

LA ERA DE LA CORRESPONSABILIDAD: LOS NUEVOS RETOS DE LA POLÍTICA ANTIDISCRIMINATORIA

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR

Catedrática de Universidad
Universitat de València EG

ABSTRACT

■ *Se trata de reflexionar sobre la necesidad de avanzar en materia de corresponsabilidad. Con carácter particular se incide en la cuestión relativa a la noción de corresponsabilidad y las dificultades antes las cuales ésta se enfrenta, ya sea por los lastres derivados de antiguas concepciones, ya sea también porque la situación económica actual no es un contexto propicio para su implementación. Por su parte, se estudia asimismo la distinta dirección en que se mueven las instrucciones comunitarias, en contraste con lo que sucede en España —en concreto las recientes reformas jurídico-laborales—, donde desgraciadamente la corresponsabilidad es prácticamente invisible.*

Palabras clave: Conciliación, Corresponsabilidad, Género.

■ *Erantzunkidetasunaren gaian aurrera egiteko beharrari buruz gogoeta egin nahi dugu. Zehazki, erantzunkidetasunaren kontzeptua eta hark gainditu beharreko zailtasunak azpimarratuko ditugu. Lehengo ikuskerek ezarritako oztopoak izan daitezke zailtasun horien jatorria, baita egungo egoera ekonomikoa erantzunkidetasuna ezartzeko testuinguru desegokia izatea ere. Bestalde, erkidegoko jarraibideek Espainiako jarraibideekin dituzten aldeak aztertuko ditugu (zehazki, egin berri di-*

tuzten lan arloko zuzenbideko erreformak). Zoritxarrez, Espainian erantzunkidetasuna ikusezina da ia.

Gako-hitzak: bateratzea, erantzunkidetasuna, generoa.

■ *This involves reflecting on the need to make advances in the area of co-responsibility. It has a specific bearing on the issue regarding the notion of co-responsibility and the difficulties it faces, whether owing to the burdens inherited from previous notions or because the current economic situation does not constitute a favourable context for its implementation. The different direction being taken by EU instructions is studied for their part, in contrast to what is taking place in Spain—specifically with the recent legal-labour reforms—in which co-responsibility is regrettably hardly apparent.*

Key words: conciliation, co-responsibility, gender.

1. El estado de la cuestión

Podría decirse que con la corresponsabilidad la cuestión antidiscriminatoria por razón de género ha adquirido en los últimos años una nueva dimensión. Una vez planteados y admitidos (que no necesariamente conseguidos) planteamientos conceptuales como el de la discriminación indirecta o el de la acción afirmativa, el reto de la igualdad real por razón de género se desplaza actualmente con gran fuerza ideológica al ámbito del reparto de responsabilidades. Resulta particularmente interesante al respecto la gran intensidad con que los grupos feministas han estado presionando en los últimos años por incorporar a la Directiva de maternidad que debía sustituir a la actual Directiva 92/85 el permiso de paternidad. De otro lado, las referencias a una nueva organización del tiempo de trabajo en la empresa aparecen continuamente en los documentos comunitarios como paradigma del nuevo modelo empresarial europeo. Son, sin duda, nuevos momentos en la evolución del principio antidiscriminatorio comunitario por razón de género que obligan a nuevos planteamientos y a nuevas perspectivas y que en ocasiones fuerzan a resolver algunas paradojas.

La primera cuestión que debe resolverse es estrictamente conceptual. La corresponsabilidad constituye un paso más, de carácter cualitativo, en la evolución de la protección dispensada a los sujetos trabajadores que dedican parte de su tiempo al cuidado de dependientes. El antiguo concepto de conciliación se movía en un espacio excesivamente estrecho de mero equilibrio temporal articulado en torno al derecho de ausencia (permisos), sin pretensiones adicionales de implicación de otros sujetos. Esa perspectiva clásica de la conciliación dejaba en el estricto espacio doméstico el reparto de responsabilidades y tenía como solo objetivo el establecimiento de mejoras, supuestamente neutras, para que, fuera quien fuera el encargado del cuidado conforme al reparto establecido, pudiera compatibilizar las responsabilidades familiares y las laborales. Resulta evidente que, un contexto supuestamente neutro como el descrito, tenía el grave riesgo de perpetuar la asunción mayoritariamente femenina de las tareas de cuidado, incrementando a su vez la desconfianza empresarial frente al colectivo de mujeres en edad fértil. Era necesario, pues, superar el concepto de conciliación que había sido claramente cooptado para incorporar dos elementos fundamentales: el de las connotaciones de género que inevitablemente tienen las tareas de cui-

dado; y el de la necesidad de incorporar nuevos sujetos a dichas responsabilidades.

El término corresponsabilidad sirve a ese nuevo objetivo. Evidencia un nuevo estado de la cuestión, en el que el objetivo trascendería el de mero derecho de ausencia para pretender la implicación de otros sujetos y entidades. Generalmente suele simplificarse excesivamente el alcance del término, limitándolo exclusivamente a la implicación masculina en el cuidado (ese fue el origen sociológico del término), pero en el ámbito jurídico laboral el término corresponsabilidad implica a otros sujetos. De un lado requiere ciertamente una implicación de todos los miembros de la unidad familiar por medio del reparto de responsabilidades y de la implicación masculina en las tareas domésticas y de cuidado. No es ésta una cuestión estrictamente familiar que deba mantenerse al margen de la estrategia jurídico laboral por cuanto la alteración de roles sociales repercute claramente en el alcance de los estereotipos empresariales y, en consecuencia, es un instrumento de gran relevancia para la consecución de la igualdad real en la esfera laboral. De otro lado, también el empresario debe ser llamado a intervenir en la responsabilidad que le corresponde por medio de una gestión adecuada del tiempo de trabajo que permita pensar que los derechos de corresponsabilidad no son solo derechos de ausencia sino, fundamentalmente, derechos de presencia. Esta reconfiguración del tiempo de trabajo es fundamental también para evitar que eventuales disminuciones del tiempo de trabajo mantengan inalterado el volumen del mismo, revertiendo en el/la propio/a trabajador/a y en el resto de compañeros. Ello obliga a una tarea de reconsideración global de necesidades y prioridades, a efectos de eliminar la reticencia que, de otro modo, se genera en el propio colectivo de trabajadores/as sin responsabilidades familiares. El tercer sujeto implicado en la corresponsabilidad es la propia sociedad a quien corresponde intervenir en un doble nivel: invirtiendo financieramente para colaborar activamente en las actividades de cuidado e interviniendo normativamente para asegurar la corresponsabilidad de la unidad familiar (por ejemplo, estableciendo el permiso de paternidad) y del propio empresario (por ejemplo, configuración de derechos de adaptación temporal del tiempo de trabajo).

En el contexto descrito, intentar identificar cual es el estado de la cuestión actual del tema de la corresponsabilidad obliga a tener en cuenta dos ideas como punto de partida: (i) si la cuestión del cuidado se considera una cuestión de género, en cuyo caso las normas en su desarrollo deberían estar atentas a las repercusiones de género, y no exclusivamente al cuidado del dependiente, y (ii) si existe una verdadera implicación de los poderes públicos en una concepción de la cuestión respetuosa con la implicación general subjetiva e institucional que más arriba se ha descrito, en definitiva comprometidos con una visión global de las responsabilidades de cuidado en relación el trabajo. Solo la concurrencia de ambos factores permite constatar la existencia de una corresponsabilidad efectiva.

