

El permiso de paternidad y la suspensión del contrato de trabajo de la persona progenitora distinta de la madre biológica. Nueva perspectiva de la división de roles por género en las tareas de cuidado

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 98/2021, de 27 de enero](#), y su puesta en relación con la [Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre](#)

Manuel Martín Hernández-Carrillo

*Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga
De la Carrera Fiscal*

Extracto

El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, ha supuesto un punto de inflexión en la regulación de la suspensión del contrato de trabajo de la persona progenitora distinta de la madre. La norma, al equiparar la duración de dicho permiso con el de la madre, supone, sin ningún género de dudas, un avance en la perspectiva de dicho derecho, revisando la tradicional óptica de cuidado preferentemente asignado a la madre sobre la base de género, con sesgo discriminatorio.

Palabras clave: prestación por nacimiento y cuidado de menor; persona progenitora distinta a la madre biológica; suspensión del contrato; equiparación; discriminación; igualdad de género.

Cómo citar: Martín Hernández-Carrillo, Manuel. (2021). El permiso de paternidad y la suspensión del contrato de trabajo de la persona progenitora distinta de la madre biológica. Nueva perspectiva de la división de roles por género en las tareas de cuidado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 98/2021, de 27 de enero, y su puesta en relación con la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 134-140.

Paternity leave and the suspension of the biological mother's employment contract. New perspective on the gender division of roles in childcare

Commentary on Supreme Court Judgment 98/2021, of January 27,
and its setting in relation to Constitutional Court Judgment 111/2018,
of October 17

Manuel Martín Hernández-Carrillo

Abstract

Royal Decree-Law 6/2019, of March 1, has meant a turning point in the regulation of the suspension of the work contract of the parent other than the mother. The decree, that brings the duration of such leave equal to that of the mother, represents, without any doubt, an advance in the perspective of the said right, by reviewing the traditional scenery of childcare rather assigned to the mother on the basis of gender roles, with a discriminatory tendency.

Keywords: birth and childcare benefit; parent other than the mother; suspension of the work contract; discrimination; gender equality.

Citation: Martín Hernández-Carrillo, Manuel. (2021). Paternity leave and the suspension of the biological mother's employment contract. New perspective on the gender division of roles in childcare. Commentary on Supreme Court Judgment 98/2021, of January 27, and its setting in relation to Constitutional Court Judgment 111/2018, of October 17. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 134-140.

1. Marco legal. Voluntad del legislador y voluntad legislativa

El Real Decreto-Ley (RDL) 6/2019, de 1 de marzo, como se expondrá seguidamente, ha equiparado, en cuanto a su duración temporal, los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, por nacimiento y cuidado de menor, de la madre y de la otra persona progenitora distinta a la madre biológica. La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 98/2021, de 27 de enero, aborda una cuestión de interés derivada de la supresión del permiso por paternidad regulado en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores (ET), a saber, la vigencia o no de los permisos de paternidad previstos en los convenios colectivos como mejora de dicha previsión legal.

Y para el análisis del interrogante, se hace necesario un estudio retrospectivo del permiso por paternidad y su puesta en relación con la suspensión del contrato de trabajo en la redacción dada al artículo 48.4 del ET por el citado RDL 6/2019. Y a tal fin, se hace necesario traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 111/2018, de 17 de octubre.

2. Síntesis del supuesto de hecho y contextualización

La confederación sindical ELA presentó demanda de conflicto colectivo con el objeto de que se reconociera el derecho de las personas trabajadoras de la empresa Eusko Trenbideak-Ferrocarriles Vascos, SAU, a disfrutar de los 3 días de permiso por paternidad previstos en el artículo 30 del convenio colectivo de la empresa; precepto que la entidad empleadora negaba que estuviera ya vigente. La demanda de conflicto colectivo fue desestimada por 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) y frente a la misma se interpuso recurso de casación ante la Sala Cuarta del TS.

Análisis retrospectivo de la cuestión

El artículo 48.4 del ET (en su redacción dada por el art. 2.Doce RDL 6/2019) ha equiparado la duración de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de menores de manera que, manteniendo las 16 semanas respecto de la madre, amplía la duración de la suspensión de la persona progenitora distinta de la madre biológica, pasando de 5 a 16 semanas. Respecto de la madre, serán obligatorias las 6 semanas

ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de su salud. Y respecto de la otra persona progenitora, con idéntico régimen, serán obligatorias las 6 primeras semanas inmediatamente posteriores al parto, a los fines del cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el [artículo 68 del Código Civil](#).

