Academia de Ciencias Sociales y del Medio Ambiente de Andalucía

DISCURSO DE INGRESO DEL

EXCMO. SR. D. MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER

SEVILLA, 12 DE MAYO DE 2000

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer

Discurso de Ingreso en la
Academia de las Ciencias Sociales y del
Medio Ambiente de Andalucía

Fue para mí un honor, no exento de sorpresa, la propuesta formal de la presentación de mi candidatura al Pleno de esta Academia, así como la favorable y benevolente acogida de los miembros de la Corporación. A quién, como en mi caso tiene por profesión central el Derecho, pero que sin embargo siempre ha considerado que el sistema jurídico no es un sistema cerrado y autosuficiente, sino abierto a la sociedad y en relación permanente con otras ciencias sociales y humanas, le es de una especial satisfacción formar parte de una Academia pluri e interdisciplinar en la que no tiene duda podrá aprender mucho de sus compañeros de Corporación y aportar algo modestamente de lo que la perspectiva jurídica ofrece para el conocimiento de una dinámica social tan cambiante como la que vivimos en el tiempo presente.

Es tradición en este tipo de discursos que el nuevo académico haga elogio de aquel a quien viene a sustituir y ocupar la vacante por fallecimiento de éste. En mi caso, el elogio de los méritos científicos y humanos de ese virtual antecesor ha de ser sustituido por el elogio de los méritos de quienes fueron mis maestros y fomentaron mi vocación como jurista y como ciudadano comprometido. Soy heredero de una época muy especial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla y el magisterio y el ejemplo de los profesores de la época en la que fui estudiante y luego joven profesor conformaron mi forma de ser y de estar en la sociedad y en el campo del Derecho. Permítanme ustedes que entre las muchas personas que debería citar en este momento, me limite como botón de muestra a don Manuel Giménez Fernández en cuanto al compromiso con los valores democráticos y los derechos de la persona, y a Don Manuel Alonso Olea en cuanto mi vocación de estudioso del trabajo, más allá de los estrictos campos del Derecho, pues mi maestro Alonso Olea nos ha enseñado la importancia que la historia, el pensamiento político, la sociología y la economía tienen en las relaciones laborales.

Vengo a esta Academia en un momento en que mi tarea profesional se ha separado algo de mi vocación personal de docente universitario. Desde hace doce años no desempeño función docente más allá de los cursos de doctorado. Sin embargo, no he renunciado a mi tarea investigadora, ni a mi vocación de estudioso del Derecho, aunque en tareas distintas como la judicial constitucional durante nueve años y ahora la estrictamente consultiva en el Consejo de Estado. Una y otra institución son observatorios excepcionales de la evolución de la sociedad española y espero que la experiencia adquirida en estas tareas pueda ponerla al servicio de esta Ilustre Corporación.

Llego a la Academia con satisfacción, desde la diáspora madrileña. Me enorgullece continuar vinculado institucionalmente a mi tierra a través de mi nueva condición de académico. Expreso de nuevo mi agradecimiento a todos los miembros de esta Corporación por su entrañable acogida y manifiesto mi firme voluntad de no defraudar la confianza en mi depositada.

1. TRABAJO Y RESPONSABILIDADES FAMILIARES, DE LA INCOMPATIBILIDAD A LA COMPAGINACIÓN

Uno de los fenómenos sociales más significativos del siglo que acaba ha sido de la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo, dado el notable incremento de la participación de la mujer en la población activa. Ese hecho se ha visto acompañado de otro cualitativo más reciente, el de que cada vez menos mujeres, al formar familia, dejan de trabajar para dedicarse al cuidado del hogar y de los hijos. Hoy se va haciendo normal la permanencia en el mercado de trabajo de mujeres con responsabilidades familiares que alternan los cuidados familiares con el trabajo fuera del hogar[174].

[174] Ello se refleja en el hecho de que las tasas de actividad económica de hombres y mujeres por grupo de edad son cada vez más parecidas Cfr. OIT, "La protección de la maternidad en el trabajo", Ginebra, 1997, pag. 7

El modelo social tradicional de división social de tareas, en el que la mujer se ha ocupado predominantemente de las tareas familiares y el hombre de las tareas productivas, ha quebrado y las mujeres se han venido incorporándola mercado de trabajo en condiciones tendencialmente más igualitarias de inserción y de participación laboral, lo que está haciendo del mercado de trabajo un mercado cada vez menos masculinizado. Esa incorporación de la mujer al mercado de trabajo no se ha visto acompañada, en la misma proporción, de la modificación del modelo social de división de tareas en la familia: "además de participar en el mercado de trabajo, las mujeres continúan siendo las responsables principales de las tareas reproductivas de la sociedad. Es el fenómeno de doble jornada, del tiempo de trabajo y del no trabajo"[175].

La incorporación de la mujer con responsabilidades familiares al mercado de trabajo ha tenido aspectos sumamente positivos: manifiesta una mejora de la situación de la mujer en el mundo laboral, y ha sido un paso importante para igualar a mujeres y hombres en la vida profesional y económica. Al no haberse producido paralelamente esa igualdad en la vida familiar y privada, la incorporación al trabajo se hace manteniendo la mujer la mayor responsabilidad en la atención y cuidado de los hijos y de las personas dependientes de la atención familiar. Ello plantea, sobre todo a la mujer, problemas no resueltos de concordancia o compatibilidad entre familia y trabajo, que no puede ignorarse[176].

Las dificultades de compatibilizar el trabajo y las tareas familiares se han venido considerando durante mucho tiempo como un problema

---

[175] CASAS BAAMONDE, M.A. "Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo", RL, 1998, I, pag. 93

[176] En el caso español, aunque la tasa de actividad de las mujeres casadas menores de 25 años es más alta que la media europea, es sensiblemente más baja respecto a la de las casadas de más de 25 y 49 años, período de mayores cargas familiares; también es bastante mayor en otros países europeos la diferencia entre las tasas de actividad femenina de las casadas respecto a las solteras, uno y otro fenómenos son una muestra de la insuficiencia de las políticas de conciliación entre vida familiar y profesional. Vid. Datos al respecto en Instituto de la Mujer, "Comparativa España-Unión Europea: mujer y mercado laboral", Madrid, 1999, pag. 4 y ss.

privado y personal[177] ajeno al contrato de trabajo, a la problemática de la igualdad entre los sexos, a la responsabilidad de las organizaciones productivas y del conjunto de la sociedad.

Esa indeferencia hacia los inconvenientes que tienen las personas con tareas, cargas y responsabilidades familiares para compaginarlas con su trabajo, refleja un desinterés sistemático hacia la familia y hacia las tareas familiares, consideradas sin valor económico, fuera de mercado y de responsabilidad individual, sin tener en cuenta que la reproducción y la atención a la familia es una función social indispensable. Esa actitud refleja la una premisa, la de que la persona con responsabilidades familiares, fundamentalmente la mujer, debe permanecer fuera del mercado de trabajo[178].

Sin embargo, esa solución ya no es aceptable hoy, ni siquiera desde el punto de vista económico, pues el trabajo de la mujer resulta indispensable, tanto en el plano macroeconómico, como factor de producción, como en el plano macroeconómico, como fuente necesaria de la renta familiar, sin existir en buena parte de casos una opción real entre trabajar o dedicarse a la familia. La compatibilidad entre trabajo y responsabilidades familiares deviene también una exigencia del sistema económico y de las familias.

El reparto desigual de roles en la familia mas allá del hecho biológico de la maternidad y la lactancia, ha hecho que las dificultades de conciliar el trabajo con las tareas familiares haya venido siendo un importante obstáculo para la mujer en el acceso y mantenimiento del empleo y de promoción en el trabajo, y que sea una de las principales razones de la

[177] Ello desde la perspectiva, que destaca la jurisprudencia de que las obligaciones impuestas por los padres por el art. 154 CC, de velar por sus hijos, alimentarlos y tenerlos en compañía "son a lo sumo deberes típicos de un derecho privado especial" (STCT 22 Nov. 1985)

[178] Aún en 1976 se podía reconocer como valores dominantes en nuestro país "el del matrimonio como aspiración y fin normal de la mujer y el del reconocimiento y valoración de la función maternal femenina" por encima de sus tareas profesionales, ALCAZAR CARRILLO, R.L.. "La Seguridad Social y la protección a la familia en España", Madrid, 1976, pag. 47.

desigualdad que la mujer sufre respecto al varón en el mercado de trabajo.

Las dificultades reales para compatibilizar trabajo y tareas familiares están dando lugar a una menor atención a la familia y a las personas que necesitan cuidados en el seno de la familia, los niños o los ancianos, con actitudes de desapego, infravaloración o descuido de las tareas familiares. Un reflejo directo de este problema es la baja masiva de la tasa de natalidad, a corto plazo la respuesta más simple y cómoda para eludir las dificultades de conciliar vida laboral y vida familiar.

En suma, los efectos muy negativos a nivel individual y colectivo de las dificultades de conciliar trabajo y vida familiar constituyen un problema social en todos los países, en especial en las sociedades mas desarrolladas en las que se han conseguido mayores niveles de igualdad de la mujer en la vida laboral. Se ha acabado tomando conciencia del tema, y en numerosos foros internacionales se han venido exigiendo medidas que faciliten una mejor conciliación entre responsabilidades familiares y laborales.

2. LA PROTECCIÓN DE LA TRABAJADORA MADRE

La primera respuesta a los problemas de conciliar trabajo y familia, contenida ya en las primeras leyes laborales de comienzos de siglo, ha sido el establecimiento de reglas destinadas a la protección de la mujer durante el embarazo y la maternidad, con el objeto de proteger a la madre trabajadora, e indirectamente al niño y al lactante. Se trataba de medidas que presuponían una incompatibilidad entre embarazo y maternidad y ejecución del trabajo, y que trataban de asegurar pausas para lactancia, los permisos por maternidad, o el disponer que no terminaría el contrato a causa de la maternidad.

Haciendo eco de las primeras medidas nacionales, la Organización Internacional del Trabajo, desde sus inicios, trató de establecer unos criterios, principios y reglas sobre la protección de la maternidad, como estándares mínimos universales. A tal efecto dedicó al empleo de la mujer antes y después del parto uno de sus primeros Convenios, el núm. 3 de 1919, que contiene reglas para impedir a la mujer trabajar durante un período de seis semanas después del parto, para asegurar que reciba prestaciones suficientes para su manutención, y para conceder a la madre trabajadora que amamanta a su hijo un derecho a dos descansos de media hora para la lactancia[179]. Estas reglas se han incorporado a la mayoría de los ordenamientos nacionales desde aquellos años.

El Convenio núm. 3, como la normativa laboral de la época, diseñaba una protección especifica y diferenciada a favor de la mujer en razón de consideraciones biológicas, desde una lógica no muy distinta a la de las prohibiciones por ejemplo en materia de trabajo nocturno o frente a trabajos insalubres o peligrosos. No se buscaba facilitar a la mujer el acceso al trabajo en condiciones de igualdad con los varones, pues se acentúa incluso la diversidad de género, mediante una normativa específica de protección a la mujer, similar en muchos puntos a la existente en relación con menores y jóvenes. Además, la maternidad era vista como "estado patológico" asimilado, en sus efectos suspensivos, a

[179] El convenio num. 3 ha sido revisado por el Convenio 103 sobre la protección de la maternidad, de 1952, aunque todavía varios países no han ratificado esa revisión, manteniendo su vigencia el Convenio num. 3. El Convenio 103 amplia su ámbito a trabajos no industriales y agrícolas, reitera el derecho al descanso de maternidad ampliándolo a doce semanas como mínimo fijando el período de descanso obligatorio después del parto a no menos de seis semanas. Reconoce el derecho a recibir prestaciones en dinero y médicas y reitera el permiso de lactancia. El art. 5 declara ilegal el despido durante la ausencia por maternidad. El Convenio 103 se acompaña de la Recomendación 95 sobre protección de la maternidad que contiene previsiones sobre el descanso de maternidad, las prestaciones de maternidad, las facilidades para las mujeres lactantes y los hijos, la protección del empleo y la protección de la salud de las mujeres durante el período de maternidad. A su vez, está en curso la revisión del Convenio 103. Vid, la protección de la maternidad en el trabajo, OIT, 1997.

una enfermedad, y propio de la mujer no sólo en cuanto a embarazo y parto, sino también en cuanto al cuidado posterior del hijo[180].

La evolución posterior de la "licencia de maternidad" ha supuesto la ampliación de la duración de la suspensión del contrato por maternidad[181], y ha venido acompañada de una cobertura de la asistencia sanitaria y de las prestaciones económicas para cubrir las inasistencias al trabajo, con una tendencia a diferenciar los aspectos fisiológicos de la maternidad de las complicaciones patológicas derivadas del embarazo o del parto, acentuándose los aspectos de protección de la gestante y del hijo y su posterior cuidado.

La licencia de maternidad "normal" o básica tiene raíces profundas en nuestro ordenamiento, así como su cobertura por el seguro social. La ratificación por España del Convenio num. 103 de la OIT hizo ampliar la duración de esa licencia a catorce semanas, como "máximo", y así aparece en el art. 48.4 ET de 1980.

La Ley 3/1989, de 3 de marzo supuso un cambio muy significativo del descanso o licencia por maternidad. Desde el punto de vista cuantitativo, prevé una duración del descanso de dieciséis semanas interrumpidas, y distingue dentro de ese período un descanso obligatorio de seis semanas posteriores al parto y el que el médico determine antes de la fecha prevista del parto, y un descanso voluntario el resto del período. Se trata así de un descanso sólo en parte facultativo, que tiene en cuenta la protección de la maternidad (no se pierde si muere el recién nacido) y trata de promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de

---

[180] Cfr. FERNÁNDEZ LOPEZ M.F., "Prólogo", en GORELLI HERNÁNDEZ J. "La protección por maternidad", Valencia, 1997, Pág. 9

[181] El Convenio 103 sobre la protección de la maternidad (revisado), ha previsto una licencia de maternidad de al menos 12 semanas de duración, de las cuales como mínimo 6 han de tomarse después del parto. Sólo en 31 países la duración legal de la licencia es inferior a 12 semanas, mientras que en un buen número de países supera esa duración mínima de 12 semanas, y prácticamente en la mitad supera las 14 semanas, período propuesto por la Recomendación num. 95 y por la directiva comunitaria aunque sin que
ello suponga en todos los casos correspondientes prestaciones en metálico. Vid. OIT, "La protección de la maternidad en el trabajo, cit. Pág. 4 y ss.

la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, mediante el descanso obligatorio y el permiso de maternidad.

También supone cambios cualitativos que han sido un primer paso para una alteración funcional y una perdida de los perfiles originarios del tradicional descanso por maternidad, su vinculación a la mujer y al hecho biológico de la maternidad[182]. La nueva redacción del numero 4 del art. 48 del Estatuto de los Trabajadores que introduce la Ley 3/1989 contempla el supuesto de la adopción[183] del menor de cinco años, con un período de ocho semanas, que se reduce a seis si el adoptado tiene más de nueve meses. Además prevé la apertura de ciertos derechos, aunque de forma derivada, respecto al padre, permitiendo el goce del permiso por éste en caso de fallecimiento de la madre o hasta un máximo de cuatro semanas al final del período, en caso de opción de la madre, teniendo derecho a la correspondiente prestación por ILT. Para el caso de la adopción se reconoce un derecho indistinto, pero mutuamente excluyente, del padre y de la madre adoptiva para el goce del correspondiente descanso[184]. Este descanso-permiso sólo en parte sigue siendo permiso por maternidad, pues también es un permiso de "paternidad"[185]. Se iniciaba así el paso de una protección jurídica de la mujer a otra distinta de protección objetiva de las responsabilidades familiares independientemente de quien las asuma, hombre o mujer[186].

Otra reforma trascendente del tradicional permiso de maternidad en los últimos años atañe a su cobertura por la Seguridad Social. En

---

[182] Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. "Prologo" en GORELLI J. "La protección por maternidad",cit.,pag.11

[183] La Ley 8/1992, de 30 de abril modificó el ultimo párrafo del art. 48.4 ET para incluir el supuesto de acogimiento, regulado en el art. 173 del Código Civil como figura alternativa a la adopción.