Debe constatar, en todo caso, que la evolución de la cuestión está siendo particularmente compleja. En la Unión Europea la hostilidad inicial ha dado lugar a otros momentos de despegue, aunque se mantienen algunas paradojas difíciles de resolver dada esta diferencia de perspectiva evolutiva. Una de ellas viene dada por el mantenimiento de la vigencia de la doctrina sentada en el asunto *Hoffman (infra)* pese al establecimiento de una nueva perspectiva en el asunto *Roca Álvarez (infra)*. Resulta aparentemente contradictorio defender, de un lado, la legitimidad de las medidas femeninas exclusivas para el cuidado de los hijos con fundamento en la especial relación entre madre e hijo, como hace la primera, mientras que en la segunda se establece el perjuicio contra el colectivo femenino que supone el establecimiento de beneficios de cuidado de titularidad exclusivamente femenina. Asimismo, en España la corresponsabilidad se ha incorporado nominalmente a los textos normativos pero presenta serios defectos de efectividad. También la crisis económica parece haber intensificado la tendencia a la invisibilidad de las cuestiones de la corresponsabilidad. Así se advierte inmediatamente en el contenido de las normas españolas de los últimos meses. Curiosamente, sin embargo, una buena política de corresponsabilidad no es necesariamente incompatible con cierta contención del coste. De hecho son las políticas mal planificadas las que no cumplen la finalidad de la corresponsabilidad e implican gastos innecesarios. Pero también aparecen obstáculos a la corresponsabilidad en la dimensión ideológica. A veces constituye un dilema irresoluble el hecho de que se pretenda, de un lado, la neutralidad en la configuración de los derechos de cuidado y que, al tiempo, se pretenda dotarlos de una dimensión de género. Ello implica necesariamente que se deslinde el género del cuidado familiar, como sucedió en la Directiva 96/34, primera de permisos parentales. También explica que la jurisprudencia española no reconociera la concurrencia de discriminación indirecta cuando se trataba de determinar la base reguladora aplicable a la prestación de desempleo en caso de reducción de jornada por guarda legal¹.

Definitivamente, pues, el nuevo objetivo de la corresponsabilidad se enfrenta a una situación compleja, con lastres importantes derivados de antiguas

¹ Consideró el TS: Por todas, SSTTS de 23 de noviembre de 2004, Rec. 166/2004; y de 4 de noviembre de 2004, Rec. 3108/2003, que el parámetro relevante para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo debía forzosamente ser la inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo, lo que inevitablemente reconducía a la base reducida por la reducción de jornada. Sobre los eventuales problemas de constitucionalidad de la doctrina del TS en torno a la base reguladora de desempleo en jornadas reducidas por guarda legal, Gala Duran (2005). También de modo crítico, el voto particular de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de junio de 2005, Rec. 1655/2005. La solución jurisprudencial dada resultaba particularmente expresiva de dicha actitud reticente a la consideración del impacto de género, teniendo en cuenta que, con anterioridad, el mismo Tribunal Supremo había establecido que la base salarial para el cálculo de la indemnización en caso de despido debía calcularse en atención al salario completo del trabajador/a en reducción de jornada previo a dicha reducción (STS de 11 de diciembre de 2001, Rec. 1817/2001).

concepciones, de aparentes paradojas conceptuales y de una situación económica que no es demasiado propicia. Pese a todo, resulta indudable que en la Unión Europea se está configurando un nuevo estado de la cuestión que, aun partiendo de una situación histórica particularmente hostil, ha evolucionado hacia nuevas perspectivas. Lamentablemente, sin embargo, en España no puede decirse que se haya producido el tránsito del concepto de conciliación al de corresponsabilidad. Ni siquiera la LOIE (Ley 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres), consiguió superar una concepción tradicional del cuidado alejada de los nuevos modelos familiares y empresariales. Asimismo, las normas aprobadas en los últimos meses en España han acrecentado la distancia con el nuevo concepto, hasta el punto de que la corresponsabilidad es actualmente invisible como objetivo, tanto en el ámbito familiar como en el empresarial. Se ha producido, incluso, cierta banalización de sus presupuestos. En las páginas que siguen se expondrá precisamente esta diferente dirección en la que se mueven las instrucciones comunitarias y las recientes reformas normativas jurídico-laborales en España.

2. El ascenso del concepto de corresponsabilidad en la Unión Europea

2.1. Las dificultades históricas

Existe actualmente una nueva concepción del cuidado en el ámbito de la Unión Europea que ha surgido a pesar de la histórica posición del Tribunal Comunitario. Bajo esta clásica interpretación, los derechos específicos para mujeres relacionados con el cuidado se consideraban legítimos por una interpretación del concepto de acción afirmativa que implicaba un mantenimiento de roles particularmente perjudicial para la causa de la igualdad real. Esta aparentemente insalvable desvinculación del cuidado con el género ha tenido históricamente en la jurisprudencia comunitaria una doble manifestación: primero, ha conducido a que no se considere discriminación indirecta el trato peyorativo recibido como consecuencia de las actividades de cuidado; y, segundo, ha legitimado los beneficios exclusivos de cuidado atribuidos a las mujeres por medio de argumentos que promueven la perpetuación de roles.

- (i) La desvinculación del cuidado de la discriminación indirecta: La temática relacionada con las repercusiones de género vinculadas al cuidado familiar no ha tenido históricamente en la Unión Europea un reconocimiento rotundo. De hecho hasta los primeros reconocimientos de esta vinculación que aparecen en los considerandos de la Directiva 2010/18, de permisos parentales, la tendencia había sido la de negar que el trato diferencial peyorativo por razón del cuidado familiar dispensado constituyera discriminación indirecta por razón de sexo. Así se advierte clara-

mente en la jurisprudencia del Tribunal Comunitario, por ejemplo en el Asunto *Österreichischer*, STJCE de 8 de junio de 2004, C-220/02. En este caso el TJCE negó que fuera constitutiva de discriminación indirecta por razón de género la falta de consideración a efectos de antigüedad del tiempo transcurrido en excedencia por cuidado de hijos, pese a que Austria (el Estado del que partió la cuestión prejudicial) reconocía la antigüedad en el caso de una excedencia de similar duración prevista para los supuestos de cumplimiento de servicio militar que, en el tiempo en que se planteó la cuestión, era de cumplimiento obligatorio solo para los hombres.

- (ii) La legitimidad de los beneficios de cuidado estrictamente femeninos. La cuestión de la titularidad del tiempo de permiso dedicado al cuidado se planteó ya desde antiguo ante la jurisprudencia comunitaria. En el asunto *Hofmann*² el TJCE analizó la naturaleza de un alargamiento del permiso de maternidad que un Estado miembro (Alemania) establecía en beneficio exclusivamente de la mujer que había dado a luz y que podía alargarse hasta seis meses. El Tribunal consideró que no constituía discriminación por razón de género que este alargamiento, pese a ir más allá del permiso de maternidad (por lo que no tenía estricta finalidad sanitaria), se reservara exclusivamente a la madre porque la situación de maternidad permite establecer beneficios y derechos específicos para la madre no solo para garantizar los aspectos sanitarios vinculados al embarazo y al parto sino también para *proteger la especial relación entre una mujer y su hijo que se produce en el periodo de tiempo posterior al embarazo y al parto*. De otro lado, en el párrafo 24 de la sentencia dictada en el asunto *Hoffmann* se establecía expresamente que la Directiva antidiscriminatoria entonces aplicable (la 76/207, precedente de la actual 2006/54) no estaba diseñada para resolver cuestiones relacionadas con la organización de la familia o para alterar la división de responsabilidades entre los progenitores. Esta temprana toma de postura del TJCE en torno a esa especial relación entre la madre y el hijo (que presumiblemente no existe según el Tribunal entre un padre y su hijo) ha condicionado sus pronunciamientos posteriores en torno a la responsabilidad paterna, de cuya lectura se deduce alguna complacencia en cuanto al mantenimiento de cierto reparto tradicional de roles. Afortunadamente, los argumentos que con posterioridad a *Hoffman* legitimaron a juicio del Tribunal de Justicia Comunitario el establecimiento de medidas de titularidad exclusiva o preferentemente femeninas se asentaron en argumentos menos criticables que aquel de la especial relación entre madre e hijo. Por ejemplo, la diferencia retributiva favorable a la mujer se

² STJCE de 12 de julio de 1984, C-184/83.

consideró adecuada al derecho comunitario por ir dirigida a compensar las desventajas que las interrupciones laborales suponen en el colectivo, constituyendo así una manifestación muy particular de medida de acción afirmativa³. Es una matización importante pero que no neutraliza, sin embargo, los efectos de *Hofmann*, en la que implícitamente siguieron asentándose ciertos pronunciamientos del Tribunal Comunitario legitimando la titularidad exclusiva femenina de los beneficios para guardería ligados al cuidado de los hijos (salvo que los padres tuvieran a su cargo exclusivo a los hijos en cuestión)⁴.