3. Doctrina judicial

El Pleno del TC, en la [Sentencia 111/2018, de 17 de octubre](#), en relación con la [redacción anterior al RDL 6/2019 del artículo 48 del ET](#), proclamó que:

[...] la atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la Seguridad Social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón. La maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, que se refiere a la protección integral de las madres. Por tanto, las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre [...].

Dicha sentencia tiene, a juicio de quien suscribe, un trascendente voto particular (de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón) en el que se razona que la diferente regulación normativa entre los permisos para el cuidado de menores recién nacidos/as atribuidos a mujeres y a hombres es una diferencia basada en el sexo, esto es, en una de las categorías expresamente prohibidas en el [artículo 14 de la Constitución española \(CE\)](#).

Por ello, la magistrada disidente del parecer mayoritario del Pleno del TC razona que:

Analizar si tal diferenciación es constitucionalmente admisible a la luz del art. 14 CE hubiera exigido que el tribunal definiera, de modo distinto al que lo hace, cuál es la naturaleza «constitucional» de dichos permisos, es decir, cuál es el bien protegido, para determinar si la distinción establecida entre hombres y mujeres en el disfrute de los permisos está o no justificada, sometiendo esta evidente diferencia de trato al test de legitimidad, racionalidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto [...].

Y termina concluyendo que:

[...] el tribunal pierde la ocasión de vincular los permisos que buscan la conciliación personal, familiar y laboral con el disfrute del derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH [Convenio Europeo de Derechos Humanos]), derecho del que son titulares los progenitores, pero también, y a mi juicio, sobre todo, los niños y las niñas. Los

hijos y las hijas, sobre todo, en franjas de edad muy baja, no son responsabilidad preferente de su madre, ni el vínculo con ella merece un mayor grado de protección que el vínculo paterno-filial [...].

Y, en este sentido, se destaca el voto particular de dicha sentencia, porque la interpretación del TC «consolida una división de roles en el cuidado que puede y debe ser revisada, para adaptarla a una visión más actual y coherente con el artículo 9.2 CE, de lo que es la igualdad material entre los sexos».

En este contexto se promulga el antes citado [RDL 6/2019](#), en cuyo [artículo 2.Doce](#) se equipara el régimen jurídico, en cuanto a su duración, de los permisos para la madre biológica y para la persona progenitora distinta a la madre bajo la misma modalidad de suspensión del contrato de trabajo, con una duración de 16 semanas y la correlativa protección mediante la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en los [artículos 177 y siguientes de la Ley general de la Seguridad Social](#), también objeto de adaptación a la equiparación de la suspensión por el [artículo 4.Tres del RDL 6/2019](#).

Basta una primera aproximación al estado de la cuestión para hallar una clara conexión entre las admoniciones contenidas en el voto particular y el texto de la norma legal. No en vano, el preámbulo del [RDL 6/2019](#) proclama que la equiparación en la duración de la suspensión del contrato de trabajo atribuida a la madre y a la persona progenitora distinta de la madre 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.

4. Análisis crítico de la relevancia del asunto comentado

4.1. Del permiso de paternidad a la suspensión del contrato para la persona progenitora distinta de la madre biológica

Comparativamente con países del entorno europeo, esencialmente nórdicos e Islandia, la protección de la maternidad y su reflejo en el permiso por paternidad era de los más bajos de Europa, situándose en 2 días (permiso retribuido de «2 días por el nacimiento de hijo» –[art. 37.3 b\) ET de 1995](#)–).

Fue la [Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la que crea la causa de suspensión del contrato «por paternidad», añadiéndose al ET

en el artículo 48 bis como «la medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral», subrayando que se trataba de «un derecho individual y exclusivo del padre». Se remarca así el carácter intransferible de dicho derecho desde su creación, aunque la duración de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad era de 13 días, mientras que la duración de la suspensión por maternidad era de 16 semanas. Sucesivas modificaciones fueron progresivamente ampliando la duración de la suspensión del contrato por paternidad hasta 4 semanas, primero, y hasta 5 semanas, después.

