



Los derechos de conciliación en la Ley 39/99: Interrupción o reducción de la actividad laboral para atender responsabilidades familiares

TERESA PÉREZ DEL RÍO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. Universidad de Cádiz



1. LOS OBJETIVOS DE UNA LEY DE CONCILIACIÓN DE RESPONSABILIDADES FAMILIARES Y PROFESIONALES Y LA LEY 39/99

Es evidente que la posición de la mujer en el mercado de trabajo ha variado mucho en la última década y ello puede ser demostrado estadísticamente. Esta afirmación es sin embargo compatible con el hecho, asimismo demostrable estadísticamente, de que la situación dista mucho de ser igualitaria: persiste en el mercado de trabajo una situación de discriminación grave de la mujer, que determina una situación social asimismo discriminatoria¹. La diferencia más notable respecto de hace una década es que actualmente este hecho se percibe por los poderes sociales –o al menos así se manifiesta formalmente– como un problema –más o menos– importante, al que hay que enfrentarse, estableciendo para su eliminación políticas sociales públicas. Uno de los instrumentos de lucha contra la discriminación –no el único ni siquiera el más importante– es el Derecho, y específicamente, en el ámbito del mercado de trabajo, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Resulta evidente que respecto del tema de la discriminación por razón de sexo, en el ordenamiento jurídico laboral español se ha producido una evolución importante a lo largo de la última década y que este cambio ha sido influido notablemente por nuestro ingreso en la Unión Europea, ámbito en el que desde 1957 pero sobre todo desde la década de los 70 más concretamente, a partir de 1975 han sido adoptadas un conjunto de normas en materia de igualdad de trato y prohibición de discriminación por razón de sexo que debían ser traspuestas a nuestro ordenamiento jurídico.

Una de las causas que más ha contribuido a configurar una situación discriminatoria de la mujer en el mercado de trabajo es el reparto de los “roles sociales”. Al hombre le ha sido asignada tradicionalmente la función de producción mientras que a la mujer se

le ha obligado a asumir la función de reproducción. Ello significa que el mundo del trabajo productivo se ha considerado un mundo “extraño” para las mujeres y se ha conducido a que la elaboración de las normas laborales se haya realizado tomando en consideración un modelo de trabajador masculino, carente de problemas relacionados con la maternidad y con las responsabilidades familiares; por tanto, dedicado con exclusividad a “su” trabajo. Por el contrario, la asignación del rol reproductivo en exclusiva a las mujeres, ha creado en quien emplea un prejuicio de que la mano de obra femenina es más cara y menos productiva precisamente debido a la necesidad que las mujeres tienen de compatibilizar su trabajo y las responsabilidades familiares asignadas.

Si en realidad se asume como objetivo del ordenamiento jurídico la consecución de la igualdad de oportunidades y la eliminación de la discriminación por razón de sexo en el empleo y el trabajo, se debe tener en cuenta que el camino para conseguirlo no es precisamente facilitar a las mujeres la compatibilización de responsabilidades familiares y profesionales porque ello en definitiva produciría indudables efectos “boomerang”. La única vía con efectividad real es la ruptura con la asignación de roles; al igual que las mujeres se han integrado en el mundo de la producción, los hombres deben asumir sus responsabilidades familiares y para ello se hace absolutamente necesaria la adopción de medidas legales que tengan como objetivo impulsar el reparto de las mismas.

En el ámbito comunitario, la prohibición de discriminación por razón de sexo en el empleo, constituye, según la doctrina del TJCEE, un derecho fundamental que debe ser garantizado en todos los estados Miembros². Todos los organismos comunitarios (Comisión, Parlamento, Consejo e incluso Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) han puesto de manifiesto que la vía más eficiente de garantizar este derecho es impulsar el reparto de las responsabilidades familiares.

1

Los datos más relevantes que a grandes rasgos demuestran esta afirmación serían los siguientes: una tasa de actividad del 38% (la más alta de la historia de España), que en parte ha repercutido en un incremento del nivel de empleo (29,4%) pero también en una tasa de desempleo muy superior a la masculina (22,9% frente al 10,9%), junto con un índice de atipicidad superior, en concreto de temporalidad masculina y un índice muy superior de trabajo a tiempo parcial que se estima en el 75% (“Panorama sociolaboral de la mujer en España”, n.º 6, octubre 1996); finalmente los mismos informes ponen de manifiesto la existencia de una diferencial salarial de la mujer de 76,5%. CES: “Panorama sociolaboral de la mujer en España”, n.º 18, octubre 1999.

2

VV.AA. (Coord. Cruz Villalón): “La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral”, Aranzadi, Madrid, 1997. Desde el punto de vista normativo, vid. art. 141 CE (Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), especialmente párrafo 4.º.



Todos los programas comunitarios de acción para la igualdad de oportunidades han venido asumiendo como objetivo “Favorecer e impulsar la conciliación de trabajo y vida familiar de hombres y mujeres”. El último de éstos, el cuarto programa, vigente hasta el año 2000⁸ recoge asimismo este objetivo (Punto nº 3).