2.2. El despegue de la perspectiva de la corresponsabilidad en la Unión Europea

Existe actualmente en la Unión Europea un reforzamiento de las implicaciones de género vinculadas al cuidado familiar que resultaba inusitado en momentos anteriores y que ha tenido muy diversas manifestaciones. Supone un compromiso claro con la corresponsabilidad. Algunas de sus manifestaciones más relevantes son las siguientes:

- a) En 2002 se aprobó la Directiva 2002/72, última reforma sustantiva de la Directiva 1976/207 (posteriormente refundida en la actual Directiva 2006/54) que establecía el derecho del padre a no ver lesionados sus derechos por el ejercicio de los derechos vinculados al cuidado de los hijos/as tanto como consecuencia del disfrute por su parte del permiso de paternidad como de los derechos correspondientes a su condición de adoptante. Era una perspectiva que normalizaba el cuidado neutro, hasta el punto de incorporarlo a una Directiva que, históricamente, había contenido exclusivamente derechos de titularidad femenina.
- b) La Directiva 2010/18, de 8 de marzo de 2010, de permisos parentales, pese a su formulación final no excesivamente comprometida⁵, desarrolló cauta pero rotundamente la conexión entre cuidado y género en sus

³ En el caso *Abdoulaye*, sentencia de 16 de septiembre de 1999, C-218/98, el TJCE consideró adecuado al derecho comunitario el establecimiento de una asignación a tanto alzado aplicable tan solo a las mujeres que iniciaran sus permisos de maternidad (y no a los hombres), siempre y cuando dicha asignación estuviera destinada a compensar las desventajas profesionales que la interrupción del trabajo supone para ellas.

⁴ Asunto *Lommers*, STJCE de 19 de marzo de 2002, C-476/99. En España la misma legitimidad de los beneficios de guardería establecidos exclusivamente en beneficio de las mujeres trabajadoras, con la sola excepción de que el padre probara que era el responsable exclusivo del cuidado del menor, se estableció desde antiguo, por ejemplo, en la STCo. 128/87, de 16 de julio.

⁵ En esto no ha supuesto una alteración relevante respecto a la regulación establecida en la Directiva precedente de permisos parentales, la Directiva 96/34, acerca de la cual elaboró un estudio crítico Cabeza Pereiro, J., 2005, pp. 25 y ss.

considerandos⁶. Dicha conexión aparece expresamente en una de las alteraciones más relevantes producidas en la Directiva 2010/18, aquella que establece que de los cuatro meses mínimos del permiso parental para cuidado de hijos/as, uno debe tener carácter intransferible. Es ciertamente una reforma de escasa trascendencia práctica, pero que sin duda evidencia un nuevo estado de la cuestión, en el que el objetivo del reparto de responsabilidades trasciende el ámbito estrictamente doméstico y se convierte en estrategia de actuación con implicaciones empresariales.

Particular importancia tiene en la directiva 2010/18 una referencia indicativa, de escasa relevancia practica pero de elevado significado simbólico. En la cláusula 6 de la Directiva 2010/18⁷, titulada *Reincorporación al trabajo*, se establecen, con carácter indicativo, ciertas prerrogativas del trabajador para adaptar su jornada de trabajo con motivo de la reincorporación tras el permiso parental. Este matizado derecho a la adaptación de la jornada contenido en la Directiva 2010/18 (o a que los empresarios *tomen en consideración* las peticiones de adaptación de jornada) tiene un efecto testimonial que debe ser subrayado, puesto que es la primera vez que aparece en un texto normativo la prerrogativa a la adaptación de la jornada por razones de conciliación de responsabilidades, lo que es particularmente interesante en una norma que se dedica exclusivamente a los permisos parentales.

- c) Se está produciendo en los últimos años en la Unión Europea un curioso efecto de visualización de la cuestión de la conciliación, llegando a aparecer en normas que no tienen conexión ni con el cuidado, ni con el género ni con el tiempo de trabajo. La conciliación está siendo objeto de cierto tratamiento transversal, en normas y documentos de muy diferente alcance. Así ha sucedido, por ejemplo, en el art. 6 de la Directiva 2000/78⁸ (con relación a la discriminación por razón de la edad),

⁶ Esta conexión no se advierte en el articulado de la Directiva, pero sí en los Considerandos, en los que reiteradamente se menciona. Por ejemplo, el Considerando 8 comienza de la siguiente manera: *Considerando que la política familiar debe contribuir al logro de la igualdad entre los sexos...*

⁷ Se formula de la siguiente manera la cláusula 6 de la Directiva 2010/18: *Para promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un periodo determinado de tiempo. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores.*

⁸ Artículo 6 de la Directiva 2000/78: Justificación de diferencias de trato por motivos de edad. 1. No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

que contiene una referencia a las personas con responsabilidades familiares que resulta algo desconcertante en un precepto dedicado a las excepciones al principio de no discriminación por razón de la edad.

Otras manifestaciones de este efecto transversal de la corresponsabilidad aparecen en los documentos de la UE que establecen sus líneas de actuación y actuaciones prioritarias. Por ejemplo, en «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» expresamente aparece en la iniciativa emblemática titulada «Una agenda para nuevas cualificaciones y empleos» el siguiente objetivo: «promover nuevas formas de equilibrio entre la vida laboral y familiar y políticas de envejecimiento activo e incrementar la igualdad entre los sexos». Más rotundamente, y con una formulación que resalta el derecho al trabajo (y no el mero derecho a la ausencia) de las políticas de conciliación es lo establecido en las «Directrices integradas Europa 2020» (periodo 2010-2014, sucesoras de las anteriores directrices para el empleo). En el texto que precede a la formulación de la séptima de las directrices puede leerse lo siguiente: «las medidas de conciliación de la vida personal y la vida laboral deberán conjugarse con la oferta de servicios sociales asequibles y con innovaciones en la organización del trabajo a fin de aumentar los índices de empleo, especialmente entre los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y las mujeres, procurando, en particular, que las mujeres altamente cualificadas en los ámbitos técnico y científico no abandonen sus empleos». Es una redacción que claramente resalta la importancia del mantenimiento del trabajo frente al abandono para cuidado familiar, aunque en la formulación de la directriz dicha prioridad parezca referirse exclusivamente a los trabajos de mayor cualificación.

- d) Jurisprudencialmente en la Unión Europea la consolidación de la nueva perspectiva de la corresponsabilidad ha sido particularmente intensa. Es en este ámbito donde la nueva perspectiva se ha establecido con mayor firmeza. De un lado, se ha consolidado el principio de no lesividad de los derechos laborales por el ejercicio de los derechos de cuidado. Su formulación es muy simple, y procede de sentencias anteriores en relación con el ejercicio de los derechos vinculados a la maternidad⁹. Significa

Dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular:

- a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas.