Y ha sido el [RDL 6/2019](#) el que ha dado nueva redacción al [artículo 48.4 del ET](#), de manera que ha producido la equiparación de la suspensión del contrato de trabajo de la madre y de la persona progenitora distinta a la madre, hasta una duración idéntica de 16 semanas.

La equiparación se llevó a cabo de forma progresiva, pero desde el 1 de enero de 2021 es plena de conformidad con la [disposición transitoria decimotercera del ET, añadida por el RDL 6/2019](#).

El panorama actual ha llevado a España a la vanguardia en la duración de estos permisos, pues los supuestos de licencias/suspensión del contrato por paternidad en países nórdicos o Islandia alcanzan las 12 semanas y no están retribuidos hasta el 100 % del salario (lo están hasta el 80 %). Es cierto que en estos países del norte de Europa la suma de los permisos de la madre y de la otra persona progenitora tiene una duración superior a la prevista en España (32 semanas sumando ambos supuestos de suspensión). Pero para la [Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción \(PPIiNA\)](#), al ser transferibles los permisos de la persona progenitora distinta a la madre, «[los suele usar la mujer, lo que al final es una trampa](#)» por perpetuar el rol de cuidadora primordial de la figura materna.

No faltan voces que alertan sobre la carencia de medidas integrales de protección, pues 16 semanas suponen uno de los permisos maternos más cortos de la Unión Europea, «mientras que los padres van a disponer de uno de los más largos y mejor pagados del continente», lo cual no parece ser la solución perfecta para las tensiones existentes entre maternidad y mercado laboral:

Las mujeres a día de hoy van a seguir desprotegidas tras el permiso. Las que tengan más medios van a poder acceder a excedencias, mientras que el resto tendrá que elegir entre salir del mercado laboral para cuidar o reincorporarse ([Merino Murga, 2017](#)).

En este sentido, ya advertía el voto particular de la [STC 111/2018](#) de que:

Se trata de analizar por qué las medidas desarrolladas para compensar esa realidad social, destinadas fundamentalmente a las mujeres, no logran superar como debieran esa realidad y no aseguran la igualdad real de las mujeres en el acceso

al mundo laboral y su promoción dentro del mismo. Se trata de examinar por qué esas medidas no logran atajar el problema del desigual reparto de los desincentivos entre los hombres y las mujeres.

4.2. Doctrina judicial sentada: vigencia (¿yuxtaposición?) de los permisos de paternidad regulados en convenio colectivo con la suspensión del contrato

Como se subrayó *ut supra*, la suspensión del contrato (primero, por paternidad en su versión originaria y, después, de la persona progenitora distinta de la madre biológica) nació como derecho individual e intransferible, lo cual merece un juicio positivo. Imposibilidad de transferencia y plena equiparación en la duración de la suspensión suponen, sin ningún género de dudas, un avance en la perspectiva de dicho derecho, revisando la tradicional óptica de cuidado preferentemente asignado a la madre sobre la base de roles de género, con sesgo discriminatorio.

Mayores disfunciones plantea la previsión legal de que las 6 primeras semanas tengan que disfrutarse simultáneamente y que las 10 semanas restantes lo serán «en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo» con la empresa. Dicha previsión no garantiza suficientemente el derecho de «los padres» a hacerlo cuando y como ellos lo decidan: se trata de campo abonado a sutiles presiones a la persona progenitora distinta a la madre para que no agote las 10 semanas restantes o que lo haga a tiempo parcial, lo que generará, sin duda alguna, amplia litigiosidad. Letra pequeña de la norma que podría producir el efecto de perpetuar el estereotipo de madre preferentemente cuidadora. Habrá que estar, pues, al cuerpo de doctrina de los tribunales.

Con el panorama descrito, la [STS de 27 de enero de 2021](#) da respuesta al interrogante. Obviamente, el régimen de suspensión, tal y como ha sido establecido en el [RDL 6/2019](#), puede ser objeto de mejora convencional. Pero, si el convenio colectivo elaborado antes de su promulgación preveía mejora de las licencias previstas en el ET, ¿se entienden vigentes?

Dicha cuestión ha sido zanjada por el TS sobre la base de que:

[...] 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 2 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 [...] ([FJ 4.º 2](#)).