[184] Vid ESCUDERO, R. "La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros", RL, 1989, I, pag. 86 y ss.; SEMPERE, A. "La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica", RL, 1989, II, pag. 91 y ss.

[185] También respecto a la reducción de la jornada por lactancia la Ley 3/1989 introdujo un nuevo inciso en el apartado 4 del art. 37 ET, según el cual "este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen". Sobre el alcance de esta modificación, vid. GORELLI, J. "La protección por maternidad", cit., pag. 335 y ss.

[186] 1SALA FRANCO, T., "Trabajadores con responsabilidades familiares y contrato de trabajo", Tribunal Social, 1991.

nuestro sistema de protección social, esa cobertura había venido teniendo lugar mediante el reconocimiento del derecho al subsidio o prestación económica correspondiente a la incapacidad laboral transitoria[187]. Hasta 1994, los períodos de descanso por maternidad constituían una situación de incapacidad laboral transitoria, lo que no había dejado de ser criticado[188] por las disfuncionalidades que producía[189].

La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, dentro de las medidas legislativas de acompañamiento a los Presupuestos de 1995 introdujo reformas sustanciales en la anterior incapacidad laboral transitoria y la invalidez provisional, creando una nueva contingencia que las absorbía, la incapacidad temporal, y diferenciando de ella, como contingencia distinta e independiente, la maternidad. Esta reforma se debía sobre todo al nuevo régimen de la incapacidad temporal y la carga relativa que impone al empresario, que no quiere extenderse al caso de la maternidad; sin embargo, la exclusión de la maternidad de la contingencia de incapacidad temporal y la restauración del histórico subsidio por maternidad permite destacar que la situación protegida no era ya "la alteración de la salud de la madre provocada por una enfermedad, sino la preservación de la salud de la madre y el cuidado y dedicación al hijo"[190].

---

[187] Desde que la Ley de 14 de Noviembre de 1942 incorporara el seguro obligatorio de maternidad al seguro de enfermedad, criterio que persiste en la Ley de Seguridad Social de 1966 y en la Ley General de Seguridad Social de 1974 (art. 126) y en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de Junio, art. 128)

[188]Cfr. PEREZ DEL RÍO, T. "El principio de igualdad en la Seguridad Social: no discriminación por razón de sexo", RT, 71, 1983, pag. 22 y ss. ESCUDERO, R. "La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros", cit., pag. 86 y ss.

[189] En especial la aplicación de los requisitos de alta, período previo de cotización y subsidio del 75% de la base de cotización, Vid. TORRENTE GARI, S. "El tratamiento normativo de la incapacidad temporal y de la maternidad en la Ley 42/1992, de 30 de septiembre", en Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDTSS), "La incapacidad temporal", Madrid, 1996, pag. 457 y ss.; SÁNCHEZ-RODAS, C. "La maternidad como contingencia especifica frente a la incapacidad temporal", en AEDTSS "La incapacidad temporal", cit. Pag. 436.

[190] CHACARTEGUI, C. "La exclusión de la maternidad de la contingencia de incapacidad temporal", en AEDTSS "La incapacidad temporal", cit. Pag. 197

La consideración como contingencia diferenciada permite una significativa mejora de la regulación, suprime requisitos para la obtención del derecho, mejora la cuantía de la prestación, asegurando la plena indemnidad y cobertura de la perdida de salarios durante el período, destaca el carácter no patológico del embarazo y el parto y expresa la "singularidad del valor jurídico que trata de preservar"[191], la maternidad y la protección de la salud de la madre y de los hijos[192].

Este singular valor jurídico relativiza la posible disolución del permiso de maternidad en un genérico permiso parental en los casos en los que se da el hecho fisiológico del embarazo y la filiación natural, pero ha dado lugar a un nuevo enfoque de la maternidad, persiguiendo un doble objetivo: proteger la maternidad en el trabajo, una maternidad segura, la salud de la embarazada y el feto y garantizar el empleo, pese al embarazo y la maternidad, para evitar que la mujer, a causa de la maternidad, se coloque en una situación más desfavorable que el varón, para que hombres y mujeres puedan trabajar juntos en pie de igualdad. De modo que esa regulación se contempla también como una condición necesaria para la igualdad entre los géneros.

Muestra de este enfoque es la Directiva del Consejo 92/85/CEE, de 19 de Octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Esta Directiva se enmarca en la materia de prevención de riesgos laborales como protección de la salud y la seguridad en el caso especifico del embarazo y la maternidad, ante todo trata de evitar riesgos para la seguridad y la salud de la mujer, como cualquier repercusión negativa

[191] GARRIGUES GUIMÉNEZ, A. "Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias", en AEDTSS, "La incapacidad temporal", cit. Pag. 280

[192]Aparte de ello se unifica el tratamiento de la contingencia respecto al Régimen General en los Regímenes especiales, Vid. ESCUDERO, R. Y PALOMO, E. "Novedades de la Ley 42/1994: en especial en materia de contratos de fomento del empleo y a tiempo parcial, incapacidad temporal, maternidad e invalidez permanente", RL, 1995, I, pag. 1118.

del trabajo sobre el embarazo o lactancia de las trabajadoras. Pero también protege los derechos de la embarazada y le asegura la continuidad del contrato de trabajo, evitando que el embarazo o la maternidad puedan ser un obstáculo para mantener el empleo. Para ello, además de prever los tradicionales permisos de maternidad y los permisos para exámenes prenatales, obliga a evaluar, informar y tomar las medidas necesarias para evitar que la mujer embarazada se exponga a riesgos peligrosos para su salud y seguridad, mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y del tiempo de trabajo, o mediante un cambio del puesto de trabajo.

La directiva 92/85/CEE asegura una continuidad y adaptabilidad del trabajo en la circunstancia del embarazo y la maternidad, y dispensa del trabajo a la mujer a la que no pueda darse un puesto de trabajo no nocivo para el embarazo, si no fuera posible destinar a la trabajadora embarazada a otro puesto no peligroso para su embarazo[193] y reconoce a la trabajadora el derecho al mantenimiento de la remuneración o el beneficio de una prestación adecuada, equivalente como mínimo a lo que la trabajadora recibiría en caso de interrupción de sus actividades por motivo de salud[194]. Ello no implica que el riesgo durante el embarazo se considere como una enfermedad ni pueda equipararse con la incapacidad temporal por enfermedad o accidente, sólo supone una cuantía mínima de referencia sobre la prestación que percibirá la trabajadora[195] .

Trasponiendo lo dispuesto en la Directiva 92/85/CEE el art. 26d, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales ha previsto la declaración de la situación de riesgos durante el embarazo

[193] El art. 11.2b de la Directiva 92/85/CEE dispone que "la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales durante, todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud".
[194] Art. 11.3
[195] Según la Declaración del Consejo y de la Comisión, de 19 de Octubre de 1992, relativa al punto tres del art. 11 de la Directiva 92/85/CEE, la referencia a la enfermedad en la prestación que percibirá la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud es por razones meramente técnicas, "en modo alguno pretende equiparar el embarazo y el parto con una enfermedad".

respecto de las trabajadoras embarazadas cuyo puesto de trabajo influya negativamente en su salud o en la del feto, e impone a la empresa proporcionar un puesto de trabajo a la trabajadora embarazada compatible técnica y objetivamente con su situación[196]. Esta disposición supone el cumplimiento de la exigencia impuesta por la Directiva 92/85/CEE.

El art. 26 de la Ley 31/1995 no ha regulado el caso de que no fuera posible destinar a la trabajadora embarazada a otro puesto no peligroso para su embarazo[197]. La falta de regulación especifica de esa hipótesis en el art. 26 LPRL podía suponer un incumplimiento de la Directiva, salvo si se interpreta el precepto legal en el sentido de que concede efectivamente a la mujer trabajadora el derecho a no trabajar en un puesto que suponga riesgo para el embarazo. Pero ello planteaba el problema de que si la cobertura económica de la situación correspondía al empresario o si, como un supuesto de incapacidad temporal, podía desplazarse a la entidad gestora a partir del decimosexto día de baja.

La Ley 39/1999 ha introducido un nuevo apartado 3 en el art. 26 LPRL, según el cual, si el cambio del puesto de trabajo no fuera técnica u objetivamente posible, o no pudiera razonablemente exigirse por motivos justificados, cabe declarar "el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo...durante el período necesario para la protección de su seguridad y su salud y mientras persista la posibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado". Como

[196] Vid. GONZALEZ ORTEGA S. y APARICIO TOVAR J. "Comentarios a la Ley 31/1995, Madrid, 1996, pag. 171 y ss.; GORELLI, J. "La protección por maternidad", cit. pag. 285 y ss.

[197] Recuérdese que la Directiva 92/85/CEE dispone para tal supuesto que "la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o practicas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud", y reconoce a la trabajadora el derecho al mantenimiento de la remuneración o el beneficio de una prestación adecuada equivalente como mínimo a lo que la trabajadora recibiría en caso de interrupción de sus actividades por motivo de salud (art. 11.2b y 3).

supuesto de suspensión, se libera al empresario de su obligación retributiva[198].

3. LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO Y LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA DE LA TRABAJADORA MADRE

Como ha dicho la OIT, "garantizar a las mujeres embarazadas y a las madres jóvenes que no van a perder su empleo por embarazo, por ausencia del trabajo durante el descanso de maternidad o por parto, es un elemento esencial de la protección de la maternidad", del goce del correspondiente permiso y un requisito "para evitar que la maternidad se convierta en fuente de discriminación para las mujeres en materia de empleo"[199].

Esta afirmación resume una situación de hecho, las medidas protectoras de la mujer madre, las licencias por embarazo y maternidad, se convertirán en una grave dificultad para el acceso al empleo de la mujer con responsabilidades familiares, al provocar un fenómeno de rechazo de la mujer madre o potencialmente madre en muchas organizaciones productivas.

No sólo no se contratan a mujeres embarazadas, sino que se dan prácticas mucho más insidiosas como exigencias empresariales de controles o certificados médicos de no embarazo en el momento de la contratación, compromisos de no embarazo durante la vigencia del contrato, solicitud de certificación de esterilización, preguntas sobre planes de matrimonio o intenciones de planificación familiar, tendencia a

---

[198] Este nuevo supuesto de incapacidad temporal se refleja a su vez en las referencias expresas que al riesgo durante el embarazo se hacen en las nuevas redacciones introducidas por la Ley 39/1999 de la letra d) del apartado 1 art. 52 ET, en el que se incluye como nueva causa especifica de suspensión del contrato de trabajo el "riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora", y de los apartados 4 del art. 53 ET y 5 del art. 55 ET. Correlativamente se introduce un nuevo apartado 5 en el art. 48 ET, para determinar el momento de finalización de esta suspensión por riesgo durante el embarazo.

[199] OIT, "La protección de la maternidad en el trabajo" cit. pag. 155

no contratar mujeres casadas en edad de procrear, o incluso condicionar el mantenimiento del empleo a la soltería, como las cláusulas de celibato, la excedencia por razón de matrimonio, etc.[200]

Estas prácticas suponen una expulsión del mercado de trabajo de la trabajadora madre, forzada a quedarse en el hogar, dada la incompatibilidad formal o material del trabajo con sus responsabilidades como madre. De este modo, las medidas de protección de la maternidad y de la mujer madre no sólo no han asegurado de por sí la conciliación entre trabajo y familia, sino que incluso han sido un obstáculo para ello, al haber provocado un rechazo empresarial a contratar o mantener en el empleo a las mujeres madres.

Una primera reacción frente a ello ha sido prever que la maternidad y el embarazo no sean causa de despido, y no autorizar el despido por las dificultades que para la empresa pueda suponer el embarazo y la maternidad y las ausencias del trabajo consiguientes a ello. Estas medidas no han sido suficientes porque no contemplaban otras dificultades de acceso al trabajo de mujeres con responsabilidades familiares.

La conexión del tema de la protección del empleo de la madre trabajadora con la problemática de la igualdad y de la no discriminación permite tomar en cuenta que las mujeres con responsabilidades familiares sufren una doble discriminación, por ser mujeres y por asumir tareas familiares. La corrección de esa doble discriminación requiere no sólo medidas antidiscriminatorias por razón de sexo, por así decirlo normales, sino también medidas adicionales que atiendan a la situación especifica de la madre trabajadora, en relación con no ser discriminadas por su estado civil, embarazo, maternidad, etc.

---

[200] Vid. Sobre practicas todavía actuales al respecto, "Trabajadores con responsabilidades familiares", Informe de la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 1993, pag. 353

La protección de la maternidad, del embarazo, del parto y sus posibles consecuencias empieza a contemplarse ahora como una condición de la igualdad, al igual que el que las decisiones empresariales no tengan en cuenta el estado civil o la situación familiar de la persona que trabaja, dada la conexión directa del género con las diferencias de trato que se adopten en razón de esas circunstancias. El que la maternidad actual o potencial sea un factor negativo para el acceso o la continuidad en el trabajo, implica que para el logro de la igualdad en las condiciones de trabajo entre hombres y mujeres se ha de asegurar que ni la maternidad ni la existencia de cargas familiares sean un obstáculo fáctico para trabajar; en sustancia, que la trabajadora madre no resulte discriminada.

Este nuevo enfoque desde la tutela discriminatoria se facilita por el Convenio num. 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación). Este convenio consagra el principio de no discriminación, entre otros motivos, por razón de sexo del trabajador y, a su vez, declara como no discriminatorias las medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de protección o asistencia especial de las personas por razones de sexo, edad, o cargas de familia. Ello permitió entender según la Comisión de Expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT, que, aun sin estar mencionados de forma específica, el estado civil, la situación de familia y las responsabilidades familiares habrían de considerarse incluida en la prohibición de discriminación[201].

Desde la perspectiva de igualdad de trato se veda al empresario adoptar medidas que impidan el trabajo de las personas, generalmente las madres, con responsabilidades familiares. Pero ello en tanto que éstas puedan cumplir normalmente su trabajo, pues se trata sólo de proteger el empleo, no de compatibilizar trabajo y carga familiar. La regla implícita es que la persona con responsabilidades familiares (en

[201] "Trabajadores con responsabilidades familiares", cit. pag. 2

especial la mujer) sólo podrá trabajar si puede compatibilizar su trabajo con las tareas familiares, cuestión personal ajena al contrato de trabajo.

La igualdad de trato significa sobre todo una prohibición de desigualdad de trato por razón de género, con consecuencias fundamentales de carácter negativo o prohibitivo, como impedir que el estado matrimonial, la situación familiar o las responsabilidades familiares sean causas de despido o de denegación de un empleo. La protección frente al riesgo de sufrir discriminación por razón de la maternidad es un elemento consustancial del sistema que ha encontrado una expresa consagración en los Convenios de la OIT[202], evitando la interferencia empresarial en la esfera de la vida familiar, y que los empleadores puedan imponer el elegir entre mantener su empleo y abandonar a sus familias o sacrificar sus empleos para la atención de responsabilidades familiares.

La maternidad, y los permisos que conlleva, han producido reacciones perjudiciales para la mujer que hacía uso de su derecho, incluyendo el despido o la no contratación por razón de embarazo. El Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas ha hecho derivar de la igualdad de trato entre hombres y mujeres una protección específica del despido de la mujer trabajadora por causa de su embarazo, excluyendo que ese embarazo pueda ser un motivo objetivo razonable para despedir a la trabajadora, incluso si pudiera justificarse por exigencias de la empresa, considerando una discriminación prohibida por razón de sexo la toma en cuenta del embarazado en perjuicio de la mujer[203]. El Tribunal ha

[202] El art. 8 del Convenio 156 OIT establece que la responsabilidad familiar no debe constituir por sí una causa justificada para poner fin a la relación laboral, y el Convenio 158 OIT sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, en su art. 5, incluye entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo "la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad".