⁹ Por todos, con relación a los salarios, asunto *Gillespie* (STJCE de 13 de febrero de 1996, C-342/93) y asunto *Alabaster* (STJCE de 30 de marzo de 2004, C-147/02). Sobre las vacaciones, asunto *Merino Gómez*, STJCE de 18 de marzo de 2004, C-342/01. Sobre la antigüedad, STJCE de 16 de febrero de 2006, C-294/04.

que el ejercicio de los derechos de conciliación no puede implicar ninguna pérdida en el ámbito de los derechos laborales, específicamente ni con relación a las vacaciones (Asunto *Zentralbetriebsrat*)¹⁰ ni con relación a los salarios relevantes para el cálculo de la indemnización por despido (Asunto *Meerts*)¹¹. De otro lado, el Tribunal de la Unión Europea ha incorporado rotundamente la perspectiva de la corresponsabilidad en la sentencia dictada en el asunto *Roca Álvarez*¹², en la que se consideró discriminatoria contra el colectivo de mujeres una norma estatal (el permiso de lactancia español) que se configuraba con titularidad prioritariamente femenina, puesto que esta formulación causaba el efecto de perpetuar roles femeninos de cuidado. La sentencia es particularmente importante porque aplica la normativa antidiscriminatoria no para declarar existente una discriminación contra el varón por tener más dificultades para el acceso a los beneficios establecidos para el cuidado de los hijos. Al contrario, aplicando una perspectiva totalmente novedosa, derivada directamente del concepto de corresponsabilidad, el TJUE considera que una atribución exclusiva o preferentemente femenina de los beneficios vinculados al cuidado de los hijos provoca el efecto de perpetuar roles de cuidado en el colectivo de mujeres y, en consecuencia, resulta discriminatorio contra el colectivo de mujeres. Estos ejemplos ponen en evidencia que en el ámbito de la Unión Europea existe actualmente una tendencia a conectar conciliación con género que en periodos anteriores no había resultado tan clara¹³. Queda, sin embargo, una paradoja difícil de resolver, porque en el asunto *Roca Álvarez* el Tribunal expresamente estableció que la doctrina establecida en el asunto *Hoffman* (que se asentaba en presupuestos radicalmente distintos) seguía vigente.

3. La escasa relevancia de las políticas de corresponsabilidad en España

En España la normativa que se va aprobando recibe la influencia del nuevo concepto de corresponsabilidad, pero apenas mantiene su configuración formal, sin acabar de hacerlo efectivo. Así se advierte en la LOIE, cuya importancia ha sido mucho mayor en cualquier otro aspecto de la protección antidiscriminatorio que en lo relacionado con la temática de la corresponsabilidad.

Pero en las normas posteriores de reforma laboral y de Seguridad Social desarrolladas a partir de la crisis económica (fundamentalmente en 2010 y 2011)

¹⁰ STJUE de 22 de abril de 2010, C-486/08.

¹¹ STJCE de 22 de octubre de 2009, C-116/09.

¹² STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09.

¹³ Tuve ocasión de analizar esta tendencia en Ballester Pastor, A., 2010, pp. 31-66.

el concepto de corresponsabilidad prácticamente ha desaparecido. La normativa española todavía no ha asumido la importancia del concepto (pese a que forma parte de las Directrices comunitarias integradas) y no ha incorporado garantías en beneficio de los sujetos con responsabilidades familiares que efectivamente compensen los mayores perjuicios que tanto las medidas de flexibilidad como las reformas en materia de seguridad social les han provocado.

3.1. La LOIE y sus muchas deficiencias en el ámbito de la corresponsabilidad

La principal virtualidad de la LOIE fue la de incorporar en España expresamente los conceptos antidiscriminatorios que regían con carácter meramente jurisprudencial desde antiguo por vía de aplicación del derecho de la Unión Europea (por ejemplo, discriminación indirecta, STCo. 145/1991). Pero su relevancia en el ámbito de la corresponsabilidad ha sido escasa en la práctica, pese a algunas novedades aparentemente rompedoras, como la prestación de paternidad. Se limitó a tener un sentido meramente enunciativo, incorporando formalmente la nueva perspectiva que empezaba a surgir en la Unión Europea pero limitándose a corregir defectos evidentes de la normativa española y a establecer novedades que formalmente parecían interesantes pero que en la práctica estaban formuladas de modo incompleto. El modelo seguía siendo, sin embargo, incompatible con los presupuestos de la corresponsabilidad.

1. La LOIE¹⁴ estableció expresamente que, en la prestación de desempleo, la base reguladora aplicable era la correspondiente a la jornada anterior a la reducción de jornada. Lamentablemente, sin embargo, la aportación de la LOIE en este ámbito no fue más que una corrección puntual a una situación concreta: para el resto de prestaciones de Seguridad Social diferentes de la prestación de desempleo no se producía automáticamente la retroacción al momento de la prestación a tiempo completo, sino que se aplicaban en todo caso concretas y limitadas en el tiempo cotizaciones ficticias al 100%¹⁵. No terminó de dar la LOIE el paso definitivo hacia la conexión entre actividades de cuidado, de un lado, y la discriminación indirecta por razón de género, de otro.
2. Se corrigieron en la LOIE algunos de los aspectos más sangrantes de la prestación de maternidad (como por ejemplo los que surgieron en caso

¹⁴ Art. 211.5 LGSS conforme a redacción dada por la LOIE: En los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 del *artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.

¹⁵ Conforme al art. 180 LGSS, dos años —ahora tres— en excedencia por cuidado de hijos; y un año en excedencia por cuidado de familiares; dos años en reducción de jornada por cuidado de hijo; y un año en reducción de jornada por cuidado de familiar.

de fallecimiento de la madre) pero se siguió manteniendo la titularidad materna de la misma y el disfrute condicionado parcial del padre, tan solo en el caso de que ambos trabajen, lo que incorporaba una visión de la unidad familiar insensible a los nuevos modelos. La prestación de maternidad sigue configurada de una manera totalmente hostil al reparto de responsabilidades, pensando en un modelo familiar en que la mujer es la responsable exclusiva de las responsabilidades domésticas y familiares.

3. No terminó de perfilar suficientemente la LOIE la herramienta de corresponsabilidad intrafamiliar por excelencia, el permiso de paternidad, que quedó configurado de modo notablemente rígido. Si el objetivo del permiso de paternidad era favorecer el reparto de responsabilidad debería haberse promocionado su utilización liberándolo de limitaciones a su ejercicio. No tiene demasiado sentido que si se disfruta a tiempo parcial la jornada tenga que ser de, al menos, el 50%; o que no sea fraccionable; o que tenga que disfrutarse simultáneamente a la maternidad o inmediatamente después de ella.

Asimismo, el permiso de paternidad se comprende mal en un contexto en que no se promueve la participación del padre en la maternidad y en la lactancia. Ciertamente la actual configuración de la maternidad no resulta incompatible con los presupuestos de la sentencia dictada en el asunto *Roca Álvarez*, puesto que ésta se refería exclusivamente a un permiso de cuidado y no a un permiso de maternidad¹⁶, pero las reflexiones vertidas en aquella sentencia acerca de los efectos perversos de políticas innecesariamente protectoras de las mujeres en el ámbito del cuidado pueden perfectamente ser aplicables a la regulación española de la prestación de maternidad. En cualquier caso, el gran fracaso de la prestación de paternidad fue su duración de 13 días, que aunque nació con carácter transitorio se ha instalado con carácter permanente

4. También quedó formulado de modo incompleto el derecho a la adaptación de la jornada del art. 34.8 ET¹⁷, que contenía al menos dos de-

¹⁶ El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado recientemente, en la STCo. 75/2011, de 19 de mayo, estableciendo que no es contraria ni a la Constitución (ni al derecho de la Unión Europea) una previsión como la del art. 48.4 ET que establece la titularidad materna del permiso de maternidad y el acceso secundario y condicionado del padre. Llega a esta conclusión a pesar del asunto *Roca Álvarez* porque la argumentación aplicable al supuesto de maternidad es el que dio lugar al asunto *Hoffman* en 1984. De hecho debe recordarse que en el mismo asunto *Roca Álvarez* el Tribunal de Justicia de la Unión estableció que se mantenía vigente la doctrina de *Hoffman*. La única manera de hacerlo es establecer una clara diferencia de supuestos: en maternidad cabe el establecimiento de configuraciones preferente o exclusivamente femeninas, pero no así en conciliación.

