

una categoría común de “orientación sexual” tanto a las medidas comunitarias articuladas para luchar contra ésta como aquellas otras elaboradas para luchar contra la discriminación contra los transexuales.

P v. S and Cornwall County Council, de 30 de abril de 1996⁸², Resolución del Parlamento Europeo contra la discriminación contra los transexuales⁸³.

⁸² Asunto 13/94. Esta sentencia llamó poderosamente la atención de los estudiosos del Derecho del Trabajo en toda Europa. Así, en España M. ALONSO OLEA, “El despido de un transexual”, in *Actas de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1997, pg. 237; M. MARISCAL DE GANTE y E. LÓPEZ PASARO, “Transexualidad y discriminación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 97, 1999, pg. 601; J.M. MORALES ORTEGA, *op. cit. infra*; M.A. VICENTE PALACIO, “Transexualidad y contrato de trabajo”, *Tribuna Social*, n° 67, 1996, pg. 55. Fuera de nuestro país, C. BARNARD, “P v. S: Kite Flying or a New Constitutional Approach?”, in A. DASHWOOD & S. O’LEARY, *The principle of Equal treatment in EC Law*, Sweet & Maxwell, London, 1997, pg. 59; *Idem*, “The Principle of Equality in the Community Context: P, Grant, Kalanke and Marshall: Four uneasy bedfellows?”, *Cambridge Law Journal*, n° 57, 1998, pgl.352; A. C. LOUX, ‘Is He Our Sister? Sex, Gender, and Transsexuals Under European Law’. *Web Journal of Current Legal Issues*, vol. 3, 1997; R. WINTEMUTE, ‘Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Code.’ *Modern Law Review*, vol. 60, 1997, en pg. 335; P. SKIDMORE, “Sex, gender and comparators in employment and discrimination”, *Industrial Law Journal*, vol. 26, 1997, pg. 51.

⁸³ D.O.C.E. serie C, n° 256, de 9 de octubre de 1989.

LA LEY 39/99 DE CONCILIACIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES Y PROFESIONALES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS: TEMAS DE DEBATE

TERESA PÉREZ DEL RÍO*

ÍNDICE

1. Objetivos que debe perseguir una ley de conciliación de responsabilidades familiares y profesionales. El objetivo de la Ley 39/99. Alternativas posibles
2. Medidas adoptadas en materia de interrupción o reducción de la actividad laboral para atender responsabilidades familiares; 2.1. Permisos y licencias (art. 37.3 ET). 2.2. Permiso de lactancia (art. 37.4). 2.3. Reducción por guarda legal y para cuidado de familiares (art. 37.5). 2.4. Excepción (art. 46.3); 2.5. Suspensión por maternidad (art. 48.4 ET)
3. Reformas introducidas para la tutela frente a riesgos para la salud ocasionados por la maternidad: suspensión en el supuesto de riesgo durante el embarazo
4. La tutela frente a la discriminación por causa de maternidad: garantía de los derechos laborales y en especial del derecho a la estabilidad en el empleo
5. Medidas adoptadas para evitar que la maternidad siga constituyendo la causa más importante de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo: El llamado “coste cero” de la maternidad y las campañas de sensibilización (Disp. Ad. 4^a)

El objetivo del presente trabajo es analizar desde la óptica académica los temas de la Ley 39/99 que fueron objeto del cuestionario presentado a los interlocutores sociales y a los representantes institucionales, cuyas respuestas fueron publicadas en el número anterior de esta revista.

Entiendo que no son los únicos problemas o interrogantes que plantea la norma pero sí los más importantes y, por ello, conviene analizarlos desde todas las ópticas posibles.

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

1. OBJETIVOS QUE DEBE PERSEGUIR UNA LEY DE CONCILIACIÓN DE RESPONSABILIDADES FAMILIARES Y PROFESIONALES. EL OBJETIVO DE LA LEY 39/99. ALTERNATIVAS POSIBLES

En una sociedad capitalista de mercado, la posición social de los ciudadanos viene determinada por su posición en el mercado de trabajo y podríamos añadir que incluso su nivel de libertad y autosuficiencia, en definitiva su posibilidad real de disfrutar otros derechos fundamentales.

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 importante al que hay que enfrentarse, estableciéndose como objetivo —al menos formal— de las políticas sociales públicas su eliminación.

Sin duda 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.

La evolución jurídica a que hemos hecho referencia es innegable, sin embargo, un análisis en profundidad de las normas producidas en dicho periodo de tiempo lleva a la conclusión de que es **sin duda favorable pero también lenta e insuficiente e incluso a veces contradictoria**.

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 a 10'9%)**, junto con un **índice de atipicidad superior**, en concreto de temporalidad de casi el **34'9%** frente al **31'4%** 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 un **diferencial salarial** de la mujer de **76'5%**. CES "Panorama sociolaboral de la mujer en España" N.º 18 Octubre 1999.