[203] La Sentencia Dekker (asunto 177/88) ha considerado discriminatoria la negativa a contratar una mujer embarazada, a causa de su descanso por maternidad, considerándolo como un suspenso de discriminación directa. A la misma conclusión se ha llegado en el caso de un despido de una trabajadora encinta que sustituía a una embarazada (Asunto C-32/93 Webb, Sentencia de 14 de julio de 1994). Sobre la misma, ALONSO OLEA, M. "Despido de la mujer embarazada. Versión comunitaria", Anales Academia de Jurisprudencia, Madrid, 1995, 25, pag.227 y ss.

negado además que el embarazo pueda considerarse un estado patológico que de lugar a una incapacidad temporal, incluso si existen frecuentes ausencias de la trabajadora por trastornos de salud relacionados con el embarazo y el parto[204]. Sólo la duración anormal y extraordinaria permitiría el tratamiento de la ausencia como por enfermedad, pero en las mismas condiciones que los varones. Sin embargo, posteriormente, el Tribunal ha declarado que la Directiva 76/207/CEE se opone al despido de una trabajadora en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por una enfermedad por dicho embarazo[205].

La Directiva 92/85/CEE también establece una prohibición específico de despido en caso de embarazo y lactancia como garantía del ejercicio por la mujer trabajadora de los derechos que le concede para proteger su seguridad y salud. A tal efecto su art.10 obliga a los Estados adoptar las medidas necesarias para declarar ilícito y prohibir el despido de las trabajadoras durante esos períodos, salvo casos excepcionales no inherentes a su estado[206].

Esta normativa comunitaria sobre maternidad se refiere, según el modelo clásico, sólo a las trabajadoras, y añade elementos de protección del empleo de la mujer evitando "represalias" empresariales por el hecho de la maternidad, ampliando la tutela antidiscriminatoria de la mujer también a su embarazo, maternidad y estado matrimonial.

También entre nosotros, desde la protección de la igualdad de trato entre hombres y mujeres se han borrado los restos de cualquier

---

[204] Sentencia Hentz de 8 de noviembre de 1990 aunque reconoce que el supuesto de enfermedad prolongada que tenga su origen en el embarazo o parto no está contemplado en la Directiva y corresponde a los Estados fijar los períodos de permiso de maternidad, cubriendo desde luego el tiempo "normal" de trastornos fisiológicos y patológicos a consecuencia de la maternidad.

[205] Sentencia Brown de 30 de junio de 1998.

[206] Vid. al respecto, ARCE J.C. "El trabajo de las mujeres en el Derecho comunitario", Valencia, 1999, pag. 81 y ss.

incompatibilidad formal o material entre trabajo y vida familiar[207]. El Tribunal Constitucional ha destacado las profundas transformaciones del papel experimentadas por la sociedad y plasmadas en el actual ordenamiento constitucional, que hacen que los presupuestos en que se sustentaba la anterior concepción de la mujer resulten inadmisibles hoy en día. Se ha consagrado en nuestra Constitución "el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, con la consiguiente proclamación de la igualdad jurídica del marido y la mujer en el matrimonio y en las responsabilidades familiares"[208], precisamente para poner fin a la tradicional postergación de la mujer, y borrar las diferencias que la han colocado históricamente en situación de inferioridad en la vida jurídica y social.

En consecuencia, y de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, el art. 14 CE por si mismo impide cualquier medida legal o empresarial que, directa o indirectamente, impida a la mujer el trabajo a causa de su maternidad, y, desde luego, cualquier decisión empresarial que suponga una desigualdad peyorativa de trato por esa razón. No es que no existiera protección alguna contra el despido por razón de la maternidad, ya consagrada en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, pero era genérica e insuficiente, lo que será corregido por la jurisprudencia constitucional, que considera el despido por razón del embarazo o de la maternidad lesivo del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, y, por ello, radicalmente nulo, con desplazamiento de la carga de la prueba, lo que es extensible a otras medidas perjudiciales que afecten a una trabajadora en situación de

[207] El tratamiento por el Tribunal Constitución de las excedencias forzosas por razón de matrimonio producidas con anterioridad a la vigencia de la Constitución ha tenido un considerable valor emblemático. En diversas Sentencias el Tribunal Constitucional ha declarado que la situación de excedencia forzosa por razón de matrimonio era discriminatoria y por ella contraria al principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, y que los valores constitucionales imponen reparar una lesión que pervive del derecho fundamental (STS 67/1982, de 15 de noviembre). Vid. GALIANA MORENO, J.M. "No discriminación por razón de sexo y excedencia forzosa por matrimonio en la doctrina del Tribunal Central de Trabajo y del Tribunal Constitucional", REDT, 14, 1983

[208]STC 241/1988, de 19 de diciembre. Vid. sobre el tema, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. "Excedencia forzosa por razón de matrimonio y no discriminación", REDT, 41, 1990.

embarazo[209]. Para el Tribunal Constitucional, el embarazo y la maternidad son un factor diferencial que incide de forma exclusiva en mujeres y, por ello, dada la conexión directa e inequívoca con el sexo, son "un motivo prohibido por discriminatorio" que "entra de lleno en el ámbito de aplicación del art.14 CE y deben serle aparejadas las consecuencias lógicas que derivan de tal calificación"[210]. Por tanto, los tratos desfavorables basados en el hecho del embarazo, la maternidad o la lactancia, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art.14 CE[211].

La legislación material y la procesal han recogido la doctrina constitucional sobre la nulidad radical de los despidos lesivos de los derechos fundamentales y discriminatorios por las razones vedadas en el art.14 CE[212], pero no han reconocido de forma expresa la nulidad de las decisiones empresariales por razón de la maternidad si bien han podido incluirse en la discriminación por razón de sexo en el caso que la persona perjudicada sea una mujer. En otros casos y en relación a la problemática general de los permisos parentales no existía hasta ahora una protección específica adecuada, sobre todo al haberse suprimido en 1994 la calificación de nulidad del despido del trabajador en situación de suspensión del contrato de trabajo. Hasta entonces la declaración

---

[209] En la Sentencia 166/1988 sobre el despido de una embarazada durante el período de prueba, en el que en principio hay libertad de despedir ad nutum, el Tribunal Constitucional ha sostenido que esa facultad de resolver libremente el contrato no puede ejercerse de forma arbitraria, vulnerando el art. 14 C.E. al haberse actuado de forma discriminatoria por razón de sexo, lo que se deduce al no haberse justificado la existencia de motivos ajenos al hecho o situación de embarazo.

[210] STC 173/1994, que ha calificado de medida discriminatoria contraria al art.14 CE. la falta de renovación de un contrato temporal de una trabajadora embarazada, coetánea a la renovación de otros trabajadores en situación similar.

[211] Esta protección es especialmente intensa e impide alegar como motivos legítimos del despido causas que en principio justificarían un despido disciplinario, como es el caso de las ausencias reiteradas producidas a consecuencia del embarazo. La STC 136/1996 desde la existencia implícita de una prohibición general de despedir por razón del embarazo ha afirmado que ello incluye también la prohibición de despido por ausencias causadas por el embarazo, que no serían suficientes para justificar que "la extinción del contrato se basó en causas ajenas al estado de gestación y tampoco la estricta necesidad de sacrificar el derecho fundamental, adoptando la sanción disciplinaria de mayor gravedad para salvaguardar el interés empresarial", lo que sería "una reacción contractual utilizada de forma desproporcionada". Se diseña un método para el enjuiciamiento de despidos vinculados al embarazo, extensible también para la maternidad, y que hace excepcional el despido por ausencias motivadas por el embarazo.

[212] Art. 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, y art. 55.5 ET.

judicial de la improcedencia provocaba directamente la declaración de nulidad que traía consigo la readmisión forzosa como ejecución del fallo en sus propios términos, pero desde el momento en que la situación de la suspensión se ha sometido al régimen general del despido improcedente, con la mera compensación económica, no se ha establecido un instrumento suficiente disuasorio para evitar despidos por esta causa, aparte de aquel régimen general régimen específico no se aplicaba a la excedencia por cuidados de hijos. Por ello, ha podido afirmarse que la normativa española no garantizaba suficientemente, o al menos todo lo que podría ser, la protección efectiva frente al despido injustificado, durante el embarazo o lactancia tal y como exige la Directiva comunitaria 92/85/CE[213], y también la Directiva 96/34/CE, que extiende esa protección a los trabajadores que han solicitado o tomado un permiso parental.

4. LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES Y EL ACCESO DE LA MUJER AL MERCADO DE TRABAJO.

El embarazo y la maternidad tienen una incidencia temporal muy limitad, y cuando las tasas de natalidad han descendido se evidencia que la protección del empleo de la mujer frente a la maternidad no basta para lograr la igualdad efectiva en el trabajo entre hombres y mujeres, muy directamente afectada si la mujer, para poder atender sus responsabilidades familiares, especialmente el cuidado de los hijos se ve obligada a abandonar el trabajo, ya no como opción impuesta por el empresario, frente a lo que protege la no discriminación por razón de maternidad, sino como opción a la que se ve forzada la propia trabajadora cuando no puede compatibilizar satisfactoriamente sus obligaciones laborales y sus responsabilidades familiares.

[213] Cfr. BALLESTER PASTOR, "Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo laboral en el orden laboral", Valencia, 1994, pag.211 y ss.

Para asegurar la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo se impone una atención específica a la problemática de la conciliación de la vida familiar y laboral, originariamente mediante el establecimiento de medidas que permitan a la mujer trabajadora armonizar mejor sus obligaciones laborales y sus responsabilidades familiares, pero sin poner en cuestión "la diferenciación sexuada de los tiempos"[214].Para ello ha de pasarse de la mera igualdad de trato a la igualdad de oportunidades, lo que permite un tratamiento más global y positivo de esa problemática, que ya está implícito en el Convenio num. 111 OIT que se refiere expresamente, como también las Directivas comunitarias, a la igualdad de oportunidades en el empleo, y que deben incluir medidas que permitan a la mujer ejercer una actividad profesional, sin verse obligadas a permanecer en el hogar, dando lugar, sin embargo, a lo que se ha llamado "doble presencia"[215] de la mujer en el trabajo del hogar y fuera del hogar, inicialmente con pretensiones redistributivas sólo en lo que afecta a la presencia de la mujer en el mercado de trabajo.

A medidas para favorecer la inserción profesional de las mujeres con hijos a su cargo se refirió ya la Recomendación num. 123 de la OIT sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares (1965), instrumento que refleja la dificultad en aquel momento de aprobar un Convenio sobre la materia. La Recomendación num. 123 parte sin reservas del papel tradicional de la mujer en la familia, y, sin renunciar a proporcionar a la trabajadora madre un nivel de protección adecuado respecto al embarazo, el alumbramiento y la lactancia, proponía medidas específicas para promover las posibilidades de empleo de esa mujer y para facilitar la compatibilidad entre responsabilidades familiares y el trabajo. A tal efecto propone servicios de guardería y medios de asistencia a la infancia, la orientación y formación profesional para la recolocación tras los años de atención a los hijos y facilitar la ausencia

[214] HUFTON, O. Y KRAVARITOU, Y. "Introduction" a "Gender and the Use of Time", La Haya, 1999, pag.14.
[215] Vid. BALBO, L. ""La doppia presenza", Inchiesta, 32, 1978, pag.2 y ss

temporal del trabajo para atender a la familia mediante el establecimiento de licencias, permisos o excedencias para la crianza de los hijos, una mayor flexibilidad en los horarios de trabajo, la reducción de la jornada de trabajo, el trabajo a tiempo parcial, la previsión de prestaciones sociales u otro tipo de ayudas o desgravaciones fiscales en relación con las ausencias o permisos derivados del cuidado de los hijos.

Se trata de medidas dirigidas únicamente a las mujeres, propias de un modelo de "Woman-friendly Welfare State" hoy en revisión[216].

En este contexto se situó el Decreto 1310/1970, de 20 de agosto, que por primera vez ha reconocido con carácter general el derecho de la mujer trabajadora a una excedencia voluntaria por motivo de su alumbramiento, por un período mínimo de un año y máximo de tres desde la finalización del descanso obligatorio por maternidad. Esta disposición supuso un paso fundamental para superar los valores dominantes hasta entonces reflejados en el Fuero del Trabajo, nada favorables a favorecer a la mujer la conciliación de la vida laboral y la vida familiar, pero se trata de un paso que mantiene aun como premisa, e incluso como valor, la asignación a la mujer de la función social del cuidado de los hijos. Pese a que la Constitución de 1978 implicaba un enfoque radicalmente distinto de la situación de la mujer en la sociedad y en la vida profesional, dado el reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad, el derecho al trabajo[217], de la protección de las madres y a la maternidad[218], de la protección social, económica y jurídica de la familia y d la protección integral de los hijos, exigencias constitucionales para las que ya no podía ser indiferente no sólo la compatibilidad entre trabajo y vida familiar, sino la efectiva igualdad entre hombres y mujeres en al vida privada y en la vida profesional, el

---

[216] Cfr. SIMONEN, L. "Work, Care and Women's Time in the Welfare State", en "Gender and the Use of Time", cit. Pag. 229 y ss.

217 Cfr. SEVILLA MERINO, J. "La mujer sujeto constitucional de Derecho: el derecho al trabajo", IX Jornadas de Coordinación del Defensor del Pueblo, Alicante, 1994, pag. 233

[218] Vid. MARRADE, A. "El reconocimiento constitucional de la protección de la maternidad", en DURAN LALAGUNA (coord..) "Mujeres y Derecho", Valencia, 1998, pag. 133 y ss.

Estatuto de los Trabajadores de 1980 mantuvo la excedencia para el cuidado de hijos como derecho propio y exclusivo de la mujer[219].

El reconocimiento a favor de la mujer del derecho a licencias o permisos para poder cuidar a los niños de corta edad, sin duda ha facilitado a muchas mujeres mantener el empleo pese al hecho de la maternidad, pero, sin embargo, al mismo tiempo, ha acentuado la diferencia de situaciones entre hombres y mujeres, y ha perjudicado a éstas en sus posibilidades de promoción y carrera profesional.

La búsqueda de igualdad de oportunidades y el nuevo papel profesional que está asumiendo la mujer, acaba cuestionando el mantenimiento del tradicional y desigual reparto de roles en las tareas familiares, ya que el que la mujer realice ahora tareas profesionales "que acostumbran asumir el hombre, que debería reflejarse en una mayor participación de éste en la vida familiar y en las labores del hogar"[220]. Esta idea permite un cambio de enfoque en el tratamiento de los problemas de la compatibilidad o sinergia entre trabajo y tareas en la familia en el que se pone el acento ya no en el trabajo y tareas en la familia en el que se pone el acento ya no en el genero femenino, sino en las responsabilidades familiares a secas. La búsqueda de la compatibilidad entre familia y trabajo, contempla ahora también los intereses y valores familiares (incluida la natalidad), con ello se sale del estricto ámbito de la igualdad, para afectar también a la tutela de la familia y de las personas a su cuidado, y también al bienestar de los niños, evitando en los posible conflictos entre trabajo y familia y una mayor concordancia práctica entre esas responsabilidades y las exigencias de los sistemas productivos. Pero también se propicia una reducción progresiva de productivos. Pero también se propicia una reducción progresiva de las cargas de la mujer y una mayor asunción por los hombres de tareas familiares con efectos unificadores en la

219 Vid. PEDRAJAS MORENO, A. "La excedencia laboral y funcionarial", Madrid, 1983, pag. 408 y ss.

220 "Trabajadores con responsabilidades familiares", cit., pag. 4

igualdad oportunidades de la mujer en el empleo. Existe así una cierta sinergia entre el principio de igualdad, la conciliación de vida profesional y laboral y el reparto de derechos y de responsabilidades en el seno de la familia.

5. DE LOS PERMISOS POR MATERNIDAD A LOS PERMISOS PARENTALES PARA EL CUIDADO DE HIJOS

Esta nueva idea conciliación con un mejor reparto de las tareas familiares se refleja en la Declaración de la ONU de Méjico de 1975, con motivo del año internacional de las mujeres en la que se afirma que los hombres deben participar más activamente en la vida familiar, para mejora de ésta y para permitir a la mujeres una mayor participación den la vida activa, de moto que ambos miembros de la pareja puedan combinar eficazmente sus posibilidades familiares y profesionales[221].