¹⁷ Art. 34.8 ET. *El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella.*

fectos de gran relevancia: (i) la falta de configuración de la conciliación como derecho subjetivo del trabajador/a; (ii) la equiparación de la conciliación familiar a la conciliación personal, lo que supuso una evidente degradación de aquella.

La interpretación jurisprudencial ordinaria y constitucional ratificó esta falta de eficacia inmediata del cuasi derecho del art. 34.8 ET: (i) El Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la adaptación de jornada previsto en este precepto no tiene aplicabilidad inmediata, requiriendo al respecto especificación o acuerdo con el empresario al respecto (STCo. 24/2011, de 14 de marzo) sin que ello implique tacha alguna de inconstitucionalidad; (ii) El TS ha establecido que el derecho subjetivo de pleno alcance a la reducción de jornada previsto en el art. 37.5 ET se refiere estrictamente a la jornada y no a otros aspectos temporales del tiempo de trabajo como el horario o el sistema de trabajo a turnos¹⁸. Estos eventuales derechos de adaptación temporal que excedieran del concepto de reducción de jornada entrarían en el espacio del 34.8 ET, que, en consecuencia, carece de aplicabilidad inmediata.

El art. 34.8 ET impide superar la percepción demasiado generalizada de que el cuidado familiar no es responsabilidad empresarial, sino que pertenece a la esfera individual y familiar (como ocurre con la conciliación personal). Se olvida que el derecho a la conciliación familiar es un derecho fundamental (STCo. 26/2011, de 14 de marzo)¹⁹ que tiene un rango mayor que la opción personal por determinadas actividades durante el tiempo libre. El Tribunal Constitucional recuerda que ésta perspectiva de derecho fundamental debe tenerse en cuenta cuando se analice en sede jurisdiccional la procedencia de las medidas de conciliación solicitadas por los trabajadores/as. Consiguientemente con este presupuesto debían haberse puesto al mismo nivel en el art. 34.8 ET el derecho a la ordenación temporal por conciliación familiar y el derecho a que dicho ejercicio no altere esencialmente la organización empresarial (que a fin de cuentas también es un derecho constitucional derivado del art. 38 de la Carta Magna). Esos debieran ser los dos términos fundamentales de la cuestión, cuya resolución podría venir facilitada por lo establecido al respecto en el convenio colectivo. Pero en lugar de establecerlo de este modo, el art. 34.8 ET disminuye la eficacia del derecho a la conciliación familiar situándolo en un nivel inferior al derecho a la organización empresarial, condicionando en todo caso su ejercicio a lo establecido en el convenio colectivo.

¹⁸ Por todas, STS de 13 de junio de 2008.

¹⁹ Expresamente se reprueba en la STCo 26/2011, de 4 de marzo, al otorgar el amparo que los órganos jurisdiccionales *no se hayan planteado la cuestión de si denegar al trabajador demandante la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE en relación con el art. 39 CE del asunto planteado.*

Pese a la STCo 26/2011 la diletante construcción del art. 34.8 ET termina constituyendo una degradación del derecho a la conciliación, porque hacerlo derivar directamente de la Constitución sin ningún apoyo en la legislación ordinaria (que, en todo caso, parece degradarlo) no constituye una protección efectiva del mismo. Y ello a su vez significa que no existen incentivos efectivos para que el tema de la conciliación se resuelva en el ámbito empresarial por medio de una adaptación racional del tiempo de trabajo. Si la LOIE hubiera sido más enérgica en la configuración de cierto derecho subjetivo a la adaptación de la jornada, siquiera susceptible de ajuste por medio de la negociación colectiva, existirían incentivos para que se produjera ese reajuste del tiempo de trabajo por vía negociada. Lo mismo cabe decir de otros cuasi derechos reconocidos a favor del trabajador cuyo disfrute se encuentra condicionado al acuerdo con el empresario y/o a la correspondiente previsión en sede negociada (disfrute a tiempo parcial de la maternidad y paternidad; y posibilidad de acumulación de la lactancia al final de la prestación de maternidad).

De hecho, los planes de igualdad podían haber cumplido una función de reordenación del tiempo para conciliación pero no ha sido así. Casi todos ellos hacen referencia a la conciliación pero la mayoría se limitan a reproducir lo que ya dice la normativa (estatal o de convenio) a veces incluso con referencias a normas ya derogadas. La mejora que más se reitera es la posibilidad de disfrute acumulado de la lactancia (que es la menos comprometida de las posibilidades de reajuste temporal). Son escasos los planes que hacen referencia a derechos de reajuste temporal y, cuando aparecen, están profundamente condicionados a la organización empresarial, por lo que su consideración como derechos subjetivos es cuestionable. Una mayor implicación de la norma estatal podría haber establecido un punto de referencia más susceptible de ser ocupado por los planes de igualdad y/o por los convenios colectivos a efectos de configurar mecanismos de ordenación temporal consecuentes con los objetivos de la corresponsabilidad.

Así pues, incluso tras la LOIE la cuestión de la conciliación en la realidad normativa española sigue asentada en el derecho a la ausencia (los permisos), prácticamente igual que en la década de los 90, los 80 e incluso los 70, sin que se haya planteado de una manera seria el desmantelamiento de todo el sistema y la configuración de uno nuevo en el que la organización del tiempo sea lo primordial y el derecho a la ausencia lo secundario.

Incluso los derechos de ausencia tiene importantes defectos de configuración en la regulación surgida de la LOIE, que se limita a mantener modelos y esquemas tradicionales sin plantear escenarios más rupturistas. De un lado se mantienen permisos totalmente desfasados e inoperantes, como el de lactancia, que debería ceder para configurar derechos más comprometidos de ajuste temporal. Y ni siquiera la sentencia *Roca Álvarez* ha servido para que se opere siquiera en los

términos que la misma establece, la necesaria reforma en el ordenamiento español que, hoy por hoy, sigue pendiente; de otro lado sigue sin existir una adecuada cobertura para la fuerza mayor familiar, pese a que los permisos para garantizar la presencia de padre o madre cuando lo requiera el estado del menor configuran una obligación conforme a lo establecido en la Directiva 2010/18 (y antes en la Directiva 96/34 con idéntico tenor). Todos los intentos de extender algunas figuras ya existentes para permitirles atender a la fuerza mayor familiar son insuficientes (excedencia voluntaria desde cuatro meses, excedencia por cuidado de hijos fraccionable) como lo son una serie de nuevas figuras creadas para atender situaciones muy puntuales y/o extremadamente graves de fuerza mayor familiar (hospitalización del neonato —2001— y enfermedad grave del hijo —2011—).