Ha sido adoptada la Recomendación 92/241/CEE del Consejo sobre el cuidado de niños y niñas; la Directiva 92/85 sobre protección de la maternidad, cuyos objetivos son varios, entre ellos, primordial, la protección de las trabajadoras frente a la discriminación por esta causa y, finalmente, después de varios intentos fallidos, la Directiva 96/34/CEE que incorpora el acuerdo marco sobre permiso parental y por razones familiares, celebrado entre la UNICEF y la CES, en el que se reconocen derechos individuales a los trabajadores para facilitar la conciliación de responsabilidades familiares y profesionales, sobre el principio de “no trasferibilidad” de los mismos.

De lo expuesto hasta el momento se puede deducir que una Ley de conciliación debería enmarcarse en una política antidiscriminatoria de carácter global, y los objetivos a perseguir deberían ser: de un lado, y primordialmente, la eliminación de la causa real de la situación de discriminación que se pretende erradicar, es decir, debería impulsar e incentivar el reparto por igual entre hombres y mujeres de las responsabilidades familiares; de otro, debería permitir la adecuación del ordenamiento jurídico a las exigencias comunitarias en la materia, mediante una transposición completa de las Directivas adoptadas en este ámbito (como señalamos, la D/92/85/CEE sobre protección de la maternidad y la D/96/34/CEE sobre permisos y licencias parentales). Al tiempo, se deberían también adoptar medidas complementarias mediante las cuales los poderes públicos asumieran parte de los costes sociales que dichas responsabilidades significan, es decir, la ley debería acompañarse de una inversión

suficiente en medios y servicios públicos de cuidado.

Según se puede deducir de su Exposición de Motivos, la Ley 39/99 asume como objetivos la transposición completa a la legislación española de la normativa comunitaria (D/92/85/CEE y 96/34/CEE); y se añade: “superando los niveles mínimos de protección previstos en ella”.

Como veremos, ese objetivo no se consigue. Se puede constatar que aún quedan temas relativamente importantes en que la transposición de dichas normas no ha sido completa y, por tanto, respecto de los cuales permanece la situación de incumplimiento que había caracterizado el ordenamiento español hasta la adopción de la Ley.

En segundo lugar, la Ley no se propone impulsar el reparto de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres; expresamente reconoce que tiene por objetivo “facilitar que los hombres puedan ser coparticipes del cuidado de los hijos” y, aunque la exposición de motivos no lo dice, de los restantes miembros de la familia necesitados de dichos cuidados, sobre todo mayores, enfermos y minusválidos. Es decir, la ley facilita un más equitativo reparto de los roles sociales en materia de responsabilidades familiares, pero no lo impulsa ni lo incentiva.

Ello no significa en absoluto garantizar la igualdad de oportunidades en el empleo porque la Ley puede ocasionar indeseables efectos “boomerang” en este aspecto; si, como se ha señalado, la no contratación de mujeres por quienes emplean, viene justificada por éstos en los mayores costes tanto económicos como organizativos que supone el reconocimiento por la normativa hasta el momento vigente de derechos de protección específicos. Tales efectos “boomerang” habrían sido evitados si el incremento de los derechos relacionados con la conciliación se hubiera reconocido a los hombres sin



“trasferibilidad” como sugiere la D/96/34/CEE.

Un reciente informe realizado para la Comisión Europea por la Red de Expertos de la UE y dirigido por Francesca Bettio y Sacha Prechal denominado “Cuidado en Europa” (**Care in Europe**), pone de manifiesto que España constituye uno de los países europeos donde se mantiene un mayor porcentaje de atención informal de las personas dependientes en el seno de la familia; es el país donde menos servicios sociales existen para la atención institucional y/o domiciliaria de esas personas y cuyo sistema de protección social es menos sensible a la protección de la familia. Este hecho ha sido reconocido de forma expresa por el Consejo Económico y Social que señala que la política familiar en España se caracteriza especialmente por su inexistencia. Este hecho produce efectos indudables sobre el índice de natalidad español, que como se ha puesto reiteradamente de manifiesto, es el más bajo del mundo y, de forma notable, sobre la situación de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo.



2. MEDIDAS ADOPTADAS EN MATERIA DE INTERRUCCIÓN O REDUCCIÓN DE LA ACTIVIDAD LABORAL PARA ATENDER RESPONSABILIDADES FAMILIARES

La regulación vigente hasta la actualidad en esta materia, vienen caracterizada por importantes disfunciones que han complicado su aplicación de manera extraordinaria. La causa de las mismas es sin duda el hecho de que, todo lo referente a derechos de conciliación, en sus orígenes y de forma coherente con la distribución de roles sociales, se asigna a aquel de los padres a quien se atribuyen las responsabilidades familiares, es decir, a la madre. Como señala Lousada Arochena⁴, si la mujer trabajaba en la casa, los hombres no necesitaban derechos de conciliación, y en el supuesto excepcional del trabajo femenino extradoméstico, la normativa no pretendía otorgar a los hombres derechos para conciliar con su trabajo (rol asignado) unas responsabilidades que no le correspondían, sino facilitar a la mujer la posibilidad de ejercer las responsabilidades que “por naturaleza” le correspondían.