Podría decirse que, al menos en parte, la insuficiencia de los efectos producidos por la misma, es debida al insuficiente conocimiento o incluso a veces la ignorancia absoluta del alcance y significado de las normas vigentes en materia de tutela antidiscriminatoria por parte de los operadores jurídicos; podría dudarse incluso de la existencia de suficiente sensibilidad y voluntad política de conseguir una igualdad real entre hombres y mujeres en la sociedad y en el trabajo.

Una de las causas que más han 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 la 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 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 los empleadores 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, derecho fundamental que debe ser garantizado en todos los Estados miembros². Todos los organismos comunitarios (Comisión, Parlamento, Consejo e incluso el 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.

El **Punto 16 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 1989** señala:

² VVAA (coord. CRUZ VILLALÓN) *La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral* Aranzadi, Madrid 1997.

“Debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades. A tal fin conviene intensificar donde quiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional.

Conviene asimismo desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”.

El art. 141 CE (Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), tras recoger en sus primeros apartados el principio de igualdad retributiva, establece en su párrafo 4º que “Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

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 2000³ 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 UNICE, CEEP 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.

Según señala la propia Comisión⁴, estas normas, sobre todo las directivas, constituyen un instrumento importante para la consecución del objetivo de facilitar la conciliación de responsabilidades familiares y profesionales de hombres y mujeres, pero no se consideran suficientes; son necesarias además otras medidas complementarias, entre otras y de esencial importancia, la inversión pública y privada en servicios de cuidado y atención a niños, enfermos, ancianos, minusválidos y personas dependientes en general.

De otro lado resulta necesario atender a la problemática de la atención familiar en el diseño de los sistemas de protección social y de los requisitos de acceso y cuantía de las prestaciones que estos ofrecen.

³ Aprobado por Decisión del 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 “Conciliación del trabajo y la vida familiar” Documento de la Comisión Europea, DGV Empleo y Asuntos Sociales 1999.

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 de las responsabilidades familiares por igual entre hombres y mujeres.

De otro lado, debería producirse la adecuación del ordenamiento jurídico a las exigencias comunitarias en la materia, mediante una trasposición 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 deberían ser adoptadas 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 objetivo la trasposición 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 trasposición 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 ni tan siquiera 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 copartícipes del cuidado de los hijos” y, aunque la exposición 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, no lo impulsa ni lo incentiva. En otros términos facilita (o tiene por objetivo formal, ya veremos en qué nivel lo consigue) que la mujer pueda conciliar mejor que antes de su adopción las responsabilidades tradicionalmente asignadas, las familiares, con las que facilitan su libertad y sus posibilidades de disfrute de los restantes derechos constitucionales en un sistema capitalista de mercado, es decir, las laborales.

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 los empleadores, 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 y de conciliación, teóricamente genéricos pero prácticamente ejercitados sólo o mayoritariamente por las mujeres, el reconocimiento de una mayor cantidad de derechos, teóri-

camente ejercitables indistintamente por hombres y mujeres pero de los que se puede suponer que en gran parte seguirán siendo ejercitados exclusiva o mayoritariamente por las mujeres, puede producir un efecto psicológico en el empresario contrario a la igualdad de oportunidades de acceso al empleo, que origine un descenso en su nivel de contratación —ya bajo— o al menos en su nivel de contratación típica (a tiempo completo y de duración indefinida) —mas bajo aún—.

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. Las repercusiones favorables en materia de igualdad de oportunidades e incluso de índices de natalidad de este tipo de medidas, por ejemplo las licencias y/o permisos expresamente reconocidos a los padres sin posibilidad de transferencia a las madres, han sido comprobadas en otros países europeos⁵.

La Ley tampoco avanza en la asunción por los poderes públicos del coste social de los servicios de cuidado, descargando, al menos parcialmente a las familias y en particular a las mujeres de los mismos.

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)⁶, 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 inexistencia⁷ y 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 mujer en el mercado de trabajo.

En definitiva, los objetivos perseguidos por la Ley 39/99 resultan no sólo insuficientes para conseguir una real igualdad de oportunidades en el empleo

⁵ El Informe sobre “Conciliación del trabajo y vida familiar en Europa” cit. pág. 6 señala que el denominado “permiso parental” constituye un avance reciente en materia de licencia por maternidad. Conforme a la D/96/34/CEE los Estados miembros deberían reconocer un derecho individual a un permiso parental de al menos 3 meses. En Austria, Noruega, Suecia, Grecia, Francia y los Países Bajos la duración del permiso parental total para la pareja será más larga si el padre hace uso de él; los varones holandeses, suecos y noruegos han respondido comparativamente bien a esta posibilidad sin embargo en los países en que el derecho es transferible se produce una respuesta muy moderada de los varones.

⁶ *Ibidem*.