El reforzamiento de la participación de los hombres en las actividades familiares para favorecer la igualdad en el empleo también se asume el mismo año 1975, en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1975 de la OIT, que ha reconocido que todo cambio del papel tradicional de la mujeres debe acompañarse de un cambio de papel de los hombre en el seno de la familia. Ello obliga a reconsiderar la Recomendación num. 123 y a elaborar un nuevo instrumento internacional para contemplar la problemática específica de los trabajadores y trabajadores con responsabilidades familiares. Esta iniciativa cristalizará en 1981 con la aprobación del Convenio núm. 156 "sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadoras y trabajadores: trabajadores con responsabilidades familiares", al que se acompaña una Recomendación, la núm. 165 con el mismo título.

Este importante Convenio, como refleja su denominación, sirve al objetivo de la política de consecución de una igualdad efectiva de

[221] Vid. JUNTER-LOISEAU, A y TOBLER, C. "Reconciliation of Domestic and Care Work with Paid Work", en "Gender and the Use of Time", cit. pag 344.

oportunidades y de traro entre trabajadores y trabajadoras. Pero para ello ha considerado necesario plantear la facilitación de la conciliación del empleo y las responsabilidades familiares, especialmente el cuidado de los hijos, de una forma global y "neutra" en cuanto al género. El Convenio 156 se refiere expresamente a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, o con responsabilidades hacia otros miembros de la familia directa[222].

No se alude al género sino sólo a las responsabilidades familiares y trata de evitar que éstas, las asuma sea quien sea, limiten las posibilidades de empleo y de promoción en el empleo. Se provén medidas "neutras", que, salvo el supuesto estricto de la maternidad, se abran por igual a hombres y mujeres, para facilitar el compatibilizar el trabajo y la vida familiar de quien tenga cargas familiares, hombre o mujer. Con ello se evitan desigualdades de oportunidades entre hombre y mujeres en el acceso al empleo y en la carrera profesional, y, al abrir derechos a favor de los varones, facilitan un reparto más igualitario de roles dentro de la familia entre hombre y mujeres, y una mejor atención a la familia. Sin embargo no se persigue directamente un objetivo de política familiar sino sólo tratar "las responsabilidades familiares en la medida en que la carta de esas responsabilidades soportada por las trabajadoras pueden mantener o crear nuevas desigualdades entre los sexos"[223]

El objetivo fundamental del Convenio 156 es que las personas con responsabilidades familiares puedan ejercer sin discriminación su derecho a trabajar[224], sin conflictos, en lo posible, entre sus responsabilidades familiares y profesionales[225]. Para ello impone a los Estados adoptar medidas que permitan trabajar a las personas con responsabilidades familiares y que tengan en cuenta sus necesidades

[222] Art. 1
[223] JUNTER-LOISEAU, A. Y TOBLER, C. "Reconciliation of Domestic and Care Work with Paid Work", en "Gender and the Use of Time", cit. pag. 345
[224] A tal efecto se declara de forma expresa que " la responsabilidad familiar no debe constituir de por si una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo" (art. 8)
[225] Art. 3

especiales en la determinación de las condiciones de empleo y en los sistemas de protección social[226]. También obliga a que se introduzcan medidas específicas de orientación y formación profesional de las personas con responsabilidades familiares que faciliten el reingreso al trabajo tras una ausencia debida de dichas responsabilidades[227].

Además, el Convenio núm. 156 ha previsto el desarrollo o promoción de servicios comunitarios, públicos o privados tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia o de asistencia familiar, para liberar a los trabajadores y trabajadoras de la realización de algunas tareas de atención a la familia[228], y dispone que se sensibilice a la opinión pública de la problemática de los trabajadores con responsabilidades familiares[229].

El Convenio núm. 156 OIT ha supuesto un paso importante para el tratamiento de una problemática que se ha acentuado en los casi vente años transcurridos desde su aprobación, pese al no muy alto nivel de su ratificación[230].

Es cierto que la mayor flexibilización del empleo y del tiempo de trabajo, en especial el trabajo a tiempo parcial, las nuevas formas de trabajo a domicilio o teletrabajo, a los trabajos temporales etc. han facilitado en ciertos casos una mejor conciliación de trabajo y familia, pero ello no remedia los problemas de la compatibilidad respecto a los

---

[226] Art. 4

[227] Art. 7. Algunas de esas posibles medidas se describen con detalle en la Recomendación 165 (OIT) sobre el mismo tema. Dentro de las mismas, algunas de refieren a adaptar las obligaciones laborales con la atención a la familia (distribución o reducción del tiempo de trabajo, licencias y permisos, criterios a tener en cuenta en caso de traslado, etc.). Otras afectan directamente a las tareas familiares y a su facilitación, mediante servicios sociales, de modo que sin liberar del trabajo a la persona con esas responsabilidades, le aligeran de esas cargas durante el trabajo, mediante la existencia de servicios sociales adecuados para el cuidado de las personas dependientes. Finalmente, otras tratan de facilitar el acceso al trabajo, el cambio de trabajo, la promoción en el trabajo y, en especial, la reincorporación al mercado de trabajo de quienes temporalmente lo hayan abandonado para atender a responsabilidades familiares.

[228] Art. 5 b

[229] Art. 6

[230] 26 Estados, entre ellos España.

empleos normales y puede arrojar a las persona con responsabilidades familiares a empleos marginales. De ahí que persista la necesidad de medidas que faciliten la conciliación de trabajo y responsabilidades familiares, aun más dado el objetivo de un mejor reparto de tareas familiares entre hombre y mujer que está lejos de haberse conseguido, y el número creciente de familias monoparentales, lo que convierte esa conciliación en un instrumento indispensable para el acceso de la mujer en condiciones de igualdad al mercado de trabajo.

Se reconoce, en suma, que la compatibilidad del cumplimiento adecuado de las obligaciones laborales con la atención de las responsabilidades familiares no es sólo un problema individual de las personas afectadas, es también una necesidad y una tarea social que requiere medidas muy complejas y variadas, que corresponde adoptar a los poderes públicos, pero no sólo a ello y desde luego también requiere un estado de conciencia colectiva que sea sensible a un problema que afecta a todos y que permita que los trabajadores y trabajadoras puedan dedicar parte de su tiempo a las responsabilidades familiares, sin perjuicio de su empleo, ni tampoco, en la medida de lo posible, de sus ingresos. Estos criterios van a ser recibidos y hechos propios en el ámbito de la Unión Europea.

6. LA COMPAGINACIÓN DE OBLIGACIONES PROFESIONALES Y FAMILIARES EN EL ACUERDO MARCO SOBRE EL PERMISO PARENTAL Y LA DIRECTIVA 96/34/CE

El Derecho comunitario ha sido especialmente sensible a los problemas de la discriminación de la mujer en el empleo, y a la tutela de la igualdad de trato y de oportunidades entre hombre y mujeres en el mercado de trabajo, y es desde esa perspectiva desde la que le ha llevado a considerar la problemática de la conciliación de la vida familiar y laboral, más allá de la protección de la maternidad y de la igualdad de

trato y d vedar desigualdades de trato de carácter discriminatorio para tratar directamente de facilitar la compatibilidad entre trabajo y responsabilidades familiares[231], pero dentro de la problemática de la búsqueda de una igualdad material o de oportunidades entre los sexos en materia de empleo.

Una importante manifestación de este enfoque y su aparente equívoco se da en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 que, dentro de las acciones destinadas a garantizar la realización afectiva de la igualdad entre hombres y mujeres, ha previsto "el desarrollo de medidas que permitan a los interesados compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares"[232]. Se habla de compaginar, conciliar, o reconciliar (en la versión inglesa) expresiones que hacen referencia explícita a una condición necesaria para conseguir una igualdad de género en el mercado de trabajo, pero que no excluyen una referencia implícita crítica a la división sexual de roles familiares, con el objetivo de una conciliación más igualitaria entre esfera laboral y esfera familiar, de los tiempos profesionales y familiares que permita una efectiva igualdad de oportunidades.

La Carta comunitaria prevé una medida promocional de la igualdad de oportunidades en el trabajo de la mujer respecto a los hombres, que, para lograr su objetivo, adopta una perspectiva neutra, refiriéndose a los "interesados", hombres y mujeres, en las medidas que permitan una mejor conciliación de sus obligaciones profesionales y familiares. Con ello también quiere facilitar un reparto más equilibrado de las obligaciones familiares entre mujeres y hombres, pero no se impone al ser una cuestión ajena en principio a la competencia comunitaria, lo que

---

[231] Lo que se intentó ya a mediados de los años ochenta en una fracasada propuesta de Directiva sobre permiso parental y por razones familiares (C 316/7 de 27 de noviembre de 1984). Sobre esa propuesta, y las razones de su fracaso, vid. ARCE J.C. "Comentario a las normas sobre armonización legislativa en materia de permisos parentales y por razones familiares, Aspectos de Seguridad Social", Noticias C.E.E., 36, 1998, pag. 109 y ss.

[232] Nº 16, párrafo tercero

dificulta una adecuada harmonización de las políticas de la igualdad y las políticas familiares[233].

Desde ese momento, la conciliación de la vida profesional y de la vida "privada" se considera un objetivo estratégico indispensable para conseguir, más allá de la mera igualdad de trato, la efectiva igualdad de oportunidades entre hombre y mujeres, como se refleja en los Programas de acción comunitaria sobre igualdad de oportunidades[234].

Todo ello supone un nuevo enfoque en el que para suprimir obstáculos que impiden a las mujeres el acceso en condiciones de igualdad al mercado de trabajo se busca la conciliación entre vida familiar y profesional también facilitando un mejor reparto de las responsabilidades familiares. La conciliación supone una reorientación de la política de la igualdad, que encuentra reflejo en el Libro blanco sobre política social europea[235] que se refiere a permisos especiales para los padres y las madres y a animar a un mejor reparto de las responsabilidades familiares, sugiriendo una Directiva marco sobre las cuestiones relativas a la conciliación de la vida profesional y familiar, incluido el permiso parental. También el Libro Blanco, llamada de Delors, sobre crecimiento competitividad y empleo[236] se refiere a una mejor conciliación a de la vida familiar y profesional haciendo una llamada a la que hace referencia a la solidaridad y aludiendo a razones demográficas[237].

Esos ambiciosos objetivos van a tener escasos resultados en disposiciones comunitarias, y en esos años sólo se aprueba la

---

[233] Cfr. COMMAILLE, J. "Les strategies del femmes, travail, familie et politique, París, 1993"
[234] El Tercer Programa (1991 – 1995) (COM (90)449 final de 6 de noviembre de 1990) habla de la apertura a los varones de la medidas que facilitan la conciliación para asegurar también un "reparto más equitativo de las obligaciones familiares", y se refiere a un "equilibrio armonioso entre trabajo y vida familiar, proponiendo medidas que permitan a hombre y mujeres conciliar las responsabilidades familiares y profesionales. En Europa Social, 3/91
[235] Política social europea. Una vía a seguir por la Unión, COM (94) 333 de 27 de julio de 1994, pag. 47 y ss.
[236] Boletín de Comunidades Europeas, Suplemento, 6/93
[237] Cfr. MALPAS, N. "L´usage de l´argument démographique dans les textes communautaires", en "Gender and the Use of Time", cit. pag.335.

Recomendación 92/241/CEE del Consejo sobre cuidado de los niños y niñas[238], que destaca que ese cuidado requiere una mejor conciliación de las obligaciones profesionales y familiares de los hombres y las mujeres, y propones para ello aparte de la creación servicios de guardería adecuados y a precios razonables, que en la organización del trabajo se tengan más en cuenta las responsabilidades parentales, que se establezcan sistemas flexibles concertados y remunerados de permisos especiales a los padres y madres que trabajan para la custodia o educación de los hijos, o el cuidado de otras personas junto, así como disposiciones sobre la interrupción y el restablecimiento de la carrera profesional. La Recomendación insiste en la importancia de la concesión de permisos específicos a los padres y madres que trabajan y son responsables de la custodia o educación de los niños y anima, en el respeto de la autonomía de los individuos, a una mayor participación de los hombres para conseguir un reparto más igual de las responsabilidades parentales entre hombre y mujeres y permitir a las mujeres una participación más eficaz en el mercado de trabajo[239].

Pese a su escasa vinculabilidad, la Recomendación 92/131/CEE ha tenido el interés de propiciar una mejor división entre hombres y mujeres de las responsabilidades familiares y profesionales tratando para ello de abrir los permisos a los padres y las madres, para reducir obstáculos al ejercicio de la actividad profesional de quienes tengan responsabilidades familiares[240]. Es una política de conciliación no sexuada pero con objetivos de igualdad entre los sexos, por ello resulta algo equívoca o ambigua, y con algún elemento de ficción, la de que facilitar a hombre y mujeres la conciliación de la vida laboral y profesional traerá consigo, respecto a los hombres, un reparto más

[238] De 31 de marzo de 1992, BOCE I 123 de 8 de mayo de 1992
[239] Art. 6
[240] Esa perspectiva neutra también es la que adopta la recomendación sobre la convergencia de objetivos y políticas de protección social (COM(92) 442 de 27 de julio de 1992, Europa Social, Suplemento 5/1992 Cfr. MALPAS, N "L´usage de l´argument démographique dans les textes communautaires", en "Gender and the Use of Time", cit. pag 333

equitativo de las responsabilidades familiares, lo que el Derecho comunitario está lejos de poder asegurar[241].

La anunciada Directiva marco sobre conciliación de la vida familiar y profesional finalmente cristalizada en el Acuerdo marco sobre el permiso parental, de 14 de diciembre de 1995, celebrando por la UNICE, el CEEP y el ES, incorporado al orden jurídico comunitario por a Directiva 96/34/CE, de 3 de Junio[242].

La Directiva 96/34/CEE y el Acuerdo marco sobre permiso parental tienen un objeto más limitado que el Convenio 155 OIT, aunque traten de "promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadores" no abordan el conjunto de esa problemática y se limitan a imponer determinadas correcciones en los permisos parentales regulados en la legislación labora y de protección social de los Estados miembros. No contemplan otros temas propios de la política familiar y de protección social, como la promoción de servicios de atención a las personas o la cobertura por los sistemas de protección social de las pérdidas de ingresos derivadas de la concesión de los permisos[243].

La Directiva 96/34/CEE, como el Acuerdo Marco que transpone, han tratado de buscar un equilibrio difícil entre favorecer los permisos por maternidad y por paternidad y evitar que a consecuencia de la concesión del derecho a estos permisos se perjudiquen las posibilidades de empleo

---

[241] JUNTER-LOISEAU, A. Y TOBLER, C. "Reconciliation of Domestic and Care Work with Paid Work", en "Gender and the Use of Time", cit. pag 354

[242] Sobre el juego dual del Acuerdo y la Directiva como instrumento de incorporación de la fuente negocial , vid. CASAS M.E. "Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental", RL, 1996, II, pag. 88 y ss.

[243] El goce de los permisos parentales implica, en aplicación del principio de posnumeración, la pérdida de los salarios correspondientes al tiempo no trabajado. De ahí la gran importancia que tiene en esta materia el papel que se asigna a la Seguridad Social en la posible protección de la pérdida de salarios derivada del goce de permiso parental. Sin embargo la Directiva no ha abordado de forma directa ese tema y la cláusula 2.8 del Acuerdo marco se ha limitado a afirmar que "todos los asuntos de seguridad social vinculados con el presente Acuerdo habrán de ser examinados y determinados por los Estados miembros de conformidad con la legislación nacional, teniendo en cuenta la importancia de la continuidad de los derechos a las prestaciones de seguridad social para los diferentes riesgos, y en particular los cuidados sanitarios".

y promoción de las personas con responsabilidades familiares. Contemplan la temática de la conciliación del trabajo y la familia desde la doble perspectiva de facilitar la adaptación de las obligaciones laborales a las responsabilidades familiares, y de éstas a aquellas, sobre todo mediante la suspensión temporal del empleo.