Cuando comienza a apreciarse la ruptura del tradicional modelo de asignación de roles, nuestro ordenamiento jurídico, con retraso respecto de los restantes europeos, empieza de forma tímida a reconocer a los padres ciertos derechos de conciliación. Sin modificar la perspectiva de origen de la norma; es decir, sin cambiar su titularidad originaria asignada a la madre, comienza a permitir que los padres disfruten de derechos (una parte de la suspensión por maternidad, el permiso de lactancia).

Esta técnica normativa no se adecua a la política y la normativa comunitaria en la materia, que establece una figura única (denominada “permisos parentales”), de titularidad indistinta con varias modalidades de ejercicio. Por el contrario, el ordenamiento español prevé diversas instituciones y derechos con objetivos similares, pero asignando muchas veces a las mujeres su titu-

laridad directa y permitiendo su cesión parcial y, en todo caso, trasluciendo la conciencia de que, aunque la titularidad sea compartida, serán las mujeres las que la ejerciten.

Esta perspectiva y esta técnica normativa, plantea importantes disfuncionalidades que sólo en parte han sido solucionadas por la Ley 39/99, ya que el objetivo de la norma no significa un cambio respecto de la tendencia anterior, no tiene por finalidad incentivar y promocionar el reparto de responsabilidades familiares, sino tan solo permitirlo, si bien en un nivel de intensidad superior al anteriormente reconocido.

Las modificaciones introducidas ponen de manifiesto la escasa importancia que tradicionalmente se ha otorgado a esta materia por la normativa española, que como señala Ballester Pastor⁵, contrasta con la enorme potencialidad de una buena regulación respecto de la conciliación de responsabilidades familiares y profesionales; además, a la crítica en óptica de suficiencia desde el objetivo de la norma, ha de añadirse la realizabilidad desde el punto de vista del cumplimiento de las obligaciones comunitarias al respecto.

1

Permisos y licencias retribuidos (Art. 37.3 ET).

Por lo que se refiere a los permisos y licencias reconocidos en el Art. 37.3 la reforma incrementa el número de las causas que originan el derecho a licencia remunerada, en el sentido de establecer que “la enfermedad grave u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad” dará derecho a disfrutar de dos días de permiso; cuando el trabajador/a por ese motivo necesite realizar un desplazamiento, el periodo será de cuatro días.

La ampliación causal tiene cierta razón de ser, ya que así se evita una práctica, no infrecuente en los convenios colectivos, que reconocían derecho al permiso remunerado sólo en caso de hospitalización, entendiéndose que sólo en este caso se puede entender la enfermedad de suficiente gravedad⁶.

³ Aprobado por Decisión de Consejo de Trabajo y Asuntos Sociales el 22.12.1995. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Serie Documentos nº 20, 1996.

⁴ “Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidas por la Ley 39/99 de 5 de noviembre” (en publicación), págs. 2 y ss.

⁵ Op. cit. págs. 62 y ss.

⁶ Ballester Pastor-Pons, Carmen: “Maternidad y responsabilidades familiares”, en VV.AA. (Coord. Pérez del Río): “La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva”, Instituto de la Mujer, Madrid, 1997, pág. 205.



La reforma aporta además una objetivación del derecho mismo al reconocerse su disfrute por el mero hecho de la hospitalización y, por tanto, sin tener en ese caso que justificar la gravedad de la alteración de la salud.

De todas formas, lo limitado de la reforma se manifiesta en la ausencia de reconocimiento del derecho a la ausencia, retribuida o no, cuando la enfermedad no sea grave pero afecte a familiares con dificultades de valerse por sí mismos (niños, niñas, personas ancianas o minusválidas). Esto supone un incumplimiento cierto de lo establecido al respecto por la D/96/34/CEE en la que se habla de la necesidad de reconocer permisos “por enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia del trabajador” (Cláusula 3.1 del Acuerdo). La ausencia de previsión legal a este respecto, puede suponer para la trabajadora la pérdida de derechos laborales (como pluses de asiduidad o asistencia) e incluso del propio trabajo por la vía del despido objetivo (Art. 52.d, ET).

La solución de este problema, además, no parece encontrarse vía negociación colectiva, ya que son raros los convenios que hacen alguna referencia a esta materia y, por el contrario, son frecuentes los que la realizan de forma insuficientemente adecuada.

2

Reducción por lactancia (Art. 37.4).

Respecto a la modificación introducida en el Art. 37.4 referente al permiso de lactancia, cabría en primer lugar preguntarse sí, dado los cambios producidos tanto en lo referente a jornada y horarios como en las infraestructuras de habitación de las personas trabajadoras, la institución cumple con los objetivos que perseguía en el momento de su creación.

La lactancia, tal como se encuentra regulada, no sirve al objetivo que su denominación plantea. En primer lugar, no sirve para facilitar la alimentación de los hijos e hijas menores, por tanto, actualmente, no debería

denominarse así; su significado actual es el de una mera reducción horaria que, además, dada la rigidez de su distribución y duración diaria, no permite su utilización como instrumento de conciliación de obligaciones familiares y profesionales.