⁷ CES Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 1998 Madrid, 1999 págs. 566 ss.

sin discriminación por razón de sexo, sino que pueden tener incluso efectos negativos sobre la misma. Y como pone de manifiesto Cruz Villalón lo peor es que este análisis no es nuevo, “se actúa sobre terreno explorado y se tiene conciencia de los resultados obtenidos por lo que se puede presumir cuáles son las expectativas reales en cuanto a efectos en el futuro de la Ley”⁸ ya que no se trata de una Ley que irrumpa de forma aislada en este ámbito de normación sino que significa la continuidad de una labor legislativa de varios años que comienza con la adopción de la Ley 3/89, continua con la de la ley 42/94, el art. 26 de la 31/95 y la 4/95, cuyas carencias y desajustes han sido puestas de manifiesto reiteradamente por la doctrina⁹. Resulta evidente que, de haberse adoptado, algunas de las propuestas presentadas por los sindicatos¹⁰ y algunas de las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios en el debate de la Ley, esta hubiera respondido mejor a objetivos relacionados con la igualdad de oportunidades tales como los que se han analizado.

Más aún, ha de tenerse en cuenta el hecho de que inmediatamente después de la adopción de la Ley 39/99, ha sido adoptado el Real Decreto Ley 1/2000 de 14 de enero sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, que tiene por objetivo actualizar unas prestaciones cuya cuantía había permanecido invariable desde 1991 y crear dos nuevas de pago único dirigidas, la primera de ellas, a los casos de nacimiento del tercer y posterior hijo y la segunda, a los supuestos de parto múltiple, cuya finalidad teórica, según se establece en la Exposición de Motivos de la norma, es “compensar en parte los mayores gastos que se producen por nacimiento de un hijo en casos de familias con menores recursos, o cuando de forma simultánea las familias han de cuidar de varios hijos por el hecho de que se produzca un parto múltiple”.

Sin entrar en la crítica del RDL 1/2000 pues no es lugar, la adopción consecutiva de ambas normas hace pensar que tras estas medidas subyacen objetivos de política demográfica; sin ser estos rechazables ya que España constituye uno de los países del mundo con menor tasa de fecundidad (del 1'2 según datos del Instituto de la Mujer¹¹), debe advertirse que no es precisamente este tipo de medidas de carácter meramente económico las que han demostrado mayor efectividad desde la óptica demográfica sino que, por el contrario, como pone de manifiesto la experiencia comparada, se han demostrado mucho más eficaces en esta óptica las medidas globales de igualdad de trato y oportunidades, la

⁸ “El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado. Comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral” *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Número extraordinario monográfico sobre “Conciliación de la vida familiar y laboral” 1999 pág. 78.

⁹ Ver por todos BALLESTER PASTOR *La Ley 39/99 de conciliación de la vida familiar y laboral* Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 9 ss.

¹⁰ Por ejemplo las contenidas en el documento “Propuestas y comentarios de CCOO al proyecto de ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras” Secretaría Confederal de la Mujer CCOO 13-setiembre-1999.

¹¹ *Las mujeres en cifras 1997* pág. 16 Madrid 1997.

protección suficientemente adecuada frente a la discriminación y las políticas de incentivación del reparto de responsabilidades familiares¹².

Desde luego existían alternativas posibles. El contenido de una norma debe venir determinado por su objetivo que, en el caso de la Ley 39/99 no es el reparto de las responsabilidades familiares sino facilitar, especialmente a la mujer, la conciliación de éstas con las laborales, pero, incluso desde esa óptica, presenta diversas carencias como demostraremos más adelante.

Si el objetivo hubiera sido incentivar el reparto de las responsabilidades familiares, el contenido de la norma debería haber sido distinto por ejemplo, deberían haberse previsto derechos de conciliación de asignación específica a los padres (permisos de paternidad) sin posibilidad de transferencia; podrían haberse reconocido créditos de horas o días remunerados para asuntos relacionados con el cuidado de familiares de forma individualizada y sin transferibilidad, como, dicho sea de paso, proponían algunos Grupos Parlamentarios del Congreso y también los sindicatos.

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

En este apartado se tratará de analizar la suficiencia de las modificaciones introducidas en materia de permisos y licencias (art. 37.3 ET), lactancia (art. 37.4) reducción de jornada (art. 37.5 ET), suspensión por maternidad (art. 48.4 ET), excedencia por cuidado de hijos y familiares (art. 46.3).

La regulación vigente hasta la actualidad en la materia, viene caracterizada, como ha puesto la doctrina laboralista reiteradamente de manifiesto, 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 Arochena¹³, si la mujer trabajaba en la casa, los hombres no los necesitaban. En el supuesto excepcional del trabajo femenino extradoméstico, la normativa no pretendía otorgar a los hombres unos derechos que tenían por objetivo 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, mediante una vuelta total o parcial a su lugar natural, el hogar.