Uno de los rasgos más significativos del permiso parental en su configuración en la Directiva 96/34/CE como derecho individual, no transferible, de los trabajadores, hombre o mujeres. Ese reconocimiento por igual de derechos a hombre y mujeres, trata de facilitar el empleo a las mujeres con responsabilidades familiares evitando los perjuicios que de su otorgamiento exclusivo a la mujer se derivan para su acceso al empleo y a la promoción. Pero además, para favorecer la participación de la mujer en la vida profesional, se propicia una distribución más igualitaria entre hombre y mujeres de las responsabilidades familiares y de la atención a la familia. La norma comunitaria, lo justifica así y habla de "debe animarse a los hombres a asumir una parte igual de las responsabilidades familiares", aunque sin tratar de disciplinar cuestiones referentes a la organización de la familia ni de modificar el reparto de responsabilidades familiares en la pareja[244]. Permite que la madre pueda descargarse parcialmente del cuidado del niño a los hombres que puedan participar del cuidado de sus hijos desde el momento del nacimiento o de su incorporación a la familia[245]. Respeta, desde una perspectiva neutral, la autonomía de decisión de los miembros de la pareja sin introducir "un derecho de reparto de las responsabilidades en el derecho del tiempo de trabajo", con el peligro de que este "circulo

[244] Como ha declarado el TJCE respecto a la directiva 76/207/CEE (Sentencia 12 de julio de 1984, 184/83, Hofmann).

[245]Esta ampliación al varón del permiso no beneficia a las mujeres liberándolas de roles sociales tradicionales en el hogar y la familia para cargar sobre los varones tareas anteriormente propias sólo femeninas, también se favorece al hombre de impedimentos que le impedían atender a la vida familiar, privándole "de las recompensas emocionales derivadas del cuidado y atención a los hijos" como señalaba el Libro Verde de la Comisión Europea sobre Política Social Europea (COM (93) 551, Bruselas, 1993, pag.24

vicioso de la neutralidad se transforme en un círculo vicioso de desigualdades"[246]

El objetivo central de la Directiva 96/34/CE y del Acuerdo Marco[247], como refleja su denominación, es el permiso parental, regulado en su amplia cláusula 2, el permiso parental, y contiene otras disposiciones en apoyo y garantía de tales permisos. Sin embargo, la norma comunitaria deja a los Estados miembros la determinación de las condiciones y modalidades del permiso parental, tanto el alcance temporal del permiso, como las condiciones de acceso, consecuencias, de modalidades del permiso, como las condiciones de acceso, consecuencias, modalidades del permiso, su modo de utilización y los límites y la flexibilización para las pequeñas empresas. El Acuerdo Marco y la Directiva 96/34/CE no se proponen pues como objetivo la harmonización de los diversos sistema nacionales, posiblemente por su dificultad intrínseca, dadas las diferencias nacionales de partida, una de las principales razones alegadas en los años ochenta para el rechazo de la propuesta de Directiva sobre permiso parental y por motivos familiares[248]. La consecución del objetivo común de facilitar la conciliación de la familia y la vida laboral ha de hacerse a través de medidas nacionales, legales o convencionales, que no tienen que ser idénticas ni similares.

El Acuerdo Marco y la Directiva utilizan la expresión permiso parental para referirse sólo al permiso para el cuidado de hijos y no genéricamente al permiso por razones familiares, a diferencia del Convenio de la OIT 156 (1981) y también de la propuesta de Directiva de 1984. El permiso parental viene definido como un derecho individual no transferible de los trabajadores, hombre o mujeres, por motivo de

---

[246] JUNTER- LOISEAU, A. Y TOBLER, C. "Reconciliation of Domestic and Care Work with Paid Work", en "Gender and the Use of Time", cit. pag 357

[247] Dejando al margen la Cláusula 3 del Acuerdo Marco sobre permiso parental sobre "ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor" vinculados a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador.

[248] (C 316/7 de 27 de noviembre de 1984)

nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser hasta los ocho años. La expresión "parental" se utiliza de forma muy genérica y no se identifica exactamente ni con el descanso por maternidad propiamente dicho ni tampoco, como aclaraba el art. 2 de la propuesta de Directiva de 1984, con el "paternity leave", o permiso por paternidad, aunque pueda gozarse por la madre o por el padre. En el permiso parental se incluye no sólo la filiación natural sino también la adopción, aunque permite que en tal caso se ajusten las condiciones de acceso y las modalidades del permiso parental a las circunstancias particulares de la adopción (p. Ej. Con la relación a la edad del adoptado)[249].

El Acuerdo Marco prevé el permiso parental tanto como disfrute de permisos en jornada completa, como en jornada parcial, o de forma fragmentada o en forma de crédito de tiempo, y remite a la legislación o los convenios colectivos nacionales el definir "el régimen del contrato o de la situación laboral para el período de permiso parental "(Cláusula 2,7). Por tanto, puede suponer un "permiso" como licencia parcial con una continuidad "en activo" de la relación laboral pero con alteraciones en la duración del tiempo de trabajo, o suspensiones propiamente dichas del contrato, o incluso excedencias si al final del permiso se asegura la ocupación "del mismo puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad, un trabajo equivalente o similar" (cláusula 2, 5). Por eso más que de un permiso parental, hay que hablar de permisos parentales, dada la variedad de ellos que pueden gozarse a tiempo pleno o a tiempo parcial, fragmentarse o no, asignarse bajo la forma de un crédito de tiempo, etc.

La individualización del derecho no significa sólo el acceso del varón al permiso, que ya no se vincula necesariamente a la maternidad ni a la lactancia natural, sino también la posibilidad de su goce compartido; que

[249] Cláusula 2,3,c). El propio Acuerdo se refiere genéricamente a una edad determinada de hasta ocho años a definir por los Estados miembros.

tanto el trabajador como la trabajadora puedan por separado y acumulativamente hacer uso del correspondiente derecho, evitando un goce alternativo o excluyente del permiso por el trabajador o la trabajadora.

El carácter individual del derecho afecta también a su forma de ejercicio, que es directa y sin someterse, en principio, a "licencia" o concesión del empresario, aunque deban observarse determinados períodos de preaviso, para permitir que el empresario está prevenido y pueda tomar las medidas adecuadas de sustitución del trabajador. Además, el Acuerdo Marco, ha tratado de evitar la imposición de trabas excesivas a las empresas, especialmente las de reducida dimensión, y de tener en cuenta las necesidades empresariales mediante el reconocimiento al empresario de una facultad de oposición al respecto en ciertos casos en los que el goce del permiso pueda resultar particularmente gravoso[250].

La norma comunitaria, al igual que el Convenio 155 OIT, asegura la reincorporación al trabajo tras el goce del permiso parental. Según la cláusula 2, 5 del Acuerdo Marco, "al final del permiso parental el trabajador tendrá derecho a ocupar su mismo puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad, un trabajo equivalente o similar conforma a su contrato o a su situación laboral". Se trata de evitar cualquier perjuicio en el empleo y en la carrera profesional a consecuencia del goce de este permiso, lo que se completa, además con la necesidad de mantener sin modificaciones los derechos adquiridos o en curso de adquisición, así como de beneficiarse de los cambios normativos[251].

---

[250] Según su cláusula 2,3,e), el Derecho nacional podrá definir las circunstancias en que el empresario, previa consulta, estará autorizado a posponer la concesión del permiso parental por motivos justificados relacionados con el funcionamiento de la empresa, y cita a modo de ejemplo algunos de ellos: "por ejemplo, si el trabajo es de tipo estacional, si no se puede encontrar un sustituto durante el período objeto del preaviso, si una proporción significativa de la mano de obra solicita al mismo tiempo un permiso parental, si una función determinada es de importancia estratégica".

[251] Según la cláusula 2.6, "los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso parental. Al finalizar el permiso parental se aplicarán dichos derechos, incluidos los cambios derivados de la legislación de los convenios colectivos o de los usos

Además, con el fin de garantizar que los trabajadores puedan ejercer su derecho al permiso parental, establece que habrán de adoptarse "las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido por haber solicitado la solicitud o cogido un permiso parental, conforma a la legislación, a los convenios colectivos o a los usos nacionales"[252].

La Directiva y el Acuerdo Marco destacan, además del que corresponde a los poderes públicos, el papel que deben asumir también los sindicatos y las organizaciones empresariales en el logro de la conciliación entre las obligaciones laborales y las responsabilidades familiares, declarando que los interlocutores sociales son los mejores situados para conocer las necesidades de los empresarios y los trabajadores por lo que " se les debe conceder un papel particular en la aplicación del presente Acuerdo"[253]. La llamada expresa a la autonomía colectiva en la aplicación del Acuerdo, que se define como marco, supone el deseo de que se reconozca un papel al respecto al convenio colectivo, sobre todo para permitir la adaptación de ésta a las características y peculiaridades regionales, de los sectores económicos, o de las empresas. Ello explica la cláusula 4.3[254], y muestra de que la Directiva contiene una aproximación flexible y abierta a la problemática

---

nacionales". En esta línea la Sentencia del TJCE de 1996 (Gillespie) que , en relación con la Directiva 92/85, ha declarado que un aumento salarial posterior debe repercutir en la retribución que se reciba durante el permiso por maternidad.

[252] Cláusula 4 del Acuerdo Marco. Se hace eco de la técnica de prohibición temporal en la época del embarazo, la maternidad y la lactancia existente en ordenamientos con un régimen más liberalizado de despido, mientras que en otros, como el nuestro, cumple una función similar la nulidad del despido. La Directiva no hace referencia a la problemática de la carga de la prueba que corresponda al empresario que trate de justificar la procedencia de la extinción o el despido, sin embargo de la Directiva CE 97/80, de 15 de diciembre de 1997 cabe deducir que corresponderá a éste cuando existan indicios al respecto, la prueba de la existencia de una causa que permite deducir la desconexión del despido con el permiso parental. Habrán de aplicarse así los principios generales relativos a la prueba de la discriminación contenidos en los respectivos ordenamientos.

[253] Cfr. CASAS, M.E. "Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental", RL, 1996, II, pag. 92 y ss.

[254] Según la cual el Acuerdo Marco "no constituirá un obstáculo al derecho de los interlocutores sociales a celebrar, al nivel apropiado, incluido el europeo, convenios que adapten y/o completen sus disposiciones a fin de tener en cuenta circunstancias particulares".

de la regulación de los permisos parentales para tener en cuenta la diversidad de situaciones que pueden plantearse.

La conciliación de la vida laboral y familiar no se considera ya un asunto privado y personal del afectado, afecta al objetivo igualitario entre hombres y mujeres, pero también a la debida atención a las necesidades familiares, lo que impone una mayor coordinación y concordancia entre el sistema productivo, la familia y el mercado. A tal objeto el Acuerdo Marco se ha limitado a prever algunas medidas con relación al permiso parental, de cuya efectividad se preocupa la Directiva 96/34/CE se preocupa por la efectividad de esas medidas lo que significa no sólo el establecimiento de garantías jurídicas adecuadas del goce de los derechos, sino también la creación de incentivos y de medidas positivas que favorezcan el efectivo goce de los permisos parentales, entre los que se sitúa la cobertura por los sistemas de protección social de la pérdida de salarios.

Para el logro de una mejor armonización del trabajo y las responsabilidades familiares esta normativa comunitaria sobre los permisos parentales supone un paso significativo pero en modo alguno suficiente, dado lo limitado de su contenido respecto a un objetivo tan ambicioso. Por ello en su Preámbulo declara que para promover la conciliación de la vida profesional y familiar debe fomentarse la introducción de nuevos modos flexibles de organización y del tiempo de trabajo, que tengan en cuenta no sólo las necesidades de las empresas sino de los trabajadores, e implica no sólo a los poderes públicos, sino a los interlocutores sociales y a la organizaciones productivas para una mayor comprensión y atención en la negociación colectiva y en la gestión de la empresa de los problemas específicos de la personas con responsabilidades familiares.

Con ello se va más allá de una política laboral y de protección social y se alude a una política familiar que, como el Acuerdo dice, debe

contemplarse en el contexto de los cambio democráticos, el envejecimiento de la población, el acercamiento entre generaciones y la participación de la mujer en la vida activa, y debe prestar atención a una distribución más igualitaria entre los sexos de las tareas del hogar y del cuidado de los hijos y familiares, lo que en el fondo supone un cuestionamiento de los modelos sociales existentes del reparto de roles en la familia y una revisión del "contrato social" entre los miembros de la pareja.

La propia comisión Europea ha reconocido que las Directivas 92/85/CEE y 96/34/CE son "un elemento importante de las medidas necesarias para cumplir el objetivo de reconciliar el trabajo con la vida familiar", pero no son suficientes para cumplir tal objetivo, al ser necesarias otras medidas complementarias o adicionales. Tales pueden ser el suministro de servicios de apoyo de calidad, flexibles y accesibles para los cuidados de los niños y de los familiares a cargo, el desarrollo de políticas educativas para hacer cambiar las actitudes en cuanto a la división del trabajo y a la participación de las responsabilidades familiares en el hogar, el favorecer la mayor sensibilidad de las partes sociales y en particular de los empresarios en facilitar esa compatibilidad, etc. y, muy en especial, una consideración más central de la problemática de la atención familiar en el diseño de los sistemas de protección social.

En esta línea no deja de ser significativo que en las directrices comunitarias para el empleo, para ser incluidas en los Planes Nacionales de Acción para el Empleo por los Estados miembros, aprobadas en noviembre de 1998, se haya incluido dentro del Pilar IV sobre reforzamiento de la política de igualdad de oportunidades, propuestas para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar, cuestión que ha devenido así un objetivo común de la política de los Estado miembros.

7. RESPONSABILIDADES FAMILIARES Y REFORMAS DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Los objetivos y exigencias establecidos en el ámbito internacional y en el comunitario de conciliación del trabajo y la vida familiar, no son extraños al ordenamiento español, en el que antes de la Directiva 96/34/CE se habían establecido regulaciones legales al respecto puesto que los objetivos de esa Directiva se corresponden con valores, principios y derechos constitucionales que presuponen un deber de los poderes públicos de evitar que las dificultades de compatibilidad entre trabajo y vida familiar puedan poner en peligro la igualdad de todos en el acceso al empleo y en la participación en la vida económica y social, y el cuidado debido de la familia de la personal dependientes de ella.

Ya se han examinado los cambios normativos relacionados con la protección de la maternidad y la tutela antidiscriminatoria de la mujer por razón de su maternidad, ahora cabe centrarse de forma más específica en el permiso parental propiamente dicho. Ya se ha dicho que el Estatuto de los Trabajadores, aparte de las breves interrupciones basadas en motivos familiares, contemplaba una excedencia por cuidado de hijos, reservada a la mujer y que además no garantizaba adecuadamente la vuelta al trabajo, también porque la jurisprudencia interpretó la norma estatuaria, en contra de la doctrina más autorizada, equiparando esa excedencia a la excedencia voluntaria[255],sin asegurar el restablecimiento del contrato de trabajo una vez terminado el período de excedencia[256], lo que junto a los efectos negativos en materia de

[255] El Estatuto de los Trabajadores establece una distinción neta entre la suspensión del contrato por "la maternidad de la mujer trabajadora o adopción o acogimiento de menores de cinco años" (art. 45.1 d) y (art. 48.4) la excedencia no superior a tres años para la atención del hijo (art. 46.3), regulada de forma insuficiente y ambigua en especial sobre su carácter forzoso o voluntario, en relación a la existencia o no de derecho a la reserva de puesto, o sea al condicionamiento de la existencia de vacante para poder reingresar en el empleo a la finalización del período de excedencia. Vid. PEDRAJAS MORENO, A. "La excedencia laboral y funcionarial", cit. pag. 232 y ss.

[256] Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. "El regreso al trabajo tras una excedencia voluntaria", RL, 1987

Seguridad social frustró considerablemente efectividad de estos permisos.