En segundo lugar, su regulación imprecisa ha planteado problemas que, como veremos, no han sido solucionados en su totalidad por la reforma introducida mediante la Ley 39/99.

Por todo ello, parece muy aceptable la propuesta sindical de sustituir este derecho por otro más eficaz desde la óptica de la conciliación, con posibilidades de servir de instrumento de incentivación del reparto de las responsabilidades familiares y que responda mejor a las exigencias de la Directiva 96/34/CEE: el reconocimiento de un crédito de horas, de cuantía igual a la que supone el derecho a disminuir la jornada en media hora diaria durante el periodo que transcurre desde la incorporación tras la suspensión por maternidad y hasta que el niño tuviera la edad de nueve meses, de titularidad reconocida en partes iguales a padres y madres y sin posibilidad de transferencias de uno al otro.

Como señalaba más arriba, la reforma introducida por la Ley 39/99 en tema de lactancia, tiene por objetivo aclarar la regulación de la determinación del momento de disfrute del derecho en los términos en que había sido interpretado por los tribunales; en concreto, se añade un nuevo párrafo 6 en el que se señala que la concreción horaria del momento de disfrute del permiso de lactancia –como el de guarda legal–, corresponde al trabajador/a, quien deberá preavisar con una antelación mínima de quince días.

Esta afirmación, sin embargo, se contradice con lo señalado respecto de las garantías procesales del derecho; en primer lugar no se trata de un derecho absoluto, ya que se reconoce la posibilidad de que la empresa no se conforme a la decisión adoptada por la trabajadora, caso en que las discrepancias serán resueltas por la jurisdic-

ción competente a través de un procedimiento especial, preferente y sumario, que finaliza en sentencia firme sin posibilidad de recurso, cuya regulación constituye otra reforma (introducidas esta vez en el Art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral). Sorprendentemente, según este precepto, el legitimado para comenzar el procedimiento no es quien emplea que se ve perjudicado por la decisión de la trabajadora, sino la trabajadora a la que se reconoce el supuesto derecho de concretar la banda horaria en la que desea ejercer su derecho. No se faculta al trabajador/a para el ejercicio del derecho contra la voluntad del empleador/a hasta que el conflicto se solucione y además, no se concretan las posibles razones que justifiquen una oposición empresarial a la decisión de la trabajadora, carencia que, como es sabido, ha originado un importante nivel de conflictividad⁷.

Para cubrir esta última laguna debería acudir a la Cláusula 2.3.e) y f) del Acuerdo marco sobre permiso parental D/96/34 que señala que “los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán... definir las circunstancias en las que el empresario... estará autorizado para posponer la concesión del permiso parental por motivos justificables, relacionados con el funcionamiento de la empresa, por ejemplo, si el trabajo es de tipo estacional, si no se puede encontrar un sustituto durante el periodo de preaviso, si una proporción significativa de la mano de obra solicita al tiempo un permiso parental, si una función determinada es de importancia estratégica”, realizándose una especial mención a las “necesidades de funcionamiento y organización de las pequeñas empresas”.

Otra de las carencias que se apreciaban en la regulación anterior que no han sido resueltas por la Ley 39/99 tiene relación con lo señalado anteriormente respecto de la titularidad del derecho de lactancia. El Art. 37.4 admite la posibilidad de transferencia del derecho al padre, pero sigue estableciendo la titularidad directa de la madre, lo cual significa que, en au-



sencia de esta (por ejemplo por muerte en el parto) o si la madre no trabaja, el padre no puede disfrutar del derecho.

De otro lado, resulta paradójico que cuando el derecho se transfiere al padre, se exija que madre y padre trabajen, pero no se exige el requisito cuando el derecho se ejercita por la madre.

En definitiva, la reforma introducida por la Ley 39/99, no soluciona todos los problemas que planteaba la regulación previa del permiso de lactancia y, además, por las diversas razones expuestas, puede entenderse que existe discordancia evidente entre esta y lo dispuesto en la D/96/34/CEE, que exige la igualdad en la asignación y en el disfrute de todo tipo de permisos parentales.

3

Reducción por guarda legal y para cuidado de familiares (art. 37.5).

Resulta de mayor trascendencia la modificación introducida en el Art. 37.5 ET referente a la reducción por guarda legal.

En primer lugar, se amplía el derecho anteriormente reconocido sólo para el cuidado de niños y niñas menores de seis años y personas disminuidas físicas o psíquicas “que no desempeñen una actividad retribuida”, a los supuestos de cuidado directo de familiares (en la línea de la modificación introducida en materia de excedencia que analizaremos más tarde).

El precepto gana así en seguridad jurídica ya que la referencia realizada por el precepto, en su anterior redacción, a “otra” actividad retribuida, hizo pensar que el requisito de no desempeñar dicha actividad se predicaba de quien trabaja, no de la persona menor o disminuida necesitada de cuidado; la aclaración era por tanto necesaria ya que, entendida en aquella forma, y sin razón alguna, se privaba del derecho a las personas pluriempleadas.