¹² Ver el ejemplo sueco en BALLESTER PASTOR "La reforma del sistema de pensiones en Suecia o los nuevos límites del Estado de bienestar" *Revista de Trabajo y Seguridad Social* nº 20 1995 págs. 108 ss.

¹³ Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidas por la Ley 39/99 de 5 de noviembre (en publicación) pág. 2 ss.

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 adecúa 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, mientras el derecho español prevé diversas instituciones y derechos con objetivos similares, asignando muchas veces a las mujeres su titularidad 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 las ejerciten.

Esta perspectiva y esta técnica normativa, plantea importantes disfuncionalidades que sólo en parte han sido solucionadas por la Ley 39/99, ya que como hemos señalado, 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 sólo 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 Pastor¹⁴, 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 realizable desde el punto de vista del cumplimiento de las obligaciones comunitarias al respecto.

2.1. Permisos y licencias (art. 37.3 ET)

Por lo que se refiere a permisos y licencias reconocidas en el art. 37.3 la reforma aumenta 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 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 gravedad¹⁵. La reforma

¹⁴ *Op. cit.* pág. 62 ss.

¹⁵ BALLESTER PASTOR, PONS CARMENA "Maternidad y responsabilidades familiares" en VVAA (coord. PÉREZ DEL RÍO) *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva* Instituto de la Mujer, Madrid 1997 pág. 205.

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 ausencia, retribuida o no, cuando la enfermedad no sea grave pero afecte a familiares con dificultades de valerse por sí mismos (niños, ancianos o minusválidos). 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 referencia alguna a esta materia y, por el contrario, son frecuentes los que la realizan de forma insuficientemente adecuada¹⁶. Sin embargo, de haberse aceptado alguna de las propuestas sindicales en la materia, se habría mejorado notablemente esta carencia. Algunas de estas propuestas pretendían el reconocimiento del derecho a permiso retribuido en caso de familias de hecho, incluir un permiso o crédito horario asignado de forma individual e intrasferible a cada padre para el cuidado y la atención de los hijos, para casos de urgencia o fuerza mayor.

2.2. Permiso de lactancia (art. 37.4)

Respecto a la modificación introducida en el art. 37.4 referente al permiso de lactancia, cabría en primer lugar preguntarse si, dados los cambios producidos tanto en lo referente a jornada y horarios como en las infraestructuras de habitación de los trabajadores, 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 menores, por tanto, actualmente, no debería denominarse así; su significado actual es el de una mera reducción horaria que, dada su 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 como instrumento de incentivación del reparto de las responsa-

bilidades 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 ambos padres y sin posibilidad de transferencia 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 el empresario no se conforme a la decisión adoptada por la trabajadora, caso en que las discrepancias serán resueltas por la jurisdicción competente a través de un procedimiento especial, preferente y sumario, que finaliza en sentencia firme sin posibilidad de recurso, cuya regulación constituye otra reforma introducida 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 el empleador 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 para el ejercicio del derecho contra la voluntad del empleador 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 conflictividad¹⁷.

Para cubrir esta última laguna debería acudirse 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".

¹⁷ Al respecto y por todos ESCUDERO RODRÍGUEZ "La aplicación de la D/92/85/CEE en España" en VVAA (coord. CRUZ VILLALÓN) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral* Aranzadi, Madrid 1997 pág. 287.

¹⁶ BALLESTER PASTOR, PONS CARMENA *op. cit.* pág. 208.

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 ausencia de ésta (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 trasfiere al padre, se exija que ambos padres trabajen, pero no se exige el requisito cuando el derecho se ejercita por la madre.

Ha de reconocerse como mejora introducida por la Ley 39/99, la referencia que realiza a que la lactancia significa una reducción no de "la jornada normal" sino de "su jornada", es decir, la jornada contractual de la persona que ejercita el derecho, lo que significa, de un lado, que aunque aquella sea a tiempo parcial, no hay motivo para eliminar totalmente, ni siquiera para reducir proporcionalmente, la duración de la reducción por lactancia (cuestión que había originado cierta conflictividad pero que había sido generalmente solucionada en este sentido por los Tribunales¹⁸ y que sirve para poner de manifiesto una vez más que el objetivo del derecho ya no es facilitar la alimentación de los niños). De otro lado significa que el derecho de lactancia es perfectamente compatible con la reducción por guarda legal.

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 ésta 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.

2.3. 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 menores de seis años y disminuidos físicos o psíquicos "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 del trabajador, no del menor o disminuido necesitado de cuidado; la aclaración era por tanto necesaria ya que, entendida en aquella forma, y sin razón alguna, se privaba del derecho a los pluriempleados.

¹⁸ Ver ESCUDERO RODRÍGUEZ, *ibidem*.

Sin embargo, la Ley 39/99 no extiende este derecho a los funcionarios, se supone que en el entendimiento de que no es necesario ya que para ellos existía la posibilidad de reducción de jornada para cuidado de ancianos desde que se modificó el art. 30.f de la Ley 30/84 por medio del art. 50 de la Ley 66/97¹⁹, 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 que a los funcionarios, sin razón alguna que lo justifique.