Un paso importante a este respecto lo va a significar la Ley 3/89 de 3 de marzo[257], en lo que se refiere a la regulación de la excedencia por hijos. Su Exposición de Motivos reconoce los defectos de la regulación precedente de la excedencia por cuidado de hijos, sin reserva de puesto de trabajo, que en la práctica implica el apartamiento del mercado de trabajo de quienes se acogiesen a la fórmula, para evitarlo "se ha buscado una nueva fórmula legal que establece el derecho a la reserva al puesto de trabajo al menos durante el primer año". No sólo ello, sino que además la nueva redacción que la Ley da al núm. 4 del art. 48 ET, permite que los hijos adoptivos y, como novedad más trascendente, el derecho se abre a los "trabajadores" tanto el padre como la madre, aunque cuando ambos trabajen, "sólo uno de ellos podrá ejercer este derecho"[258]

La configuración autónoma de la llamada excedencia por cuidado de hijos acentúa a la Ley 4/1995 "de regulación del permiso paternal y por maternidad"[259]. Las novedades mas importantes del régimen jurídico de la excedencia por cuidado de hijos, pues así sigue denominándose, en la legislación de 1995 es la reserva del trabajo durante los tres años máximos de excedencia, aunque sólo en el primero es una reserva del mismo puesto y en los dos años siguientes un puesto de trabajo del

---

[257] Por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso de maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo

[258] Cfr. ESCUDERO R. "La Ley 3/1989. Una reforma promocional" de la mujer con acentuados claroscuros", cit. Pág. 1160 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A.V. "La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad e trato de la mujer trabajadora", nota crítica, pág. 3 y ss.; GONZALEZ VELASCO, J. "La excedencia para atender al cuidado de los hijos y la Ley 3/1989, de 3 de Marzo", AL 21, 1989, pág. 259 y ss.; PEREZ ALONSO, N.A. "La excedencia laboral", Valencia 1995, pág. 56 y ss.

[259] Sobre la Ley 4/1995, vid. DILLA CATALA, M:J: " La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos (la Ley 4/95, de 23 de marzo", AL, 40, 1995, pag. 689 y ss.; ESCUDERO, R. Y MERCADER, J.R. "Nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos, RL, 1995, I, pag. 1215 y ss.; QUINTANILLA NAVARRO, "La excedencia para el cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995", RL, 1995, II, pag. 331 y ss.; GORELLI, J. "La protección por maternidad", cit. Pàg. 212 y ss.; BALLESTER PASTOR, M.A. "La excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por razón de matrimonio y revitalización de la excedencia por cuidado de hijos", Tribunal Social, 68, 1996, pag. 18 y ss.

mismo grupo profesional o categoría equivalente, por lo que el trabajador o trabajadora tenia el derecho al reingreso automático y , además, el período de excedencia se computa a efectos de antigüedad, se reconoce el derecho a la asistencia a cursos de formación profesional.[260]

Sin embargo, esas sucesivas reformas del marco legal no eran suficientes para conseguir los objetivos perseguidos, "potenciar las posibilidades de los trabajadores de atender al cuidado de sus hijos, sin que ello implique ningún tipo de discriminación ni perjudique su situación de mercado de trabajo "especialmente de la mujer[261]. Por ello en los últimos años diversos grupos parlamentarios han venido proponiendo reformas legales para fomentar la conciliación de la vida familiar y laboral y para asegurarse una protección especifica frente al despido de la maternidad y a la necesidad de esa reforma se han referido también a los Planes sobre igualdad de oportunidades[262]

En todo caso, la Directiva 96/34/CE obligaba a introducir reformas en nuestro ordenamiento par adoptarlo a las exigencias de la Directiva. Ello lo ha hecho con cierto retraso, pues el plazo para la transposición terminaba el 3 de junio de 1998, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

---

[260] Además a efectos de la Seguridad Social, esa situación de excedencia se considera como período asimilado al alta, aunque sólo a los efectos de desempleo, manteniéndose sin embargo durante el primer año como período de cotización efectiva, como ya había establecido la nueva redacción del art. 167 LGSS por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre. Vid.; al respecto FERNÁNDEZ URRUTIA "Prestaciones económicas de la incapacidad temporal y maternidad", Valencia, 1998, pag. 33 y ss.

[261] DILLA CATALA, M.J. "La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos (La Ley 4/1995, de 23 Marzo)", cit. Pag. 691.

[262] Aparte de ello, en 1997 los sindicatos CC.OO. y UGT presentaron una propuesta de Acuerdo para la Igualdad de Oportunidades de Gobierno y a CEOE y CEPYME, entre las que se encontraban algunas medidas relativas a la conciliación. Cfr. VILCHES, presentado en el seminario Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, UIMP, Santander, septiembre 1999, pag. 12.

La Ley 39/1999 no es una mera transposición de la Directiva 96/34/CE, y tiene un contenido mucho más detenido y amplio que esta Directiva. Sin embargo, el titulo de la ley es excesivamente ambicioso dado su limitado objeto. Ciertamente la Ley 39/1999 se propone "promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras" pero para ello sólo aborda algunos de esos problemas, el de los "permisos parentales" para facilitar la adaptación de las obligaciones laborales a las responsabilidades familiares.

Al igual que la Directiva 96/34/CE y el Acuerdo Marco el tema central de la reforma legal es el permiso parental. Las otras regulaciones que contiene tanto del contrato de trabajo, como procesales (nulidad del despido o modalidad procesal específica), o en materia de Seguridad Social son apoyo y garantía del ejercicio de las correspondientes derechos o reordenación de prestaciones sociales para cubrir perdidas de ingresos derivadas del ejercicio de los nuevos reconocidos a los trabajadores.

La expresión permiso parental no tiene equivalente en el Estatuto de los Trabajadores, puesto que la función propia de ese permiso se ha tratado de lograr combinado diversos y dispersos mecanismos: la tradicional licencia por maternidad, que el Estatuto de los Trabajadores ha regulado dentro de las suspensiones del contrato de trabajo, las pausas de lactancia, la reducción de jornada para cuidado de hijos, la excedencia para cuidado de hijos, vicisitudes del contrato regulados en preceptos distintos no suficientemente coordinados[263]. La dispersión del tratamiento legal de estos permisos parentales en causa, y a la vez consecuencia, del distinto tratamiento que reciben también a efectos de los costes empresariales (saláriales o de cotización en el art. 106.4 LGSS) como, en especial en cuanto a la definición de las situaciones protegidas por la seguridad social (art. 133 bis LGSS). La especial

[263] El art. 37.4 y 5 ET contempla, de forma diferenciada, el permiso de lactancia y la reducción de jornada por guarda legal, el art. 46.3 la excedencia por cuidado de hijos, y el art. 48.4 el tradicional descanso por maternidad.

relevancia de la configuración del permiso a efectos de la Seguridad Social, puede explicar la persistencia de regulaciones diferenciadas de situaciones técnicamente, en cuanto no trabajo con pérdida de salario, podrían considerarse unitariamente como suspensiones del contrato de trabajo.

La Ley 39/1999 mantiene ese tratamiento disperso y descoordinado, y tan sólo ha modificado, para adaptarlos a las exigencias de la Directiva 96/34/CE, determinados preceptos estatutarios sobre suspensión del contrato, excedencias o reducción de jornada por motivos familiares, introduciendo reformas, de diverso alcance, en los art. 37.4 y 5. 46.3 y 48.4 ET[264]. Esta excesiva prudencia puede deberse al propósito declarado en su Exposición de Motivos, de guardar un equilibrio entre el favorecer los permisos por maternidad y paternidad y el no perjudicar las posibilidades de empleo y promoción de las personas con responsabilidades familiares.

La Ley 39/1999 no ha establecido pues una regulación legal, singular, separada y diferenciada del tema, sino que ha modificado una serie de artículos o preceptos contenidos en diversas normas legales incorporando las reformas a los textos legales que tratan las respectivas materias, que siguen siendo reguladas en su lugar "natural", y cuyo conocimiento se facilita por la distribución en capítulos de la Ley en función del cuerpo legal que reforma.

En este tipo de Ley "horizontal" reguladora de todos los aspectos de una materia se comprueba que la interconexión existente entre la regulación laboral material del contrato de trabajo y la adjetivada relativa al proceso de trabajo, así como entre cada una de ellas y la legislación de seguridad social. Asimismo, al contemplar paralelamente

[264] Aparte de ello, el art. 1 Ley 39/1999 ha reformado el art. 37.3 b)ET, en línea con la vinculados a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador, para incluir expresamente ahora la referencia, que podría considerarse implícita, expresa al accidente y a la hospitalización.

el trabajo privado y el empleo público[265], es un caso más del progresivo acercamiento de la regulación de los contenidos de las respectivas relaciones de empleo y protección social pero que ya se dio en la Ley 3/1989 y en la Ley 4/1995.

La 39/1999 contiene una regulación legal uniforme, cerrada, autosuficiente y aunque mínima, se sitúa al nivel de lo "normal" a diferencia de la Directiva 96/34/CE, que trata de establecer una regulación "marco" o básica. Por su detallado contenido, la ley reduce el posible papel regulador del reglamento[266], y, sobre todo, margina al convenio colectivo, en contra del deseo expresado en el Acuerdo marco que se conceda un papel al convenio colectivo para permitir la regulación a las características y peculiaridades locales, sectoriales, o de las empresas.

Incluso en materias en las que la Directiva 96/34/CE remite expresamente a los convenios colectivos para que puedan definir las circunstancias por las que, con adecuadas garantías, el empresario pueda posponer la concesión del permiso parental, la Ley 39/1999 no hace uso de esa reserva ni autoriza a la negociación colectiva a prever, con limites y condiciones, tales excepciones. Incluso la única remisión que en el párrafo segundo del nuevo apartado 3 del art. 46 ET se hace a

---

[265] Paralelamente a las modificaciones que se introducen en la legislación laboral y de la Seguridad Social se introducen cambios en la legislación de funcionarios públicos. Se reforman a tal objeto los arts. 29, sobre excedencia por cuidado de familiares, y el art. 30 sobre permiso por maternidad y paternidad de la Ley 30/1984, de 2 de agosto de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y en el art. 69.3, sobre licencia por riesgo durante el embarazo, de la Ley de funcionarios Civiles de Estado, texto articulado aprobado por Decreto 315/1964 de 7 de Febrero. También se introduce un nuevo párrafo en el art. 21 de Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, y en el art. 20 de la Ley 29/1975 de 27 de junio, de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, por el que se dispone que tiene la misma consideración y efectos que la situación de incapacidad temporal la situación de la mujer funcionaria que haya obtenido licencia por riesgo durante el embarazo.

[266] Excepcionalmente, el párrafo quinto del nuevo número cuatro del art. 48 Et hace una singular llamada a la norma reglamentaria para establecer los términos en los que los empresarios y los trabajadores afectados pueden acordar el disfrute en régimen de jornada completa o a tiempo parcial de los permisos por parto, adopción o acogimiento. Esa ambigua referencia al acuerdo singular y al reglamento parece excluir la negociación colectiva de un tema que le sería propio, también por la diversidad de situaciones que difícilmente puede contemplar la norma reglamentaria.

la negociación colectiva, resulta equívoca en cuanto que puede dar a entender que el único papel que correspondería al convenio colectivo sería ampliar el plazo de duración de la excedencia para el cuidado de familiares. De modo que le resto de la materia no sería susceptible de regulación en los convenios colectivos. Desde luego, no cabe excluir la aplicación del art. 3 ET en cuanto al espacio de mejora del convenio colectivo, el problema es que aquí el convenio debería asumir también un importante papel de adaptación y modulación de los permisos parentales a las peculiaridades de los sectores y de las empresas, en especial las de reducida dimensión en las que el impacto de la ley puede ser más perturbador[267].

8. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS PERMISOS PARENTALES EN LA LEY 39/99

Uno de los rasgos más significativos del nuevo tratamiento legal de esos permisos es acentuar su configuración como un derecho individual y no transferible de los trabajadores, hombres o mujeres.

Las Leyes 3/1989 y 4/1995 ya habían dado pasos al respecto, sobre todo en cuanto a la excedencia por el cuidado de hijos y, con ciertas condiciones, en cuanto al permiso por maternidad. La Ley 39/1999 ha acentuado la individualización del derecho, aunque sin llegar a sus últimas consecuencias.

Algunos de los cambios previstos en la redacción de los artículos reformados del Estatuto de los Trabajadores, aparentemente terminológicos, sin consideración de género, tienen ese alcance, pero sobre todo lo tienen las referencias expresas a "un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres" que se contiene en la nueva

[267] Como reconoce la Directiva sugiriendo medidas de adaptación para esas empresas, por ejemplo en la elección del momento en que se goce la reducción de jornada.

versión del párrafo tercero del apartado cinco del art. 37 y del párrafo tercero del apartado tres del art. 46. También en esta línea de individualización del derecho, el nuevo párrafo tercero del apartado cuatro del art. 48 se refiere, en los casos de adopción y acogimiento, a la opción de los interesados, y permite el disfrute de forma simultánea o sucesiva de estos períodos de descanso.

La Ley, en la medida en que equipara a hombres y mujeres, propicia un reparto más igualitario de los tiempos dedicados a tareas familiares entre hombres y mujeres y, como afirma su Exposición de Motivos, fomenta que los hombres puedan participar del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia.

La individualización del derecho significa tanto el acceso del varón al permiso, que ya no se vincula necesariamente al hecho fisiológico de la maternidad ni de la lactancia natural, como la posibilidad de goce compartido, o sea el que tanto el trabajador como la trabajadora puedan hacer uso por separado y acumulativamente del correspondiente derecho. Pero la individualidad del derecho supone no sólo corregir la concesión exclusiva a favor de la madre, sino también evitar el carácter alternativo o excluyente del goce del permiso ya sea por el trabajador o la trabajadora, la regla es que la posibilidad de goce simultáneo del derecho por el padre y la madre.

Sin embargo, la Ley 39/1999 ha limitado la posibilidad del ejercicio individualizado y simultáneo por el padre y la madre en ciertos casos. Ello ocurre, en principio, con el permiso o descanso de maternidad propiamente dicho, es decir, a consecuencia del embarazo y el nacimiento de un hijo. Este permiso sigue siendo sólo en parte facultativo y está condicionado en todo caso por la efectiva protección de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, lo cual no sólo justifica sino que exige su efectiva concesión en todo caso a

la madre. El nuevo art. 48.4 ET[268] mantiene el derecho de la madre a la suspensión con reserva de puesto de trabajo en el supuesto de parto y, para el período no obligatorio, sigue otorgando a la trabajadora madre el derecho de optar, en el caso de que ella y el padre trabajen, a que puede ser el padre quien disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, siempre que la efectiva incorporación al trabajo de la madre no suponga un riesgo para su salud. La nueva redacción del párrafo segundo del art. 48.4 ET, sólo modifica, respecto a la redacción anterior, el momento posible de goce por el padre, que sigue refiriéndose a un período ininterrumpido, pero sin límites de duración, y que puede gozarse de forma simultánea o sucesiva con la madre. Es decir, la suspensión de 16 semanas por parto corresponde en principio a la madre, pero puede "ceder" parte de su derecho al padre, que podrá gozarlo como derecho derivado, siempre que no sean las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, donde sigue rigiendo el carácter obligatorio del descanso de la madre. En este sentido, el descanso-permiso en caso de parto sólo es parcialmente permiso por maternidad, también en ciertas condiciones, y al poder gozarlo el padre, deviene permiso de "paternidad".

La conexión del permiso-licencia al hecho de la maternidad biológica con especial relevancia del hecho biológico del parto y la preocupación por la seguridad y la salud de la trabajadora que haya dado a luz o esté en período de lactancia, podría justificar esta desigualdad de derechos entre la madre y el padre biológicos, sin que por la breve duración de este descanso permita entender que la preferencia de la trabajadora madre trate de excluirla de la vida laboral o de perpetuar una situación

[268] Aparte de incorporar más claramente de forma separada el supuesto de acogimiento respecto al de adopción, y de ampliar la duración del permiso en los casos de parto múltiple a dos semanas adicionales por cada hijo, a partir del segundo, prescindiendo del tope máximo actual de 18 semanas. Además se ha suprimido la referencia a la jornada "normal" dejando clara la inclusión de los trabajadores a tiempo parcial, de acuerdo al ámbito de la Directiva 96/34/CE y a la igualdad de trato que impone el art. 12.4 d) ET, en la redacción del mismo por el RDL 15/1998. No obstante, falta una coordinación entre las reducciones transitorias de jornada normal por cuidado familiar, y la regulación genérica del trabajo a tiempo parcial.

social de desventaja, por lo que puede ser una diferencia de trato constitucionalmente admisible (SCT 16/1995), e incluso compartible con el art. 2.3 de la Directiva 76/207/CEE[269]. Sin embargo, es mucho menos claro que sea compatible con la Directiva 96/34/CE, que busca una mayor equiparación del padre y de la madre en el goce del permiso parental, tras la superación del período de descanso obligatorio. El sentido de la individualización del derecho no permite en principio un derecho derivado y condicionado ni excluyente. La regulación prevista excluye en principio al padre del goce del permiso parental vinculado inmediatamente al nacimiento del hijo, y sólo aparentemente es una medida que favorece a la mujer, puesto que consagra una división de roles familiares que viene impuesta no por la elección autónoma de la pareja, sino por una decisión directa del legislador laboral y de la Seguridad Social. En otras experiencias para reajustar mejor el reparto de papeles familiares no sólo se concede directamente al padre el derecho sino que, además, el mismo lo "pierde" si éste efectivamente no lo goza. En este punto, el legislador se ha quedado corto posiblemente motivado por la evitación de los costes que ello puede suponer, a corto plazo, para el sistema de Seguridad Social, y de los posibles abusos que la experiencia muestra que ha habido al respecto.