Sin embargo, la Ley 39/99 no extiende este derecho al funcionariado, se supone que en el entendimiento de que no es necesario, ya que para este existía la posibilidad de reducción de jornada para cuidado de personas ancianas

desde que se modificó el Art. 30.f de la Ley 30/84 por medio del Art. 50 de la Ley 66/97. Sin embargo, es evidente que el término “familiares” tiene un mayor alcance, ya que el familiar enfermo que precise cuidados, no tiene en todo caso que ser anciano, lo que significa que el derecho se reconoce actualmente con mayor amplitud a los trabajadores y trabajadoras que a los funcionarios y funcionarias, sin razón alguna que lo justifique.

Otra de las innovaciones introducidas por la reforma, que comparte con la realizada en tema de lactancia, es el reconocimiento a quien trabaja del derecho a elegir el momento más adecuado a sus necesidades para disfrutar de la reducción, por lo que la crítica realizada en esa sede se hace aquí perfectamente aplicable.

Establece también la posibilidad de disfrute simultáneo o alternativo de este derecho por parte de varias personas beneficiarias con respecto al mismo sujeto causante, con la única limitación de la posibilidad de restricción empresarial cuando dichas personas beneficiarias trabajen en la misma empresa y resulte necesario por razones organizativas justificativas.

Sin embargo las carencias e insuficiencias son todavía notables. No se produce una necesaria flexibilización de la excesiva rigidez de los parámetros temporales de la reducción establecidos en la norma (entre la mitad y un tercio de “la jornada”, se debe entender de la jornada del trabajador o trabajadora no de la ordinaria o habitual en la empresa por analogía con lo establecido en tema de lactancia).

No se realiza referencia alguna al derecho de los trabajadores y trabajadoras a retornar a su jornada habitual cuando lo estimen conveniente.

De otra parte, no se incluye una referencia explícita a las situaciones de hecho, extremo que proponían los sindicatos. De todos modos, a este respecto, la ausencia de referencia al cónyuge entre los familiares que generan derecho a la reducción se podría entender, como proponen Ballester Pastor⁸ y Lousada Arochena⁹, como expresión de la

7 Al respecto y por todos Escudero Rodríguez, “La aplicación de la D/92/85/CEE en España”, en VV.AA. (coord. Cruz Villalón): “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Aranzadi, Madrid, 1997, pág. 287.

8 “La Ley 39/99...”, cit. Pág. 59.

9 Op. Cit., pág. 10.



voluntad normativa de integrar en un concepto amplio de familiares a los sujetos generadores del derecho, integrado en primer lugar por quienes componen el núcleo familiar básico, sea este de hecho o de derecho, y, en segundo lugar, por los familiares consanguíneos y los afines.

Un olvido importante de la norma es la regulación de los efectos de la reducción de jornada sobre la protección social. La reducción de jornada para cuidado de familiares no se ha equiparado expresamente con la reducción de jornada por guarda legal, a efectos de la posibilidad de suscribir un convenio especial.

En definitiva, la modificación introducida por la Ley 39/99 en materia de permisos retribuidos, establece una regulación que parece adaptarse solo parcialmente a las exigencias comunitarias, y que sigue siendo manifiestamente mejorable, tanto desde el punto de vista técnico jurídico, como también para perseguir el objetivo de facilitar la conciliación de responsabilidades familiares y profesionales y el reparto de las responsabilidades familiares.

4

Excedencia para cuidado de familiares (Art. 46.3).

Por lo que se refiere a la excedencia, la modificación legal implica la introducción de una nueva causa de excedencia forzosa: la causalizada por las necesidades de cuidado de familiares hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad, no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen una actividad retribuida.

El derecho expresamente se reconoce de forma “individual a los trabajadores, hombres o mujeres”, y su disfrute simultáneo se encuentra limitado por las mismas razones organizativas, a justificar por quien emplea, cuando el mismo sujeto causante generase el derecho para dos personas trabajadoras de la misma empresa, caso en el cual ambas deben ponerse de acuerdo para ejercitarlo.

La asignación individual del derecho posibilita también su disfrute sucesivo, lo que permite que se aplique el tratamiento privilegiado de la excedencia forzosa, primero a un miembro de la pareja, y luego al otro, como ocurre tras la reforma también con la excedencia para cuidado de hijos e hijas, ya que la norma establece que dicho tratamiento privilegiado se producirá “durante el primer año”, se entiende que se disfrute del derecho por parte de cada una de las personas trabajadoras a las que el derecho se atribuye.

La modificación introducida en el Art. 37.5 respecto de la reducción de la jornada y la realizada en el Art. 46.3 respecto de la excedencia para cuidado de familiares son idénticas, de tal manera que el mismo supuesto de hecho, genera una opción para quien trabaja: bien la reducción de jornada, o bien la excedencia; la diferencia está en que la primera es retribuida –parcialmente– y la segunda no.

La legislación se ha ocupado de limitar la acumulación de sucesivas excedencias, sea para cuidado de hijos e hijas o lo sea para cuidado de familiares, señalando al respecto que: “cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo periodo de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando”.