Como pone de manifiesto la doctrina²⁰, la mención realizada por el precepto a que el familiar que genera el derecho a la reducción "no pueda valerse por sí mismo", puede plantear problemas interpretativos que ya ponía de manifiesto el Dictamen del Consejo Económico y Social sobre la Ley. Comparto la opinión de que esta mención no debe ser interpretada en el sentido que otorga al término "gran inválido" la normativa de Seguridad Social, ya que sería injustificable una interpretación tan restrictiva dada la diversidad de finalidades que persiguen ambas normas.

Otra de las innovaciones introducidas por la reforma, que comparte con la realizada en tema de lactancia, es el reconocimiento al trabajador 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 varios beneficiarios con respecto al mismo sujeto causante, con la única limitación de la posibilidad de restricción empresarial cuando dichos beneficiarios trabajen en la misma empresa y resulte necesario por razones organizativas justificadas.

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 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 a retornar a su jornada habitual cuando lo estimen conveniente.

No se hace referencia alguna a las situaciones de hecho como proponían los sindicatos. De todos modos, a este respecto, la ausencia de referencia al cónyuge entre los familiares que generan derecho a la reducción, y dado que interpretar que ello significa que se excluye sería absurdo, se podría entender como proponen Ballester Pastor²¹ y Lousada Arochena²² que se produce debido

¹⁹ Que señala "El funcionario que por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años, anciano que requiera especial dedicación o un disminuido físico o psíquico que no desempeña actividad retribuida, tendrá derecho a la disminución de su jornada de trabajo con la reducción proporcional de sus retribuciones..."

²⁰ CRUZ VILLALÓN *op. cit.* pág. 80.

²¹ La Ley 39/99... *cit.* pág. 59.

²² *Op. cit.* pág. 10.

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

No se aceptó la propuesta sindical que, con el objetivo de impulsar el reparto de las responsabilidades familiares, solicitaba que el derecho de reducción para cuidado de familiares se limitara a los consanguíneos, ampliable a los supuestos de afinidad sólo en caso de viudedad o desplazamiento del cónyuge. Tampoco se aceptó la propuesta de que la edad del niño objeto de guarda legal, se ampliara a los 8 años lo que acercaría la norma interna a lo establecido en la Cláusula 2.1 de la Directiva 96/34²³.

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 convenio especial que evite la ruptura u obstaculización de la carrera de seguro.

En definitiva, la modificación introducida por la Ley 39/99 en materia de permisos retribuidos, establece una regulación que parece adaptarse sólo parcialmente a las exigencias comunitarias, y que sigue siendo manifiestamente mejorable tanto desde el punto de vista técnico jurídico —puede seguir planteando problemas interpretativos— como desde el objetivo que dice perseguir —facilitar la conciliación de responsabilidades familiares y profesionales— y desde el que debería perseguir —el reparto de las responsabilidades familiares—²⁴.

2.4. Excedencia (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 desempeñan actividad retribuida.

²³ LOUSADA AROCHENA *op. cit.* pág. 10 señala respecto de la referencia normativa a la relación de parentesco aplicable también a la excedencia contemplada en el Art. 46.3.II ET

a) que aunque el legislador se olvida de incluir al cónyuge que no es pariente en sentido jurídico civil, debe entenderse lógicamente incluido ya que no tiene sentido excluirlo e incluir a los parientes por afinidad; b) la falta de referencia expresa al matrimonio acaso permita incluir a la pareja de hecho como causante del derecho pero no a sus parientes ya que la afinidad sólo la crea el matrimonio; c) el parentesco por afinidad es bilateral, incluyendo tanto a los hermanos del cónyuge como al cónyuge de los hermanos —STS 18-2-1998 Az2209—; d) resulta dudosa y quizá deba negarse la existencia de parentesco entre afines de ambos cónyuges.

²⁴ Sobre la garantía de indemnidad por el ejercicio de derechos de conciliación ver más adelante punto 4.

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 el empleador, cuando el mismo sujeto causante generase el derecho para dos trabajadores de la misma empresa, caso en el cual deben ambos trabajadores ponerse de acuerdo sobre cual de los dos puede ejercerlo.

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, ya que la norma establece que dicho tratamiento privilegiado se producirá “Durante el primer año”, se entiende que de disfrute del derecho por parte de cada uno de los individuos a los que el derecho se asigna.

La modificación introducida en el art. 37.5 respecto de la reducción de 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 doble opción para el trabajador, o bien la reducción de jornada, o bien la excedencia, la diferencia es que la primera será retribuida —parcialmente— y la segunda no, por ello gran parte de lo señalado respecto de la primera, vale perfectamente para la segunda, sobre todo en lo referido a la interpretación del término “familiares” y a la posibilidad de que en él estén incluidas las parejas de hecho²⁵.