El principio de la no acumulación del derecho a la suspensión del contrato de trabajo, se mantiene respecto a la suspensión por adopción[270] o acogimiento, en el que la opción del período de suspensión es "de los interesados", con disfrute simultáneo o sucesivo en períodos ininterrumpidos. En todos los casos de disfrute simultáneo del período de descanso su duración no podrá exceder de las 16 semanas o las que correspondan en caso de parto múltiple[271].

---

[269] Cfr., Sentencia T.J.C.E. de 12 de julio de 1984, (184/83, Hofmann).

[270] El párrafo final del apartado 4 del art. 48 ET ha previsto, para el supuesto de adopción internacional que requiera el desplazamiento previo y de los padres al país de origen del adoptado, la posibilidad de inicio de la suspensión hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

[271] Ello puede derivar de la trascendencia del tema a efectos de la protección por la Seguridad Social al existir una contingencia específica que da lugar a una prestación por maternidad vinculada al correspondiente descanso, con la peculiaridad además de que desde

En esta misma línea de excepción de la individualización del derecho, dando un trato preferente a la mujer, la nueva redacción del apartado 4 del art. 37 ET, sobre la reducción de jornada "por lactancia"[272], mantiene la referencia a las trabajadoras y a la mujer, configurándolo como derecho, en principio, de la trabajadora y a cargo económico del empresario. Sin embargo, se sigue previendo que pueda ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en el caso de que ambos trabajen, condición que no se exige cuando la solicitante es la madre. Nuestro Tribunal Constitucional no ha considerado contrario al art. 14 CE esta diferenciación[273]. Sin embargo, no es tan clara la contabilidad de la regla con las exigencias de individualización del derecho que impone la Directiva 96/34/CE, sobre todo cuando no se está ante el supuesto de lactancia natural, ni esté en juego la protección de la seguridad y salud[274].

La propia Ley ha sido consciente de su insuficiente contenido, y en la Disposición adicional cuarta hace referencia a campañas de sensibilización pública "al objeto de conseguir que los hombres asuman una parte igual de las responsabilidades familiares, y de manera especial se acojan, en mayor medida, a las nuevas posibilidades que esta Ley ofrece para compartir el permiso parental".

El carácter de derecho individual afecta a su forma de ejercicio, que es directa y no se somete, en principio, a "licencia" o concesión del empresario, sólo a determinados preavisos. Ello ocurre en el caso de la

---

el RDL 11/1998 se ha previsto la bonificación de la cotización empresarial para sustituir al trabajador o trabajadora en suspensión por maternidad.

[272] Ausentarse una hora durante la jornada, con posible fraccionamiento en dos medias horas o reducir la jornada media hora diaria. La Ley 3/1989 introdujo en el apartado 4 del art. 37 el inciso "este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso que ambos trabajen, aunque ello no significa una igualdad de situación de padre y madre trabajadores, al establecerse una preferencia normativa por el disfrute por parte de la mujer que se puede "transferir", el derecho al padre. Vid. Sobre la problemática interpretación del art. 37.4 ET, GORELLI, J. "La protección por maternidad", cit. pag. 339 y ss., y bibliografía allí citada.

[273] STC 109/1994.

[274] Cfr. Art. 26.3 Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales.

reducción de la jornada por motivos familiares, cuya "concreción" horaria y período de disfrute corresponde al trabajador "dentro de su jornada ordinaria" (nuevo apartado 6 del art. 37 ET). La jurisprudencia "menor" de los Tribunales Superiores de Justicia han considerado que el derecho de elección del trabajador tiene el límite de la razonabilidad, es decir no debe elegirse un momento que cause un prejuicio excesivo para el empresario[275]; sin embargo, la reforma no ha recogido este criterio jurisprudencial que no entraría en contradicción con la Directiva 96/34/CE, pues el Acuerdo Marco expresamente se refiere a evitar trabas a las empresas, especialmente las de reducida dimensión, y a tener en cuenta las necesidades de empresarios y trabajadores, y admite la posibilidad de reconocer al empresario alguna facultad de oposición al respecto[276].

Ello se ha tenido en cuenta sólo en el caso de suspensión con reserva de puesto de trabajo disfrutada en régimen de jornada a tiempo parcial, pues para la determinación de los respectivos períodos temporales el nuevo párrafo 5 del art. 48.4 ET prevé un acuerdo individualizado entre los empresarios y los trabajadores afectados "en los términos que reglamentariamente se determinen". La preocupación por no causar al empresario excesivas molestias y cargas en relación con los permisos parentales ha llevado también a incluir en el apartado 5 del art. 37 y en el apartado 3 del art. 46 un idéntico inciso, "el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas del funcionamiento de la empresa". Esta es la única previsión legal de la posibilidad de posposición por el empresario de la reducción de jornada o la excedencia por cuidados familiares por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa, excepción que la Directiva 96/34/CE admite con un alcance mucho más amplio pero rodeado de mayores garantías, al hacerse referencia a la previa consulta, lo que la Ley 39/1999 no ha incluido.

---

[275] Por ejemplo, STJ País Vasco de 1 de diciembre de 1994.
[276] Cláusula 2.3 e)

9. LOS FAMILIARES CUYO CUIDADO DA DERECHO A PERMISOS

La Ley 39/1999 ha ampliado el régimen de permisos parentales, o sea las suspensiones, excedencias o reducciones de jornada, más allá del ámbito estricto del cuidado de los hijos.

Ha sido sensible, en primer lugar, respecto a la nueva situación de las adopciones, teniendo en cuenta también el alcance genérico que en la norma comunitaria tiene el término adopción.

La nueva redacción de los arts. 45.1 d), 46.3 y 48.4 ET incluye ahora, además de la adopción, el supuesto del "acogimiento tanto preadoptivo como permanente"[277]. Como las cada vez más frecuentes adopciones internacionales conocen de figuras muy heterogéneas, podría darse aun el caso de que algunas de ellas no encajasen exactamente en los supuestos precisos de adopción y de acogimiento. Sin embargo, esos términos legales han de interpretarse de forma genérica, como aclara la disposición adicional cuarta de la Ley 39/1999[278], incluyendo también situaciones que cabría calificar como paraadoptivas, al suponer la responsabilización permanente por el cuidado y tutela de menores[279].

El Acuerdo Marco sobre permiso parental permite "ajustar las condiciones de acceso y las modalidades del permiso parental a las circunstancias particulares de la adopción" (cláusula 2.3 c)), una de las cuales es la edad del adoptado a definir por los Estados miembros refiriéndose ad exemplum a hasta ocho años. En el nuevo art. 45.1 d) se fija esa edad límite en seis años, ampliando la edad requerida en relación con el hijo adoptado (que hasta era ahora de cinco años), ello

[277] Y correlativamente el nuevo art. 133 bis LGSS incluye también esa referencia en relación con las situaciones protegidas por la prestación de maternidad.
[278] Que equipara a la adopción o acogimiento preadoptivo o permanente las instituciones declaradas por resoluciones administrativas o judiciales extranjeras, cualquiera que sea su denominación, cuya finalidad y efectos sean los previstos para la adopción o el acogimiento.
[279] En esta línea, el art. 37,5 se refiere genéricamente al cuidado directo por razones de guarda legal de un menor de seis años, salvo que se trate de un disminuido físico o síquico Vid. GORRELLI, J. "La protección por maternidad", cit. Pág. 350 y ss.

se reitera en el párrafo tercero del art.48.4 ET de suspensión con reserva de puesto de trabajo, pero también debe entenderse aplicable al supuesto de excedencia del art. 46.3 ET.

Otra importante novedad de la reforma es la ampliación del ámbito de los familiares, distintos de los hijos, "causantes", en razón de su cuidado, de reducción de jornada o de concesión de permisos. Ahora se incluyen a familiares hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad o enfermedad, no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen una actividad retribuida. Se trata de una previsión que tiene algún antecedente en materia de funcionarios[280], y que no viene impuesta por la Directiva, pero que es congruente con la referencia que hace el Convenio 156 OIT a otros miembros de la familia directa que necesiten cuidado o sostén.

La nueva redacción del número 5 del art. 37 extiende el derecho a la reducción de jornada a los trabajadores que tengan a su cargo esos familiares, e incluye un nuevo párrafo segundo en el apartado 3 del art. 46 ET reconoce el derecho a la excedencia de duración no superior a un año para el cuidado de tales familiares. Ello ha dado lugar también a un cambio terminológico, ahora se habla genéricamente de reducción de jornada "por motivos familiares" de excedencia por "cuidado de familiares". Se responde así a una necesidad social apremiante, que el legislador no puede desconocer, y no se trata de conceder una ventaja o privilegio al trabajador, sino de permitirle conciliar sus obligaciones laborales con la atención que necesitan sus familiares más directos a su cargo.

[280] Desde la reforma de la Ley 30/1984 por la Ley 66/1997 que se refiere a "anciano que requiera especial dedicación".

10. EL REINGRESO AL TRABAJO TRAS EL PERMISO Y LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO "POR REPRESALIA"

Ya se ha dicho que la Directiva 96/34/CE trata de asegurar la reincorporación al trabajo tras el goce del permiso parental, reconociendo el derecho "a ocupar su mismo puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad, un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato o situación laboral"[281], evitando así prejuicios en el empleo y en la carrera profesional a consecuencia del goce de este permiso, lo que se contempla, además, con la necesidad de mantener sin modificaciones los derechos adquiridos o en curso de adquisición, así como de beneficiarse de los cambios normativos[282], lo que puede deducirse de la ley, aunque en la misma sólo se haga referencia a que el período de permiso parental es computable a efectos de antigüedad y al reconocer al trabajador un derecho a la formación profesional.

La reincorporación tras el goce del permiso no se ha planteado respecto al descanso o permiso del art. 48.4 ET, calificado legalmente como de suspensión con reserva de puesto de trabajo, pero si había planteado problemas al respecto el supuesto de permiso no retribuido para el cuidado de familiares del art. 46.3 ET, que la ley sigue calificando como excedencia. Este problema, como se ha dicho, trató de corregirse parcialmente por la Ley 3/1989 y más extensamente por la Ley 4/1995. el nuevo texto del art. 46.3 mantiene la reserva del puesto de trabajo solo "durante el primer año", transcurrido el cual "la reserva quedaría referida a un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente".

Evidentemente la reincorporación no está condicionada a la existencia de vacante, ni tampoco sería posible, sin una modificación del contrato, cambiar la localidad en la que se presta el trabajo, la única diferencia entre la primera fase (el primer año) y la segunda fase en el período de

[281] Cláusula 2.5 del Acuerdo Marco.
[282] Cláusula 2.6

"excedencia" es que en esta última no se asegura el mismo puesto de trabajo. Sin embargo, esa solución en el marco comunitario sólo se justifica en caso de imposibilidad, es decir cuando el puesto de trabajo ha desaparecido y haya de ofrecerse otro del mismo grupo profesional o categoría equivalente, lo que, además, no debería implicar cambio de residencia[283]. En suma, la interpretación del precepto legal desde la Directiva comunitaria no sólo implica el carácter "automático" de la reincorporación, sino, además, no romper la carrera laboral de la persona afectada, la vuelta en lo posible al mismo o similar puesto de trabajo.

11. LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS AL PERMISO PARENTAL

La Ley 39/1999 no se ha limitado a modificar los preceptos del Estatuto de los Trabajadores correspondientes a los permisos parentales y por razones familiares, en el sentido amplio del término, sino que, además, en apoyo de la efectividad del ejercicio del os derechos correspondientes, ha modificado otros preceptos del propio Estatuto y de la Ley de Procedimientos Laboral.

El art. 7 de la Ley 39/1999 relativo a la "extinción del contrato de trabajo" ha reformado los arts. 52 d), 53.4 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, para poner en práctica la prohibición de despedir por motivo de maternidad o de goce del permiso parental que resulta de la Directiva 92/85/CEE y de la Directiva 96/34/CE que obliga a adoptar "las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido por haber solicitado la solicitud o cogido un permiso parental". La reforma de estos preceptos del Estatuto de los Trabajadores corrige la insuficiencia de la protección, sobre todo en los casos no relacionados

[283] BALLESTER, A. "Las excedencias familiares, la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos", cit. Pág. 23

directamente con la maternidad de la mujer trabajadora, y con ello está reconociendo la trascendencia constitucional de cualquier interferencia empresarial en la esfera de la vida familiar de los trabajadores, y la imposición empresarial de una opción entre el sacrificio del empleo o de las responsabilidades familiares.

La reforma, yendo más allá de la protección actual frente al despido por maternidad, trata de evitar decisiones extintivas relacionadas genéricamente con el goce de los permisos parentales o por razones familiares, tanto por la trabajadora como por el trabajador, desligando esa protección de la discriminación por razón de género, asegurando así la plena efectividad de los derechos reconocidos en la Directiva[284].

A tal fin, la Ley 39/1999 ha introducido una reforma parcial del párrafo segundo de la letra c) del art. 52 ET, sobre el despido, mal llamado extinción del contrato, por causas objetivas, para excluir el cómputo dentro de las faltas reiteradas de asistencia justificadas pero intermitentes, no sólo, como ya figuraban las ausencias por razón de maternidad o licencias, sino también las debidas a ausencias por riesgo durante el embarazo, parto o lactancia (no sujetas a las condiciones a que se somete las ausencias por enfermedad no laborales), todo ello en línea con la más reciente jurisprudencia comunitaria sobre la no toma en cuenta a efectos del despido de las ausencias por enfermedad derivada del embarazo o maternidad.

Más importantes son las modificaciones introducidas en los artículos 53.4 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. En uno y otro caso se incluye en párrafos separados una nueva causa de nulidad de la decisión empresarial de extinción del contrato de trabajo o del despido

[284] En la línea de medidas disuasorias eficaces frente al empresario a las que se refiere la sentencia Dekker, de 8 de noviembre de 1990, del TJCE. Ello implica la consideración de la "presencia de causa radicalmente opuesta a principios esenciales del ordenamiento jurídico, en cuanto supone desconocimiento o violación de los derechos de la persona, que se reputan intangibles" (ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE M.E., "Derecho del Trabajo", XVII ed., Madrid, 1999, Pág. 451.

disciplinario, el supuesto que los trabajadores se encuentren en el período de suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento, a que se refiere la nueva letra d) del apartado 1 del art. 45 ET, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período, y el de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio de su embarazo hasta el comienzo del período de suspensión, y la de los trabajadores, hombres o mujeres, que hayan solicitado o estén gozando un permiso de maternidad o parental o el disfrute de un período de excedencia para el cuidado de los hijos.

Esa nulidad tiene una salvedad, el que "se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados". Aunque en la descripción de los supuestos de despido nulo se haya primado el momento temporal o la circunstancia en que se encuentre el trabajador o trabajadora, lo decisivo habrá de ser no el momento en que se produzca el despido (que puede servir a efectos indiciarios), sino si ese despido puede considerarse que tiene por causa o motivo el embarazo, la maternidad, la lactancia, y ahora las responsabilidades familiares del padre con los hijos menores, o el cuidado de familiares. Sin embargo, en la descripción de los supuestos de despido nulo se ha primado, por así decirlo, el elemento temporal, en cuanto que la nulidad se conecta directamente a las circunstancias en que se encuentre el trabajador o trabajadora (el embarazo, el goce del permiso parental, o su solicitud).