3.2. La invisibilidad de la corresponsabilidad en las reformas operadas, particularmente en el ámbito de la Seguridad Social

La crisis económica ha desencadenado una serie de reformas en España que han provocado el efecto de degradar ostensiblemente el tratamiento de la corresponsabilidad. Ni se advierten los perjuicios ocasionados a los sujetos con responsabilidades familiares, ni se es consciente de que una correcta política de corresponsabilidad puede servir, por sí misma, para corregir importantes defectos del sistema. Pero, al extremo, la invisibilidad de la cuestión de la corresponsabilidad puede convertirse en un instrumento que incremente la vulnerabilidad de las personas con responsabilidades familiares. Así se advierte en la regulación de los mecanismos de flexibilidad interna, que han sido objeto de reforma en los últimos meses a efectos de incrementar las potestades organizativas del empresario (Ley 35/2010, de 17 de diciembre de 2011) pero sin que se incorpore ningún mecanismo que garantice el mantenimiento de los derechos de los sujetos con responsabilidades familiares. En la regulación de los traslados y de la movilidad con cambio de residencia sigue sin existir ninguna referencia a la situación familiar, lo que resulta particularmente grave puesto que las consecuencias de este tipo de ajustes son claramente nocivas para las personas con responsabilidades familiares. Ni siquiera se advierte sensibilidad en relación con los derechos de conciliación en la fórmula extintiva del art. 50 ET. No se prevé la posibilidad de extinciones indemnizadas en los casos en que se produzcan cambios en la organización empresarial que, injustificadamente, recaigan en personas con responsabilidades familiares (lo que les obliga a abandonar el trabajo). Junto al atentado a la dignidad y a la formación profesional debiera preverse también la posibilidad extintiva por la vía del 50 ET para los casos de atentado injustificado al derecho a la conciliación familiar que a fin de cuentas es un derecho de rango fundamental reconocido así por el propio Tribunal Constitucional.

La misma escasa sensibilidad se constata en otras normas, como por ejemplo la que dio lugar a la reforma de la negociación colectiva (RD ley 7/2011, de

10 de junio), que no contiene ninguna matización de reserva de derechos para los sujetos con responsabilidades. Se advierte que la existencia de las mismas no genera realmente ninguna obligación para el empresario que le incentive para favorecer la adaptación del tiempo de trabajo: tan solo tiene que esperar a que los trabajadores/as que no pueden soportar la situación abandonen. Desde esta perspectiva, esta falta de consideración de las responsabilidades familiares hace que los ajustes de plantilla se produzcan en perjuicio de un derecho calificado de fundamental y a coste cero para el empresario. Se trata de una situación particularmente grave que condena a la marginalidad a los sujetos con responsabilidades familiares y que requiere una implicación mucho mayor de la normativa laboral.

Pero es probablemente en el ámbito de las reformas de seguridad social donde la degradación de las cuestiones de cuidado en general, y de la corresponsabilidad en particular, adquiere tintes más dramáticos. El punto de referencia es bastante bajo, puesto que es sabido que la cobertura de Seguridad Social dirigida a repartir socialmente el coste del cuidado de los hijos es, en España, muy reducida: se limita a la prestación de maternidad/paternidad y a ciertos beneficios de cotización ficticia vinculados a las excedencias y a las reducciones de jornada. El marco de cotizaciones ficticias se completa con beneficios para las personas con hijos que no desarrollen actividad laboral de cara a futuras prestaciones. Recientemente se ha incorporado una nueva prestación, para la cobertura de la reducción de jornada específica motivada por enfermedad grave del/a hijo/a, lo que añade un supuesto puntual de cobertura por fuerza mayor familiar, aunque sin resolver los defectos generales del ordenamiento español en este ámbito. El parco panorama se completa con las consabidas bonificaciones a la seguridad social por admisión o readmisión de mujeres en maternidad reciente. En el año 2011 desapareció el beneficio fiscal vinculado a la maternidad (el llamado cheque bebé) cuya virtualidad como instrumento para el fomento de la natalidad había sido nulo.

El dato de partida es, pues, la escasa sensibilidad de nuestro sistema de seguridad social en cuanto a la participación que le corresponde en el coste de la maternidad y el cuidado de los hijos. Pero, además de esta situación, resalta en los últimos meses que, pese a las apariencias, la importante reforma que se ha operado en el ámbito de la seguridad social (Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social) no haya tenido totalmente en cuenta las graves repercusiones que puede tener en el colectivo de personas que asumen responsabilidades de cuidado, aplicando solamente correcciones puntuales y escasamente operativas a los importantísimos cambios que incorpora. Asimismo, las últimas prestaciones generadas o parcialmente normativizadas en relación con el cuidado y la corresponsabilidad (hospitalización de hijo/a con enfermedad grave y paternidad) evidencian importantes imperfecciones. De todo ello se trata a continuación.

3.2.1. *La insuficiencia de los mecanismos correctores de la Ley 27/2011*

Existen una serie de alteraciones establecidas en la Ley 27/2011 que implican un mayor perjuicio para aquellos sujetos con vidas laborales más accidentadas e irregulares, lo que directamente afecta a aquellos con responsabilidades familiares. Se advierte inmediatamente que los principales cambios pretendidos por la reforma afectan directa y muy perjudicialmente a la cobertura social de los sujetos con carreras irregulares por responsabilidades familiares, incrementando la posibilidad de desprotección en el momento de acceso a la pensión de jubilación. El perjuicio más claro es el derivado del endurecimiento de los requisitos de cotización, lo que premia las carreras profesionales estables pero penaliza claramente a las inestables. Esta, que es una de las principales características de la reforma operada en el sistema de seguridad social por la Ley 27/2011 incide directamente en los sujetos con carreras irregulares como consecuencia de la asunción de actividades de cuidado. La segunda consecuencia perjudicial es la que se produce por el alargamiento del parámetro temporal de referencia para el cálculo de la base reguladora en jubilación. La Ley 27/2011 establece que, después de que transcurra el plazo transitorio correspondiente, dicho periodo de referencia abarcará un espacio temporal de 25 años²⁰. Resulta evidente que, cuanto más se retrotraiga en el tiempo el periodo relevante para el cálculo de la pensión más perjuicio terminarán causando en la cuantía final de la misma, los periodos de inactividad correspondientes a periodos fértiles. La tercera consecuencia negativa se da como consecuencia del nuevo sistema de cobertura de lagunas para las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación instaurado en la Ley 27/2011. Supone una alteración de doble significado²¹: de un lado, se otorga mayor valor a las lagunas de cotización acaecidas en el periodo de tiempo inmediatamente anterior al periodo que ha de tenerse en cuenta para el cálculo de la base reguladora (puesto que las lagunas en tal caso se rellenan con las men-

²⁰ Previa alteración del art. 162.1 LGSS cuya redacción, es como sigue: *La base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será el cociente que resulte de dividir por 350 las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.*

²¹ Establece la Ley 27/2011 como redacción del art. 162.1.1.2 LGSS la siguiente: *Si en el periodo que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran periodos durante los cuales no hubiese existido la obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán de acuerdo con las siguientes reglas: 1.ª: Si durante los 36 meses previos al periodo que ha de tomarse para el cálculo de la base reguladora existieran mensualidades con cotizaciones, cada una de las correspondientes bases de cotización dará derecho, en su cuantía actualizada, a la integración de una mensualidad con laguna de cotización y hasta un máximo de 24, a partir de la mensualidad más cercana al hecho causante de la pensión en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente. En ningún caso, la integración podrá ser inferior al 100% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración. 2.ª Las 24 mensualidades con lagunas más próximas al periodo al que se refiere la regla anterior, se integrarán con el 100% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración; 3.ª El resto de mensualidades con lagunas de cotización, se integrarán con el 50% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración.*

sualidades más cercanas al hecho causante); de otro lado, las lagunas más remotas se rellenan con la mitad de la base mínima, lo que implica una diferencia notable con relación al sistema vigente con anterioridad, que rellena las lagunas con la cuantía establecida para las bases mínimas. Se trata de un mecanismo que vuelve a penalizar los defectos de cotización remotos que son los que suelen coincidir con los periodos fértiles, por lo que su repercusión negativa en la cobertura final de los sujetos con responsabilidades resulta evidente.