El legislador se ha ocupado de limitar la acumulación de sucesivas excedencias, sea para cuidado de hijos o lo sea para cuidado de familiares. Señala 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 parfo.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 éste 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, olvida ampliar a este supuesto la consideración del periodo de disfrute del derecho reconocido como de cotización efectiva, como hace en el caso de la excedencia para cuidado de hijos²⁶ con lo que

²⁵ Sobre la interpretación de estos términos ver nota 23.

²⁶ 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 (Cívitas) nº 83 de 1997, pág. 388 ss. cuya opinión comparto.

ello puede suponer a efectos de ruptura de la carrera de seguro del trabajador/a cuidador.

Respecto de la excedencia para el cuidado de hijos, se extiende el hecho causante del derecho a los supuestos de acogimiento tanto permanente como adoptivo, por tanto no al acogimiento simple, y 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 con lo establecido en el art. 48.4.3^a respecto de la suspensión por maternidad/paternidad, en el sentido de que es la elección del trabajador 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 que se habían apreciado, como más importante de ellos, el hecho de que el *dies a quo* para la contabilización del periodo de excedencia, sea el día del nacimiento del hijo y no el de terminación del periodo de suspensión, lo que tiene por efecto reducir en 16 semanas —o en más en caso de parto múltiple— el periodo de tres años normativamente establecido²⁷.

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 y, sobre todo, de que se colmen las lagunas apreciadas y se aclaren conceptos indeterminados. En mi opinión, se habría mejorado notablemente la regulación si se 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, y la consideración como de cotización efectiva de todo el periodo de duración de la excedencia.

2.5. La 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 materia²⁸. A tener en cuenta que 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, en primer lugar, porque mantiene la perspectiva de la normativa anterior en el sentido de asignar la titularidad del

²⁷ Aunque ya alguna jurisprudencia había hecho notar esta situación y había decidido que el *dies a quo* debía ser el de término de la suspensión STSJ Andalucía, Sevilla 14-julio-1994 As.3113. Un análisis jurisprudencial profundo del tema en ESCUDERO RODRÍGUEZ, *op. cit.* pág. 279.

²⁸ Ver por todos GORELLI HERNÁNDEZ "La protección por maternidad" Tirant Monografías, Valencia 1997 págs. 32 a 99 y ESCUDERO RODRÍGUEZ, *op.cit.* págs. 257 ss.

derecho de suspensión a la madre, aunque incrementa 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 la 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 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 sólo, como señalaba la regulación anterior, del periodo restante de las seis semanas obligatorias tras el parto, regulación que resultaba altamente incomprensible ya que si, como era evidente, el objetivo del periodo de suspensión, a partir de la sexta y hasta la decimosexta semana, era el cuidado del hijo, dicha finalidad se frustraba con esa regulación. A tener en cuenta además que, si el padre era adoptivo, estaba facultado para disfrutar del periodo completo.

De todas formas, la regulación es incompleta ya que se echa en falta el tratamiento de situaciones más frecuentes en la actualidad que el fallecimiento de la madre, como el fallecimiento del hijo en el parto o inmediatamente después, ya que aunque las tasas de mortalidad infantil han disminuido de forma notable, se mantiene en tasas superiores a las de fallecimiento de la madre como consecuencia del incremento de partos prematuros y de embarazos múltiples provocados por las técnicas de reproducción asistida. Comparto la opinión expresada por Ballester Pastor²⁹ de que en ese caso sería necesario 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. 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, siempre por decisión de la madre, o incluso 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. Como ya se ha señalado, facilitar el disfrute por el padre no es igual a incentivar o promover el reparto de responsabilidades del cuidado de los hijos 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.

²⁹ La ley 39/99... cit. pág. 38.

En primer lugar, sigue vigente la exigencia de que la opción de la madre en favor de que el padre disfrute de un periodo determinado de suspensión, sea realizada 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, y ese objetivo no puede cumplirlo una madre enferma, parecería más razonable que, en sentido contrario al de la solución normativa, en caso de enfermedad de la madre, el padre pasara 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 hijo³⁰ y la solución alternativa de que en este caso sería posible la concurrencia de la situación de suspensión materna con la de excedencia paterna, tampoco resulta suficiente ya que la excedencia no es remunerada y su disfrute supondría una disminución notable de los ingresos de la familia en un momento en que los gastos incrementan.

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, en primer lugar, se condiciona al acuerdo con el empresario 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 que desarrolla en el ámbito de la Seguridad Social la Ley 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/as funcionarios/as; 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. Es de tener en consideración 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 solucio-

³⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)" *RL* n° 18 1999 pág. 4.

nado de acuerdo con lo establecido en el art. 6.2 del Convenio N°132 OIT como aboga la mejor doctrina³¹.

En relación con el parto, adopción o acogimiento múltiple, el incremento de dos semanas del periodo de descanso por cada hijo a partir del segundo —este incluido— debe valorarse positivamente, salvo por hecho de que 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 1/2000³².