La duración del periodo de excedencia familiar es de un año con los efectos de excedencia forzosa en lo referente a reserva de puesto de trabajo, pero también respecto a la antigüedad y a la formación profesional reconocidos en el párrafo 5 del precepto, que resulta aplicable a todos los supuestos de excedencia regulados en el Art. 46.3.

El precepto modificado hace referencia explícita a la posibilidad de existencia de ampliaciones vía negociación colectiva. Resulta sorprendente que sea este el único caso en el que se realice esta referencia explícita ya que, evidentemente, por esa vía, todos los derechos reconocidos son mejorables en cuanto a sus efectos laborales, no así respecto de los que

se refieren a la Seguridad Social, que, por cierto, constituye una de las carencias más notables de la reforma que estamos analizando.

La reforma, sorprendentemente, se olvida de ampliar a este supuesto el periodo de disfrute del derecho reconocido como de cotización efectiva, como hace en el caso de la excedencia para cuidado de hijos e hijas¹⁰, para que este periodo no suponga una ruptura de la carrera de seguro del trabajador/a.

Respecto de la excedencia para el cuidado de hijos e hijas, se extiende el hecho causante del derecho a los supuestos de acogimiento tanto permanente como de adopción; por tanto, no al acogimiento simple. También se modifica el **dies a quo** del cómputo del periodo de tres años en este caso, que será desde la resolución judicial o administrativa. La norma deberá ser interpretada, en consonancia, conforme a lo establecido en el Art. 48.4.3^a respecto de la suspensión por maternidad/paternidad, en el sentido de que es la elección de la persona trabajadora la que determina cual de esas dos fechas será contabilizada como de comienzo de la excedencia.

Quedan sin solucionar, por tanto, una serie de problemas interpretativos.

En definitiva, la reforma introducida en materia de excedencia familiar debe contemplarse positivamente, como una medida de compatibilización necesaria, pero parcial y necesitada de una reforma de mayor alcance para colmar las lagunas apreciadas y aclarar conceptos indeterminados.

En mi opinión, se habría mejorado notablemente la regulación si hubieran aceptado las propuestas sindicales que a este respecto solicitaban que se ampliase la duración del periodo de excedencia para cuidado de familiares hasta tres años como en el caso del cuidado de hijos e hijas, y la consideración como de cotización efectiva de todo el periodo de duración de la excedencia.



EL CONTENIDO DE LA REFORMA EN MATERIA DE SUSPENSIÓN POR MATERNIDAD RESULTA INSUFICIENTE POR DIVERSOS MOTIVOS, PERO, PRINCIPALMENTE, PORQUE MANTIENE LA PERSPECTIVA DE LA NORMATIVA ANTERIOR PORQUE ATRIBUYE LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE SUSPENSIÓN A LA MADRE, AUNQUE SE INCREMENTEN LAS POSIBILIDADES DE SU DISFRUTE PARCIAL POR EL PADRE.

5

Suspensión por maternidad (Art. 48.4 ET).

La doctrina laboralista ha puesto reiteradamente de manifiesto las numerosas incoherencias, e incluso la dudosa constitucionalidad, de algunas de las previsiones establecidas en la normativa anteriormente vigente en esta materia¹¹. La norma comunitaria de referencia para determinar la corrección de la regulación española es la D/92/85/CEE.

El contenido de la reforma en materia de suspensión por maternidad resulta insuficiente por diversos motivos, pero, principalmente, porque mantiene la perspectiva de la normativa anterior porque atribuye la titularidad del derecho de suspensión a la madre, aunque se incrementen las posibilidades de su disfrute parcial por el padre.

En resumen, las modificaciones introducidas son:

1

Establecimiento del derecho del padre a disfrutar el total de semanas restantes de suspensión en caso de fallecimiento de la madre.

2

Flexibilización de la forma de disfrute del derecho a suspensión.

3

Ampliación del periodo de descanso en caso de parto múltiple.

4

Ampliación y adecuación del periodo de suspensión en caso de acogimiento preadoptivo y de adopción, con especial referencia a los supuestos de adopción internacional.

En caso de fallecimiento de la madre, se reconoce el derecho del padre a disfrutar de todo el periodo de suspensión restante y no solo, como señalaba la regulación anterior, del periodo restante de las seis semanas obligatorias tras el parto, regulación que resultaba incomprensible ya que si, como es evidente, el objetivo del periodo de suspensión, a partir de la sexta y hasta la decimosexta semana, era el cuidado

del hijo o hija, dicha finalidad se frustra con esa regulación.

De todas formas, la regulación continúa siendo incompleta, ya que se echa en falta el tratamiento de situaciones más frecuentes que el fallecimiento de la madre, como el fallecimiento del hijo o hija en el parto o inmediatamente después. Aunque la mortalidad infantil haya disminuido de forma notable, se mantiene en tasas superiores a las de fallecimiento de la madre, a consecuencia del incremento de partos prematuros y de embarazos múltiples provocados por las técnicas de reproducción asistida. Comparto la opinión expresada por Ballester Pastor¹², de que en ese caso sería necesaria que la norma garantizara el derecho al disfrute de, al menos, las seis semanas obligatorias post parto.