Pese a la gran entidad de los perjuicios ocasionados a las personas con carreras irregulares los mecanismos establecidos por la Ley 27/2011 para compensarlos son insignificantes. Consisten fundamentalmente en el incremento cuantitativo de cotizaciones ficticias ya existentes vinculadas a situaciones de naturaleza familiar. Son los siguientes:

- a) Se establece una compleja DA 60 LGSS²², de carácter muy similar a la cotización ficticia preexistente configurado en la DA 44 LGSS, a la que se acumula²³. La DA 44 LGSS, introducida por la LOIE, establece una cotización ficticia en beneficio de las mujeres que hubieran dado a luz de 112 días completos por cada parto²⁴. La cotización ficticia de la

²² DA 60 LGSS: 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional cuadragésima cuarta, en cualquier régimen de Seguridad Social y a todos los efectos salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido, se computará como periodo cotizado aquel de interrupción de la cotización, derivado de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones de desempleo producidas entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. La duración de este cómputo como periodo cotizado será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido. Dicho periodo se incrementará anualmente, a partir del año 2013 y hasta el año 2018, hasta alcanzar el máximo de 270 días por hijo en el año 2019, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización. Este beneficio solo se reconocerá a uno de los progenitores. En caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre.

Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, a los exclusivos efectos de determinar la edad de acceso a la jubilación prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 161, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, la duración del cómputo como periodo cotizado será de un máximo de 270 días cotizados por cada hijo o menor adoptado o acogido.

2. En función de las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social, podrán adoptarse las disposiciones necesarias para que el cómputo, como cotización efectiva, del periodo de cuidado por hijo o menor, en los términos contenidos en el párrafo primero del apartado anterior, se anticipe antes del 2018, en los supuestos de familias numerosas.

3. En cualquier caso, la aplicación de los beneficios establecidos en la presente disposición no podrá dar lugar a que el periodo de cuidado de hijo o menor, considerado como periodo cotizado, supere cinco años por beneficiario. Esta limitación se aplicará, de igual modo, cuando los mencionados beneficios concurren con los contemplados en el artículo 180.1 de esta Ley.

²³ De hecho éste es el único sentido que cabe dar a la DA 60 que precisamente comienza señalando su aplicación *sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición Adicional cuadragésima cuarta*.

²⁴ DA 44 LGSS. Periodos de cotización asimilados por parto. A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la seguridad social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada

DA 44 LGSS se aplica a las mujeres trabajadoras en el momento del acceso a las prestaciones de jubilación o incapacidad permanente, con relación al tiempo de parto en el que no eran trabajadoras. La DA 60 tiene un ámbito aplicativo más extenso: se refiere a las personas (hombres o mujeres) que hubieran tenido un hijo por nacimiento o adopción en un momento en que se había producido una interrupción de sus carreras de cotización (entre los nueve meses anteriores al nacimiento o tres meses anteriores a la adopción y la finalización del sexto año posterior a dicha situación). La cotización ficticia es inicialmente de 112 días por hijo aunque progresivamente se irá ampliando hasta llegar a 270 días por hijo en 2019. Por lo demás, se establecen límites máximos a la cotización ficticia de la DA 60 LGSS que, sumada a la que procediera por aplicación de la cotización ficticia establecida en el art. 180 LGSS, no puede exceder de cinco años en total para el beneficiario, para toda su carrera laboral.

La difícil redacción de la DA 60 y sus incomprensibles condiciones son tan solo algunas de las críticas que merece. Por lo demás, no se acierta a comprender la configuración acumulada de la cotización ficticia contenida en la DA 44 y la de la DA 60 LGSS. Sin duda el beneficio podía haber sido más generoso, más imaginativo y sobre todo más claro porque termina concediendo una gran cantidad de días de cotización ficticia (cuando concurren los requisitos para la aplicación de la DA 44 LGSS y de la DA 60 LGSS) a un supuesto que no lo justifica.

- b) La Ley 27/2011 establece también como mecanismo compensatorio del perjuicio ocasionado por el alargamiento de las carreras profesionales una ampliación de la cotización ficticia prevista para la excedencia por cuidado de hijos. Ello ha supuesto la reforma del art. 180.1 LGSS²⁵, elevándose el tiempo de cotización ficticia en caso de excedencia por cuidado de hijos de los dos años actuales a tres. El hecho de que se haya ampliado la cotización ficticia en excedencia por cuidado de hijos pero no en excedencia por cuidado de familiares resulta ciertamente paradójico. Y ello porque en demasiadas ocasiones el cuidado requerido por sujetos familiares dependientes no tiene establecidos mecanismos de atención social válidos o suficientes, lo que implica que, con frecuencia, dicho cuidado exija el abandono temporal del puesto de trabajo por me-

parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda.

²⁵ Que queda del siguiente modo: *Los tres años de periodo de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del estatuto de los Trabajadores, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la seguridad social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.*

dio de la excedencia para cuidado de familiares. En cambio la excedencia por cuidado de hijo suele obedecer a opciones personales de unidades familiares con suficientes recursos que optan por asumir directamente el cuidado y atención de los menores de 3 años, en lugar de delegar su cuidado en los servicios comunitarios de cuidado. Sin embargo, la excedencia motivada por cuidado de familiar mantiene la antigua cotización ficticia por el tiempo máximo de un año, sin que la nueva ley le haya configurado ninguna extensión similar a la existente para la excedencia por cuidado de hijos. Resulta claro que el legislador no ha tenido la suficiente habilidad para detectar aquellas situaciones vinculadas al cuidado que merecen especial atención por parte del ordenamiento a efectos de ser promovidas y garantizadas. Ha llevado a cabo, en cambio, una actividad un tanto caprichosa de supuesta corrección del impacto de género que presenta importantes carencias y que no es necesariamente la económicamente más eficiente.

Pero en todo el sistema de reformas y pretendidas correcciones de la Ley 27/2011 surge la siguiente reflexión: Uno de los aspectos que más rotundamente ha justificado la reforma operada en el sistema de Seguridad Social por medio de la Ley 27/2011 es el de la inversión de la pirámide poblacional. Así pues, una de las principales razones de que se promueva la permanencia en el mercado de trabajo y de que se endurezcan los requisitos de acceso a las pensiones es la imposibilidad de que una decreciente población activa sostenga a una creciente población pasiva. Llama la atención, sin embargo, que la normativa de los últimos meses, incluyendo la de seguridad social, haya renunciado definitivamente a promover la natalidad por medio de políticas efectivas de corresponsabilidad, lo que constituiría el mecanismo más eficiente para corregir el temido desequilibrio entre población activa y pasiva. Al contrario, la reforma acometida implica, como se ha expuesto, graves perjuicios a las carreras profesionales irregulares, que no se compensan ni remotamente por los mecanismos compensatorios establecidos fundamentalmente en torno a escasas y complejas cotizaciones ficticias. En lugar de renunciar definitivamente a la virtualidad que puede tener la normativa laboral y de Seguridad Social para alterar las tasas de natalidad, se debía haber acometido una política efectiva para la corresponsabilidad que, de un lado, facilitara la permanencia en el trabajo (derecho a la presencia por medio de derecho subjetivo pleno de ajuste de jornada), que asegurara la corresponsabilidad efectiva (permiso de paternidad) y que, de otro, compensara cualquier repercusión que la crianza de los hijos pudiera tener en el desarrollo de la carrera de cotización. Resulta claro que solo la atención a estos factores puede ser efectiva para alterar los patrones de natalidad.

Debiera plantearse, al respecto, que los cambios operados en el sistema de pensiones perjudican más al colectivo de mujeres que al colectivo de hombres por lo que una corrección efectiva de los efectos perversos de una reforma del sistema

de seguridad social como la acometida debería utilizar una perspectiva compensatoria de género. No puede olvidarse que la irregularidad de las carreras profesionales de las mujeres no se debe solo a las situaciones de maternidad/cuidado reales y efectivas, sino al hecho de que dichas situaciones se anticipen por parte del empresariado, provocando discriminación laboral de la mujer durante su edad fértil. Factores como la simple y llana discriminación laboral, que hace a las mujeres más vulnerables a la continua rotación²⁶; o el mayor tiempo que éstas invierten en formación a efectos de compensar una desigual consideración social, sobre todo para el acceso a puestos en los que se encuentran infrarrepresentadas, provocan un efecto ralentizador de sus carreras profesionales. Por ello, si efectivamente resultaba necesario que la reforma de Seguridad Social afectara a la edad ordinaria de jubilación, tal vez debiera haberse considerado el establecimiento de diferentes edades de acceso a la jubilación en razón del género, tal y como se establece en otros países, incluso con menores diferencias de carácter laboral entre géneros²⁷.