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 del menor adoptado, siempre que sea inferior a seis años³³ 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 dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes".

Se permite la anticipación del comienzo del disfrute del periodo de suspensión en cuatro semanas cuando la adopción sea internacional y requiera el desplazamiento previo de los padres 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).

³¹ Ver al respecto ESCUDERO RODRÍGUEZ, *op. cit.* pág. 273 y ss., y GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.* pág. 93 ss.

³² El precepto incomprensible en un primer momento, fue objeto de corrección de errores publicada en BOE 20-1-2000:

"1. Se establece en el sistema de Seguridad Social una prestación económica de pago único por parto múltiple cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos.

2. La cuantía de la prestación por parto múltiple será la siguiente:

Nº de hijos nacidos	Nº de veces del importe mensual del SMI
2	4
3	8
4 y más	12

3. Serán beneficiarios de la prestación económica por parto múltiple, las personas, padre o madre o en su defecto la persona que reglamentariamente se establezca, que reúnan los requisitos establecidos en los Arts. 181 y 183 de la LGSS si bien el reconocimiento y el percibo de la misma no quedará supeditado a los ingresos de los beneficiarios".

³³ La normativa anterior diferenciaba en función de que el menor tuviera nueve meses o fuera mayor de esa edad pero menor de cinco años.

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 períodos 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 debido a la dificultad de acumular los períodos de carencia necesarios para tener derecho a la prestación.

En definitiva, la reforma plantea insuficiencias y problemas interpretativos y aplicativos que se hubieran mitigado o incluso hubieran desaparecido si se hubieran aceptado algunas de las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso y por los sindicatos.

La Enmienda N° 44 de dicho grupo, proponía la supresión del requisito de que la opción de la madre de ceder semanas de suspensión al padre, tuviera necesariamente que realizarse al comienzo del descanso por maternidad. También preconizaba la creación de un “permiso por paternidad” en los siguientes términos:

“La suspensión por paternidad, que será compatible con la opción de la madre establecida en el párrafo anterior, tendrá una duración de cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables por parto múltiple en dos por cada hijo a partir del segundo. El padre podrá disfrutar de dicho periodo hasta la edad de nueve meses del hijo”.

El permiso por paternidad se reconocería con independencia de que la madre realizara una actividad retribuida o no, se añadía la posibilidad de acumularlas sólo en caso de fallecimiento de cualquiera de los progenitores y, en el caso de familias monoparentales, el descanso tendría una duración de 20 semanas.

La Enmienda n° 59 proponía la modificación del art. 133.ter de la LGSS en el sentido de eliminar el requisito de carencia para el acceso a la prestación por maternidad durante las seis semanas posteriores al parto.

En el mismo sentido se pronuncian las propuestas sindicales; se solicita un cambio de denominación del derecho que debería ser “permiso de maternidad y paternidad”, el reconocimiento de un derecho individual al permiso de paternidad, no transferible salvo caso de fallecimiento y no condicionado por el trabajo extradoméstico de la madre, la eliminación del requisito de carencia para tener derecho a la prestación de maternidad durante las seis semanas posteriores al parto y, finalmente, posibilitar que las vacaciones pudieran ser disfrutadas en periodo distinto cuando coincidan con el permiso de paternidad/maternidad.

3. REFORMAS INTRODUCIDAS PARA LA TUTELA FRENTE A RIESGOS PARA LA SALUD OCASIONADOS POR LA MATERNIDAD: SUSPENSIÓN EN EL SUPUESTO DE RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

Las reformas introducidas en esta materia constituyen una de las novedades más notables de la Ley 39/99. En óptica cuantitativa, ha exigido la modificación del Estatuto de los Trabajadores, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de la Ley General de Seguridad Social, de la legislación de funcionarios (Leyes 28/1975 y 29/1975) y finalmente del RDL 11/1998 sobre el denominado “coste cero” de la maternidad.

En óptica cualitativa, estas modificaciones se adoptan, según la Exposición de Motivos de la Ley 39/99, con el objetivo de eliminar una situación de evidente incumplimiento —parcial— de nuestro ordenamiento jurídico respecto de lo dispuesto en la D/92/85/CEE sobre protección de la maternidad, sin embargo, una vez más, ese objetivo no se consigue más que parcialmente.

El art. 5.3 de dicha Directiva establece que, cuando los resultados de la evaluación exigida por el art. 4.1, “revelan la existencia de riesgo para la seguridad o la salud, así como la posibilidad de alguna repercusión en el embarazo o la lactancia” y “no fuera técnica u objetivamente posible, o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados.. —una modificación de las condiciones de trabajo o un cambio de puesto— ... la trabajadora afectada estará dispensada del trabajo con arreglo a las disposiciones y/o las prácticas nacionales, durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad y su salud”. Señala además en su art. 11 que durante dicho periodo de tiempo, “deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o del beneficio de una prestación adecuada...”.