En segundo lugar, la norma permite una mayor flexibilidad en el disfrute del periodo de suspensión, del que, no se olvide, sigue siendo exclusiva titular la madre. Se permite que diez de las semanas sean distribuidas entre la madre y el padre con total flexibilidad, es decir que se compartan mediante un disfrute simultáneo o sucesivo, a tiempo completo o a tiempo parcial; pero siempre por decisión de la madre, así como que la madre transfiera las diez semanas en su totalidad al padre—como es sabido, anteriormente la posibilidad se reducía a cuatro—.

El alcance real de la reforma no parece que vaya a ser espectacular. Facilitar el disfrute por el padre no es igual a incentivar o promover el reparto de responsabilidades del cuidado de los hijos e hijas, y no parece previsible que esta flexibilización produzca per se un incremento de los supuestos en que el padre solicite total o parcialmente el disfrute del permiso.

Se trata más bien de corregir efectos indeseables de la normativa anterior, que, sin embargo, puede producir importantes problemas aplicativos e insuficiencias normativas.

En primer lugar, sigue vigente la exigencia de que la opción de la madre a favor de que el padre disfrute de un

10

A efectos de todas las prestaciones (Art. 16 del RD 356/1991) incluidas las de desempleo. Ver al respecto Lousada Arochena, “Permiso parental y Seguridad Social”, *REDT (Civitas)*, nº 83 (1997), págs. 388 y ss. Cuya opinión comparto.

11

Por todos GORELLI HERNÁNDEZ: “*La protección por maternidad*”, Tirant Monografías, Valencia, 1977, págs. 32 a 99 y Escudero Rodríguez, op. cit., págs. 257 y ss.

12

“La Ley 39/99...”, cit., pág. 38.



periodo determinado de suspensión, se realice al iniciarse el periodo de descanso, y su efectividad sigue condicionada al hecho de que la incorporación de la madre al trabajo, no suponga un riesgo para su salud. La rigidez del primero de estos requisitos no parece justificada, sobre todo cuando la efectividad de la opción viene determinada por el segundo, desconocido a **priori**. La del segundo, tampoco tiene mucha explicación: si entendemos que el objetivo de las últimas diez semanas del periodo de suspensión es proveer el cuidado del hijo o hija, y ese objetivo no puede cumplirlo una madre enferma, parece más razonable que, en sentido contrario al de la solución normativa, en caso de enfermedad de la madre, sea el padre quien pase a situación de suspensión por paternidad y la madre a la de incapacidad temporal por enfermedad.

La posibilidad de disfrute simultáneo del derecho de suspensión por el mismo sujeto causante, no soluciona totalmente el grave problema que se plantea cuando el estado de salud de la madre le impide hacerse cargo del cuidado del hijo o hija¹⁵.

La posibilidad del disfrute de la suspensión a tiempo parcial, tiene sin duda un carácter positivo, tanto desde la óptica de la profesionalidad de la madre, como del reparto de responsabilidades familiares; pero se condiciona al acuerdo con la empresa, lo que no sucede –al menos formalmente– con otros derechos de conciliación reconocidos en la Ley.

La reforma plantea problemas de regulación de sus efectos en materia de Seguridad Social que deben ser abordados reglamentariamente; sin embargo, ha sido presentado el proyecto de Real Decreto 39/99 y en él, sorprendentemente, no se realiza referencia alguna a los efectos sociales del disfrute del periodo de suspensión a tiempo parcial.

Resulta además llamativo que el derecho a disfrutar el periodo de suspensión a tiempo parcial no se amplíe a los funcionarios y funcionarias; el Art. 20

de la Ley 39/99 que modifica el Art. 30.3 de la Ley 30/1984, que en lo demás reproduce el contenido de la modificación introducida en el Art. 48.4, ET, omite el párrafo en que este derecho se reconoce. No se puede ignorar que el funcional, constituye un sector de empleo altamente feminizado.

Un problema que no ha sido contemplado siquiera es el conflictivo tema de la coincidencia del periodo de suspensión y las vacaciones que, como es sabido, ha dado lugar a jurisprudencia contradictoria y que debería haber sido solucionado de acuerdo con lo establecido en el Art. 6.2 del Convenio nº 132 OIT como aboga la mejor doctrina¹⁶.

En relación con el parto, la adopción o el acogimiento múltiple, el incremento de dos semanas del periodo de descanso por cada hijo o hija a partir del segundo –este incluido– debe valorarse positivamente. No obstante, se ha perdido la oportunidad de introducir una medida incentivadora del reparto de responsabilidades familiares, que hubiera podido consistir en asignar la titularidad de las semanas complementarias al padre, sin posibilidad de transferencia a la madre.

Aunque en un primer momento la regulación planteaba problemas respecto del subsidio por parto múltiple regulado en el RD 3158/1966, el tema ha sido clarificado por el Art. 3 del RDL 1/2000¹⁷.

En materia de filiación no biológica se realiza una reforma en profundidad que merece una valoración positiva. Se establece una duración del periodo de suspensión única, es decir sin diferenciaciones en función de la edad de la o del menor adoptado, siempre que sea inferior a seis años¹⁸ y unificada respecto de la establecida para la filiación biológica –16 semanas–.

