desde la entrada en vigor de la norma, se vino privando a los trabajadores de ese permiso retribuido. UGT entendió siguiendo lo estipulado por CCOO que, en efecto, se debía reconocer el disfrute de ambos permisos, añadiendo que se hiciese con carácter retroactivo desde el pasado 8 de marzo de 2019, día siguiente al de publicación del Real Decreto-ley 6/2019 y, por tanto, día de entrada en vigor de determinados preceptos del mismo. Se adhiere a la puntualización de CCOO y añade que no solo no puede verse derogado el precepto convencional, sino que se modificó parcialmente en febrero de 2018 cambiando día hábil por laborable.

Por otra parte, la demandada (Compañía Logística de Hidrocarburos) sostiene que creer que puede seguir vigente el precepto convencional que mejora un derecho legal derogado equivaldría a permitir un espiguelo contrario al 3.3 ET. A su vez, de admitirse su vigencia, sostiene que la incompatibilidad con el artículo 48.4 ET es manifiesta.

En cuanto a la derogación del precepto convencional, la Sentencia se remite a los asuntos ya vistos de Renault y AENA. Reproduciendo extractos de la sentencia del caso Renault, en la que se determina de aplicación preferente el principio de norma más favorable o la jurisprudencia constitucional sobre interpretación *pro conciliación* laboral de las normas, este tribunal se mantiene en su línea interpretativa y declara que no cabe entender derogado este precepto.

Para resolver la segunda cuestión, sobre la compatibilidad o no de los derechos, el tribunal hace uso de lo expuesto en la sentencia de febrero de 2020, reiterando la doctrina del Tribunal Supremo sobre interpretación de preceptos convencionales, la naturaleza mixta de los mismos, el principio *pro conciliación*, y el artículo 1284 CC, de manera que la interpretación en caso de polisemia ha de buscar el sentido más adecuado para que produzca efectos. Siguiendo así lo enjuiciado en la anterior sentencia y reflejando el mismo esquema seguido en febrero de 2020 y en el caso Renault, se estima la demanda bajo las mismas conclusiones. Estimando la demanda de los sindicatos, declara el disfrute de ambos permisos compatible y reconoce el derecho a aplicar retroactivamente la licencia retribuida a los trabajadores.

III. CONCLUSIONES

El 7 de marzo de 2019 tuvo lugar la publicación de una norma que significó un gran avance de cara a la corresponsabilidad entre hombres y mujeres. De esta manera se daba un paso más en el camino de la equiparación de derechos. Se publica el Real Decreto-Ley 6/2019, normativa que, en lo que aquí respecta, eliminaba el descanso retribuido por nacimiento y equiparaba el nuevo régimen de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento para los hombres respecto de las mujeres. Así no sólo la mujer vería su contrato suspendido por nacimiento sino que también se le obligaría al varón. Es cierto que es una norma que ha recibido críticas desde todos los sectores, no obstante, en cualquier caso, todo paso hacia la igualdad real y efectiva exigida por la Unión Europea y nuestra Constitución es necesaria, si bien queda mucho por hacer.

Esta normativa originó una serie de conflictos muy similares, sino idénticos, que han materializado un conflicto de fuentes e interpretación del Derecho Laboral. La problemática reside en acoplar el nuevo régimen de suspensión del contrato de trabajo para ambos progenitores en una regulación preexistente que para los varones no la preveía, surgiendo dos posturas antagónicas emanadas de distintos órganos jurisdiccionales. Por un lado, identificamos una postura restrictiva, desfavorable a permitir el ejercicio de la suspensión del contrato y la licencia retribuida conjuntamente. Por otro lado, surge la postura contraria que sostienen los sindicatos, postura favorable al disfrute conjunto de ambas.

Esta primera postura es avalada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, convencido de la incompatibilidad entre ambas normas. Sostiene que la incompatibilidad es manifiesta ya que ambos se disfrutan con el nacimiento y el derecho legal de mínimos, con prioridad sobre el convencional, determina un derecho de suspensión del contrato por semanas, lo cual dejaría inaplicable el permiso retribuido. Considero que esta interpretación es adecuada, pues el Convenio Colectivo está sometido a la normativa legal y por tanto cualquier conflicto con ella se ha de saldar prevaleciendo la ley sobre el precepto del convenio.

Por otro lado, ahondando en otras posibilidades de defensa jurídica, valoramos la opción de la empresa de haber previamente iniciado un procedimiento de impugnación del convenio. Se trataba de, con carácter alternativo, plantear que fuera la empresa quien una vez entra en vigor el Real Decreto-ley instase una impugnación del precepto convencional por contravenir la normativa legal de mínimos, en lugar de esperar a que fueran los sindicatos quienes instasen un conflicto colectivo.

La corriente opuesta tiene como precursor el voto particular del magistrado Don Juan Carlos Benito Butrón Ochoa de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco anteriormente citada. Este magistrado aboga por el

mantenimiento del precepto convencional, pues advierte de una posible vulneración del derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical, debiéndose por tanto respetar el contenido esencial del convenio. Aspira a una interpretación voluntarista, de manera que superando la literalidad se deberá aplicar la mejora convencional ya que así quisieron las partes negociadoras. De nuevo surge la dicotomía literalidad frente a intención de los negociadores.

Avanzando en una visión favorable a la compatibilidad entre ambos preceptos y su disfrute conjunto, la Audiencia Nacional dicta varias sentencias de gran relevancia que consolidan un enjuiciamiento opuesto al del Tribunal Superior de Justicia. En estas sentencias, se aboga por la compatibilidad de ambos preceptos, acudiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que consolida el principio de que cuando se duda de la interpretación de dos normas, siempre se deberá promover la interpretación más favorable al ejercicio efectivo de la conciliación. Sustenta su interpretación en la idea de que la conciliación debe durar doce meses legitimando la necesidad de compatibilizar ambos permisos.

No obstante, ello resulta para mi demasiado extensivo ya que la ley contempla que el nacimiento comprende el cuidado del menor de doce meses (art. 48.4 ET). Considero que esa referencia alude a que el plazo para ejercitar los derechos de la conciliación será durante los primeros doce meses desde el nacimiento del hijo, sin que ello signifique que el derecho a la conciliación deba necesariamente abarcar dicho periodo. Es decir, no compartimos que para agotar la finalidad de la conciliación sea necesario disfrutar de ambos permisos. Estamos ante permisos de la misma naturaleza, no siendo relevante quien sea el pagador, sino el objeto de este derecho, el bien jurídico que protege.

En definitiva, visibilizado el conflicto existente en el que dos órganos jurisdiccionales interpretan el mismo problema jurídico de manera radicalmente distinta, se muestra necesaria la intervención del Tribunal Supremo que fije unos criterios y ofrezca solución a esta controversia.