Ello explica que se permita al empresario que pueda acreditar que los motivos de la extinción o del despido son ajenos a tales circunstancias. La carga de la prueba, de la existencia de motivos ajenos[285] que

[285] La referencia a ajenos implica una verificación más estricta, en relación con lo que la jurisprudencia constitucional ha llamado, de forma algo equívoca, un despido pluricausal. No se trata sólo de que la medida sea objetiva, razonable y proporcional, sino, además, de que la causa no puede tener nada que ver con los trastornos que de la prestación laboral derivan del embarazo o del permiso parental. Ha de aplicarse en consecuencia el método sugerido por el Tribunal Constitucional en relación con los despidos discriminatorios por razón de sexo. No basta la existencia de una concausa, sino que ha de excluirse que exista cualquier

excluyan la consideración del embarazo o de los permisos parentales, corresponderá al empresario que trate de justificar la procedencia de la extinción o el despido[286], cuando haya una coincidencia temporal entre la medida extintiva y esa circunstancia, o existan indicios que permitan sospechar del carácter discriminatorio por circunstancias familiares del despido.

La nulidad del despido significa su plena ineficacia, el mantenimiento en vivo de la relación laboral con la necesaria reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo. Ello se asegura mediante las modificaciones que la Ley 39/1989 introduce en los artículos 108.2 y 122.2 la Ley de Procedimiento Laboral sobre procedimiento por despido disciplinario y extinción del contrato por causas objetivas para hacerse reiterar a efectos del proceso y ejecución de la sentencia las nuevas causas de nulidad de la extinción o el despido.

Pero no han sido las únicas reformas de la Ley de Procedimiento Laboral, puesto que la Ley 39/1999 además ha creado una nueva modalidad procesal con un objeto limitado referida a los litigios derivados de la concreción horaria y la determinación del período de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares[287]. Con ello se podrán resolver de inmediato los litigios que se susciten con el empresario con motivo de la concreción horaria, la determinación de la fecha del disfrute del permiso de lactancia o la reducción de jornada por motivos familiares, y que por el tema que plantean requieren una decisión inmediata y definitiva. Sin

---

causa relacionada con el embarazo y la lactancia, de modo que el órgano judicial ha de llegar a la convicción de que el despido o la extinción nada ha tenido que ver con el embarazo o el permiso parental.

[286] El art. 96 LPL, con relación a la discriminación por razón de sexo, impone al demandado cuando existan indicios al respecto, "la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". DE forma similar se ha manifestado la Directiva CEE 97/80, de 15 de diciembre de 1997.

[287] Se prevé un procedimiento preferente y sumario, con plazo muy breve de presentación de la demanda (veinte días), tramitación urgente, acto de vista dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda y firmeza de loa sentencia, que ha de dictarse en el plazo de tres días, sin posibilidad de recurso de suplicación (para lo que también se modifica del art. 189.1 LPL).

embargo, siguen sometidas al proceso ordinario las controversias surgidas por el resto de la regulación en materia de permiso parental, incluidas las derivadas de la reincorporación al trabajo.

12. PERMISOS PARENTALES Y PRESTACIONES ECONÓMICAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Históricamente, un elemento clave en la protección de la maternidad ha sido garantizar a la trabajadora, aparte de las prestaciones sanitarias correspondientes, la no pérdida de ingresos durante el período de licencia por maternidad, ya bajo la forma de licencia de maternidad remunerada, ya, sobre todo, mediante una cobertura por un seguro social, por la Seguridad Social, o en su caso, por un sistema de protección social de la prestación o subsidio correspondiente[288].

En nuestro ordenamiento, como ya se ha dicho, la Ley 42/1994 volvió a configurar como contingencia diferenciada la prestación de maternidad, con unos limites muy precisos, lo que supone "a contrario sensu" la exclusión de todo tipo de prestación todos los demás permisos parentales que excedan de ese permiso parental de maternidad, los cuales, por así decirlo, han de correr a cargo del interesado, que al reducir su trabajo o suspenderlo temporalmente acogiéndose a la "excedencia" para el cuidado de hijos o por razones familiares, verá reducida o suspendida su retribución. Esta diferencia de trato por parte de la Seguridad Social puede explicar la dispersión y complejidad del tratamiento de los permisos parentales en el Estatuto de los Trabajadores.

[288] Que en el Convenio num. 103, 1952, se establece un mínimo de dos tercios de sus anteriores ingresos. Por su parte, el Convenio sobre la Seguridad Social (norma mínima), 1952 (num. 102) distingue las prestaciones de maternidad, incluyendo dentro de ellas pagos periódicos por pérdida de ganancias, como una de las nueve ramas de la Seguridad Social. Vid.OIT, "La protección de la maternidad en el trabajo, cit. pag. 69 y ss.

La nueva regulación de los permisos de parentales no ha tenido gran incidencia en la acción protectora de la Seguridad Social, aunque sí alguna para lo que la Ley 39/1999 ha introducido algunas modificaciones en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. El cambio más significativo a consecuencia de la consideración como nueva causa de suspensión del contrato de trabajo, la del riesgo durante el embarazo es la creación de una nueva contingencia para cubrir la pérdida de salarios que se origina a la mujer trabajadora a consecuencia de la suspensión de su contrato de trabajo[289].

Las diversas fórmulas de permisos por maternidad o similares plantean un problema, al coste adicional que suponen para el empresario, que ha de seguir cotizando para el trabajador o trabajadora que goza del permiso parental, y que puede verse obligado a sustituir a los trabajadores con el contrato suspendido por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción y acogimiento. Para evitar esa carga, que puede desanimar el empleo de mujeres, el Real Decreto Ley 11/1998, de 4 de septiembre, ha regulado las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, liberar al empresario de los costes de la Seguridad Social a su cargo, con lo que se trata de conseguir lo que se ha llamado el "coste cero" de esa sustitución[290].

---

[289] La "prestación económica de riesgo durante el embarazo", que gestionará el INSS, es de cuantía igual a la prestación por incapacidad temporal derivada de enfermedad común, o sea el 75% de la base reguladora correspondiente pero su percepción se inicia en la fecha de la suspensión del contrato de trabajo, sin imponer suponer costes al empresario y finaliza cuando se inicie el período de descanso por maternidad biológica o desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto de trabajo anterior o a uno compatible con su estado (nuevos arts. 134 y 135 LGSS). Esta prestación se aplica a las trabajadoras por cuenta ajena, incluidas en los Regímenes Especiales y también a los trabajadores por cuenta propia incluidos en los Regímenes Especiales del Mar, Agrario y trabajadores autónomos, "en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente". Para los socios de cooperativas, o socios de trabajo de las sociedades cooperativas y trabajadores de sociedades laborales estos derechos se reconocen con independencia de su régimen de afiliación a la Seguridad Social (disposición adicional primera).

[290] En la misma línea, la Disposición adicional catorce del Estatuto de los Trabajadores concede una reducción en las cotizaciones a la Seguridad Social por contingencias comunes en las contrataciones de interinidad que se celebren para sustituir al trabajador que esté en excedencia por cuidados de hijos. La Ley 39/1989 ha provisto la modificación del Real

La Directiva 96/34/CE no impone exigencias concretas respecto a la protección por la Seguridad Social de los permisos parentales, sin embargo, destaca la importancia de la continuidad de los derechos a las prestaciones de la Seguridad Social para los diferentes riesgos[291]. Por tanto, el legislador español no estaba obligado a revisar el régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social, más allá de lo que ha hecho en relación con la prestación económica de riesgo durante el embarazo. Sin embargo, esa legítima opción legal supone en la realidad un muy importante límite a la efectividad del goce de los permisos. La experiencia internacional demuestra que "cuando los sistemas de concesión de licencias no garantizan ninguna remuneración, es difícil (y aun imposible) que los trabajadores con bajos salarios puedan beneficiarse de ellas"[292]. Si no existe ninguna prestación o ayuda económica los padres deben ser económicamente autosuficientes para poder gozar de la licencia, lo que en le caso de las crecientes familias monoparentales no es la regla, y en el caso de existencia de pareja supone una opción por el mantenimiento de la renta salarial de uno de ellos que, con mucha probabilidad jugará "a favor" de que la madre goce del permiso, y deje, al menos temporalmente, el trabajo, con lo que no sólo se no se consigue el objetivo igualatorio, sino que, al contrario, la práctica del permiso parental acentúa la desigualdad en el empleo de las mujeres y el que el cuidado familiar sea una función fundamentalmente femenina[293], de modo que en vez de favorecer una subdivisión igual de

---

Decreto Ley 11/1998, para incluir la sustitución de la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, y la del encabezamiento de la Disposición Adicional Decimocuarta del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, para hacer referencia, ahora genéricamente, a la excedencia "por cuidado de familiares". Además la Ley tiene en cuenta la problemática específica de los trabajadores autónomos, socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades para incentivar la sustitución interina de esas personas en los casos de riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción y acogimiento preadoptivo o permanente.

[291] Cláusula 2.8

[292] OIT "La protección de la maternidad en el trabajo", cit. pag. 115

[293] Cfr. SINGLY, "Le care familial" en "Gender and the Use of Time", cit. pag. 191 y ss.

las tareas entre ambos padres, se contribuye a perpetuar la división tradicional de papeles entre padre y madre[294].

El efectivo goce del derecho a la licencia parental y de la igualdad de acceso al mismo tanto de los padres como de las madres, requiere medidas adicionales que compensen la pérdida de los salarios por el tiempo en que se goza de esos permisos, la existencia ya sea de prestaciones parentales, ya de subsidios familiares y subsidios por hijos, lo suficientemente altos como para compensar la pérdida temporal de ingresos durante el período, pues la experiencia internacional demuestra que "existe un estrecho vínculo entre las tasas de sustitución de ingresos y las tasas de solicitud de licencias"[295]

La falta de protección social de los permisos parentales es posiblemente una de las razones de la escasa tasa de actividad en España de las mujeres casadas, en relación con la media europea[296], e incluso que esas mujeres y, además y sobre todo, las que tienen a su cargo familias monoparentales se ven forzadas a la"doble presencia" en el mercado y en la familia, conciliando "a su costa" vida familiar y vida laboral, lo que se ha calificado críticamente como la "vía mediterránea" para la integración de la mujer en el mercado de trabajo[297]. La experiencia de los países nórdicos indica que los sistemas de protección social deben adaptarse a la concepción de las relaciones sociales entre

---

[294] Cfr. VIELLI, P. "Congedi parentale e tutele previdenzialli". Un'analisi comparata", DRLI, 80, 1998, IV, pag. 782.

[295] Cfr. OIT, "La protección de la maternidad en el trabajo", cit. pag.110 y ss.

[296] En el caso español aunque la tasa de actividad de las mujeres casadas menores de 25 años es más alta que la media europea, es sensiblemente más baja respecto a la de las casadas de más de 25 y 49 años, período de mayores cargas familiares, también es bastante mayor que en otros países europeos la diferencia entre las tasas de actividad femenina de las casadas respecto a las solteras, uno y otros fenómenos son una muestra de la insuficiencia de las políticas de conciliación entre vida familiar y profesional. Vid. Datos al respecto en Instituto de la Mujer, "Comparativa España- Unión Europea: mujer y mercado laboral", Madrid, 1999, pag. 4 y ss.

[297] Cfr. BETTIO, F. y VILLA, P. "Strutture familiari e mercati del lavoro nei paesi sviluppati: l'emergere di un percorso mediterráneo per l'integrazione delle done nel mercato del lavoro", Economia e lavoro,2, 1993, pag. 3 y ss. En el caso español "la estrategia principal que utilizan las mujeres para armonizar el triángulo vital familia-empleo-hogar es el sobretrabajo, la sobrecarga de roles", DANCAUSA, C. "Propuestas para lograr la conciliación de la vida familiar y laboral", Documento presentado en el Seminario Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, UIMP; Santander, septiembre 1999, pag. 11

los géneros según la cual todo padre debe contribuir en medida igual tanto a las exigencias económicas como las exigencias del cuidado de la prole, para lo que es necesario combinar políticas de empleo y de protección social que incentiven el desarrollo de una actividad laboral por parte de las madres y la participación de los padres en el cuidado de los hijos, pero también la participación, lo que a la postre implica la necesidad de reconocimiento de derechos fundados en el cuidado familiar, en el ejercicio de la función parental, desde una visión más solidaria, y menos centrada en la valoración única del trabajo asalariado[298].

13. - LA NECESIDAD DE MEDIDAS ADICIONALES

La Ley 39/1999 supone un nuevo paso apara el logro de una mejor armonización del trabajo y las responsabilidades familiares, de las personas que trabajan. Sin embargo, está muy lejos de asegurar el objetivo ambicioso a que responde su título, sobre todo si la expresión "conciliación" o reconciliación asume el sentido más actual de reequilibrio de los tiempos de trabajo y los tiempos familiares entre hombres y mujeres.

Sin embrago, esa armonización requiere medidas adicionales que no cabe olvidar como suministro de servicios de apoyo de calidad flexible y accesibles para los cuidados de los niños y los familiares, el desarrollar políticas educativas para cambios de actitudes en cuanto a división del trabajo y a la participación de a las responsabilidades familiares en el hogar, favorecer la mayor sensibilidad de las partes sociales y en particular de los empresarios en facilitar esa competitividad, etc. Queda, pues, bastante por hacer, pero no sólo por los poderes públicos sino también por la propia sociedad.

---

[298] Cfr. VIELLI, P. "Congedi parentale e tutele previdenzialli". Un 'analisi comparata", cit. pag. 795 y ss.

Ya se ha hecho referencia a la necesidad establecer algún tipo de prestaciones sociales o deducciones fiscales en relación con las situaciones hoy no cubiertas por nuestro sistema de Seguridad Social. Resulta necesario también la creación de infraestructuras para el cuidado infantil o de personas mayores y servicios de atención domiciliaria para liberar correlativamente a los familiares, especialmente la mujer, encargados de ese cuidado.

Esa necesidad de evidencia para el caso español, pues un reciente estudio comparado[299] muestra que España es uno de los países de más baja cobertura en la atención de menores de tres años en servicios financiados públicamente, el 2 por ciento, y es también el país en que se mantiene un mayor porcentaje de atención "informal" por la familia de las personas dependientes y donde existen menos servicios sociales para la atención institucional o domiciliaria de esas personas. A ello se une que nuestro sistema de protección social es posiblemente el menos sensible en Europa respecto a la protección familiar[300], y que el tratamiento fiscal de las cargas familiares es muy poco generoso.

La conciliación, según se ha dicho, no sólo requiere asegurar la compatibilidad entre vida laboral y familiar, sino que esa compatibilidad no se haga a costa de opciones de autoexplotación y profundización de las desventajas en el empleo[301], y además con el riesgo de la desatención de tareas familiares cuando no se de la renuncia a la maternidad.

El problema no puede reducirse a conciliar en supuestos concretos trabajo y vida familiar sino que hacen falta actuaciones más amplias que

[299] Vid. BETTIO, F. y PRECHAL, S. "Care in Europe", Bruselas, 1999
[300] Cfr. ARGÜELLES BLANCO, A.R. "La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral", cit.
[301] Vid. DE LUIS, P. "L'utilisation du temps comme facteur explicatif du développement des carrières. Son effet sur la promotion professionnelle des femmes" en "Gender an the Use of Time", pag. 109 y ss.

en la planificación y organización del mercado de trabajo tengan en cuenta también la atención de los asuntos familiares o domésticos[302].

Para ello no bastan medidas legales, ni tampoco la actuación del Estado y de los poderes públicos. También las empresas, las organizaciones empresariales, los sindicatos, las asociaciones familiares, y las familias, deben asumir un papel activo, y por ello resulta necesaria una sensibilización pública sobre esta problemática, que valore adecuadamente la función y el papel que en el conjunto social se realiza en el seno de las familias. Ello viene, además, obligado por el respeto de valores, principios y derechos que nuestra Constitución consagra y que exigen impedir que la incompatibilidad entre trabajo y vida familiar ponga en peligro tanto la igualdad de todos en el acceso al empleo y en la participación en la vida económica y social, como el cuidado debido de la familia y de las personas dependientes de ella.

[302] Cfr. DANCAUSA, C. "Propuestas para conciliar la vida familiar y laboral", cit. pag.21