Además se posibilita el acceso a la suspensión en el caso de mayores de esa edad “cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificulta-



des de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes”.

De otra parte, se permite la anticipación del comienzo del disfrute del periodo de suspensión en cuatro semanas cuando la adopción sea internacional y requiera del desplazamiento previo del padre y de la madre al país de origen del adoptado, equiparándose al tiempo a las españolas el valor de las resoluciones extranjeras en materia de adopción y acogimiento a efectos de la aplicación de lo establecido en la Ley Disposición Adicional 5ª).

La aproximación de la regulación en materia de filiación biológica y adoptiva era exigible pero no es completa ya que respecto de la segunda, se reconoce la posibilidad de que la forma de disfrute del derecho se establezca de común acuerdo por los interesados, padre y madre adoptivos, y podrá ser simultánea o sucesiva siempre en periodos ininterrumpidos, pero no se hace referencia a que pueda ser disfrutada a tiempo completo o a tiempo parcial.

Finalmente, se hace necesario señalar que no se han intentado siquiera mitigar los efectos que produce la excesiva atipicidad del trabajo femenino respecto de la protección social por maternidad. Es un dato comprobable que la protección de la maternidad, no funciona de manera efectiva para un buen número de mujeres por la dificultad de acumular los periodos de carencia necesarios para tener derecho a la prestación.



3. GARANTÍA DE INDEMNIDAD FRENTE A LAS REPRESALIAS DISCRIMINATORIAS POR UTILIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

Respecto a la garantía de indemnidad de las personas trabajadoras que ejerciten los derechos de conciliación reconocidos en la Ley, ha de tenerse en consideración lo señalado en la Cláusula 2.4 del Acuerdo Marco sobre permiso parental D/96/34/CEE que señala: “Con el fin de garantizar que los trabajadores puedan ejercer su derecho a permiso parental, los Estados miembros y/o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido por haber presentado la solicitud o disfrutar de un permiso parental, conforme a la legislación, los convenios colectivos y los usos nacionales”.

Dicha garantía, para el ordenamiento español, se contiene en la modificación introducida por la Ley 39/99 en los preceptos estatutarios referentes al despido objetivo (Art. 53.4.b) y al disciplinario (Art. 55.5.b)¹³.

Sin embargo, tres carencias se aprecian claramente en su redacción. En primer lugar no se garantiza frente a las represalias adoptadas por quien emplea en caso de ejercicio injustificado de los derechos (como ocurre por ejemplo en el supuesto contemplado por el Art. 21.4 de la LPRL) de tal manera que ante una negativa empresarial, el trabajador

y la trabajadora deben obedecer y después reclamar judicialmente.

En segundo lugar, no protege frente a cualquier represalia posible, que no tiene que ser necesaria y exclusivamente el despido objetivo o el disciplinario, sino que puede adoptar la forma de una decisión de movilidad funcional o geográfica o una modificación de condiciones de trabajo. En este caso, la protección debería solicitarse a través del procedimiento de tutela antidiscriminatoria con los problemas de demostración de indicios que supone a efectos de inversión de la carga de la prueba.

En tercer lugar, la especial protección que ofrece la modificación introducida en los Arts. 53.4 y 55.5, ET referente a la calificación de la nulidad del despido no hace referencia al despido causalizado por el disfrute de los permisos establecidos en el Art. 37.3 –mientras sí que se hace referencia expresa a los contemplados en los nº 4 y 5 del mismo precepto–, cuando especialmente los recogidos en las letras d) (enfermedad, accidente grave, hospitalización de parientes) y f) (para la realización de exámenes prenatales y preparación al parto) tiene directa relación con este tema.

En lo referente al despido objetivo del Art. 52. D), debe entenderse incluidas en el término “licencias” –cuyo disfrute no puede configurar causa de despido objetivo por absentismo– las reconocidas en el Art. 37.3 y señaladas en el párrafo anterior.

En resumen, la reforma introducida por la Ley 39/99 en materia de protección frente a la discriminación causalidad en el ejercicio de derechos de conciliación reconocidos en la propia ley ha sido, una vez más, tardía (han tenido que transcurrir cinco años desde que finalizara el periodo de transposición indicado en la D/92/85/CEE), y aunque merece una valoración positiva, sigue siendo insuficiente como hemos demostrado –o intentado demostrar–, poniendo de manifiesto un sentido de compromiso que se puede traducir en contradicciones difíciles de comprender que mermen su efectividad.

13

RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)”, *RL*, nº 18 (1999), pág. 4.

14

Ver al respecto ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., pág. 273 y ss., y GORELLI HERNÁNDEZ, Op. cit., págs. 93 y ss.

15

Precepto, incomprensible en un primer momento, fue objeto de corrección de errores publicada en BOE 20.1.2000.

16

La normativa anterior diferenciaba en función de que el menor tuviera nueve meses o fuera mayor de esa edad pero menor de cinco años.

17

Que establece la nulidad del despido de los trabajadores/as “que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del Art. 37 de esta Ley o estén disfrutando de ellos... salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados... con el ejercicio del derecho a los permisos... señalados”.