Tampoco se han sugerido medidas correctoras de reparto entre miembros de la unidad familiar a efectos de que la cotización del sujeto con cotización efectiva mayoritaria pueda transferir parte de las mismas al sujeto con cotización minoritaria por dedicación familiar, al estilo de las que existen en países como Suecia²⁸. Se ha optado por el más simple de los planteamientos, renunciando al establecimiento de una política de corresponsabilidad susceptible de establecer un nuevo marco de relaciones. Es necesaria una perspectiva de la conciliación/corresponsabilidad susceptible de alterar roles y conciencias, lo que requiere una mayor amplitud de miras.

3.2.2. *Las deficiencias de las últimas prestaciones relacionadas con el cuidado y la corresponsabilidad*

(i) El establecimiento de la prestación de paternidad en 2007, siquiera con la escasa duración prevista (13 días) y con sus muchas rigideces (*supra*) parecía configurar un nuevo momento en la configuración de la corresponsabilidad como concepto tendente a sustituir las políticas de conciliación desfasadas que, hasta la fecha, habían caracterizado el marco normativo en nuestro país. La escasa duración inicial se preveía transitoria, siendo el objetivo final que la prestación llegara a durar cuatro semanas. En 2009 se estableció que en 2011 la prestación de paternidad duraría cuatro semanas. Como se sabe, sin embargo, en la Ley de Presupuestos para 2011 se suspendió la extensión de esta prestación hasta 2012, como medida de contención de gasto.

²⁶ Al respecto, por todos, Gálvez (2011).

²⁷ Un estudio de carácter estadístico acerca de las edades oficiales y reales de acceso a la jubilación en los países que componen la Unión Europea por Romans (2007).

²⁸ Refería esta particularidad del sistema de pensiones en Suecia, en Ballester Pastor, A., 1995, p. 87.

La suspensión del incremento de su duración a cuatro semanas ha evidenciado que la corresponsabilidad (y en general las políticas de igualdad) son consideradas una especie de lujo del que es necesario prescindir en épocas de crisis en lugar de una inversión para el sostenimiento del sistema de Seguridad Social. De hecho los países nórdicos que instauraron el permiso de paternidad como estrategia de fomento de la natalidad tienen efectos constatados al respecto. Curiosamente la actual duración de 13 días sí que constituye un gasto totalmente innecesario, puesto que es una duración claramente insuficiente para la inversión de roles y para alterar la desconfianza empresarial frente a la asunción femenina prioritaria de las responsabilidades familiares.

(ii) La reciente configuración de la prestación para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 135 quater LGSS²⁹ y RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave) podría tener efectos perversos³⁰ desde

²⁹ Artículo 135 quáter. *Situación protegida y prestación económica.*

Se reconocerá una prestación económica a los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, en aquellos casos en que ambos trabajen, para el cuidado del menor/les que estén a su cargo y se encuentren afectados por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Reglamentariamente se determinarán las enfermedades consideradas graves, a efectos del reconocimiento de esta prestación económica.

Será requisito indispensable que el beneficiario reduzca su jornada de trabajo, al menos, en un 50% de su duración, a fin de que se dedique al cuidado directo, continuo y permanente, del menor.

Para el acceso al derecho a esta prestación se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación de maternidad contributiva.

La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo.

Esta prestación se extinguirá cuando, previo informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente, del hijo o del menor acogido por parte del beneficiario, o cuando el menor cumpla los 18 años.

Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla sólo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos.

La gestión y el pago de la prestación económica corresponderá a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o, en su caso, a la Entidad Gestora con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

Las previsiones contenidas en este artículo no serán aplicables a los funcionarios públicos, que se regirán por lo establecido en el artículo 49.e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y en la normativa que lo desarrolle.

³⁰ Un interesante análisis crítico de esta prestación, en el que se destaca la cortedad de miras del legislador, por Lousada Arochena, 2011, p. 7.

el punto de vista de la corresponsabilidad puesto que los permisos de larga duración retribuidos al 100% tienden a favorecer el alejamiento de las mujeres del mercado de trabajo. Ciertamente no se trata de una figura que constituya ausencia completa sino mera reducción de la jornada de trabajo, pero esta reducción debe ser de, al menos, el 50%, lo que puede implicar riesgos tan importantes como las ausencias completas. De hecho ni siquiera los países con tradición de corresponsabilidad más enérgica tienen configurados permisos de esta naturaleza. Ciertamente se trata de una situación lo suficientemente grave e intensa como para justificar cierta generosidad, pero ello no debiera impedir favorecer al mismo tiempo la corresponsabilidad, (i) lo que podría haberse conseguido más fácilmente si se hubieran establecido derechos de mayor alcance cuando el permiso fuera disfrutado por ambos progenitores y no por uno solo (por ejemplo, garantizar el 100% solo cuando hay reparto en la reducción, no evitando la reducción de ambos —como actualmente sucede— sino promovéndola, siquiera con límites). (ii) También hubiera resultado adecuado que el ámbito de los sujetos beneficiarios se hubiera extendido a miembros de la unidad familiar extensa, algo que resulta bastante consecuente con el tipo de vínculos familiares en nuestro país y que ayudaría a repartir entre más sujetos las actividades de cuidado. Incluso podría haberse establecido, con algunas excepciones, un límite de duración máxima para cada sujeto, lo que favorecería la alternancia. (iii) Finalmente, debiera tenerse en cuenta que las figuras de reducción de jornada tienden a incrementar el trabajo del resto de compañeros e incluso del/a propio/a trabajador/a en reducción, por lo que resulta necesario incentivar la contratación de trabajadores interinos (o incluso penalizar su falta de contratación). Teniendo en cuenta que en el presente caso la reducción de jornada está subvencionada por la seguridad social debiera garantizarse que el empresario no termina beneficiándose (por una reducción global del coste del factor trabajo) de esta situación. Ello obliga, primero, a una flexibilización de la figura de la interinidad y, después, al establecimiento de medidas efectivas de fomento de la contratación (mantenimiento del coste anterior e incluso penalización si no se contrata en interinidad, como en el caso del contrato de relevo).

Bibliografía

- BALLESTER PASTOR, A. (1995): «La reforma del sistema de pensiones en Suecia o los nuevos límites del Estado del bienestar», *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 20, p. 87.
- BALLESTER PASTOR, A. (2010): «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: reformas, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad», *Revista de Derecho Social*, n.º 51, pp. 31-66.
- CABEZA PEREIRO, J. (2005): «La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa», *Revista de Derecho Social*, n.º 31, pp. 25 y ss.

- GALA DURÁN, C. (2005): «De nuevo sobre el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo en los casos de reducción de jornada por cuidado de familiares. ¿Es inconstitucional el art. 211.1 LGSS? Comentario al Auto del TSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2005», *Iuslabor*, n.º 4.
- GÁLVEZ (2010): «La nueva reforma. Las pensiones y las mujeres», <http://www.noalmaltrato.com/2011/01/la-nueva-reforma-las-pensiones-y-las-mujeres/>
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2011): «Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave», *Actualidad Laboral*, n.º 8, p. 7.
- ROMANS (2007): «The transition of women and men from work to retirement», *Statistics in focus. Population and social conditions*, n.º 97.