Una vez más, la reforma introducida en esta materia ha de valorarse positivamente pero con importantes matizaciones.

La modificación introducida en el art. 26 LPRL, viene acompañada de la introducción en la LGSS de dos nuevos preceptos, los arts. 134 y 135 —que producen la necesidad de ciertas modificaciones técnicas— con el objetivo de regular la prestación de la Seguridad Social de “riesgo durante el embarazo” que, además, precisan de un nuevo desarrollo reglamentario.

La modificación que la Ley 39/99 introduce en el precepto señalado (que regula el derecho a cambio de puesto de trabajo), complica enormemente su aplicación y la del párrafo 3 (que regula el derecho a suspensión por riesgo durante el embarazo).

Como señalaba el art. 26 en su anterior redacción, cuando los resultados de una evaluación revelasen un riesgo para la salud de la trabajadora o una posible repercusión para el embarazo o la lactancia, el empresario estará obligado a realizar una adaptación de las condiciones de trabajo para evitar la exposición a dicho riesgo; la imposibilidad de adaptación determina el derecho a cambio de puesto de la mujer embarazada o lactante, y a su vez, la imposibilidad de

ofrecer otro puesto de trabajo a la trabajadora embarazada, determina su paso a la situación de suspensión. Para que sea obligatorio el traslado al nuevo puesto de trabajo, es necesario que exista una certificación médica sobre la imposibilidad de adaptación que, en la regulación precedente, debía realizarse por "el médico que en el respectivo régimen de la Seguridad Social, prestase asistencia a la trabajadora" y que tras la reforma debe llevarse a cabo por "los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio de Salud que asista facultativamente a la trabajadora".

No son comprensibles ni la necesidad ni la finalidad de la modificación respecto del órgano que debe certificar médicamente la presencia de riesgo en el puesto de trabajo que debe desempeñar la trabajadora embarazada; sobre todo, no se entiende la necesidad de intervención del facultativo de la Mutua ni siquiera si se relaciona con la nueva prestación económica de la Seguridad Social en supuesto de riesgo en el embarazo ya que, dicha prestación, será gestionada por el INSS sin que se prevea ninguna intervención de las entidades colaboradoras. Tampoco desde esta óptica se entiende bien la necesidad de participación de los servicios médicos del INSS; sería más lógico que la participación de éstos en la declaración de existencia de riesgo, se situase en una fase procedimental posterior, es decir, en la que tras detectar la imposibilidad de cambio de puesto de trabajo, se proceda al reconocimiento de la prestación de Seguridad Social, pero no en la fase previa puesto que en la misma no nace el derecho a la prestación sino al cambio de puesto de trabajo.

Los efectos de esta exigencia son analizados por la doctrina³⁴ que, entre otras posibilidades, señala que podríamos encontrarnos con la paradójica situación de disponer al tiempo de una certificación de un médico del INSS (Entidad a la que se encomienda la gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social) declarando, por ejemplo, la inexistencia de riesgo por la realización de una determinada actividad, y un informe previo del médico del Servicio de Salud (que tiene por objetivo velar por la salud de los ciudadanos y de las prestaciones sanitarias y cuyo informe no es vinculante) reconociendo la existencia de riesgo.

A tener en cuenta además que del art. 23.2.b del Proyecto de Real Decreto de desarrollo de la Ley 39/99 en materia de Seguridad Social se deduce que la trabajadora puede suspender su contrato de trabajo sólo en el momento en que consiga el informe médico del facultativo del servicio Público de Salud, una certificación de la entidad que cubre la prestación de incapacidad temporal, una declaración de la empresa sobre inexistencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora, informe de la Inspección de Trabajo a este respecto previa solicitud por parte de la Dirección Provincial de la Entidad

³⁴ PANIZO ROBLES "La Ley sobre la conciliación de la vida profesional y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia sobre la Seguridad Social" *Revista de Trabajo y Seguridad Social* n° 201, diciembre 1999 pág. 75.

Gestora (que tiene un plazo de diez días para pronunciarse) y el informe del Servicio de Prevención o de la Mutua de Accidentes.

Es evidente que el procedimiento proyectado para reclamar la prestación es largo y complejo, sobre todo teniendo en cuenta que el riesgo para el feto suele ser inmediato y normalmente más grave al comienzo del embarazo con lo que del proyecto de RD puede resultar un retroceso frente a la práctica actual³⁵.

En segundo lugar y más importante si cabe, resulta la ausencia de referencia y protección frente a los riesgos para la salud durante la lactancia y además, lo que es peor, una serie de datos denotan que dicha ausencia es premeditada.

En primer lugar, el art. 26.4 de la LPRL en su anterior redacción señalaba que "Lo dispuesto en los anteriores números de este artículo, será también de aplicación durante el periodo de lactancia ..."; en su actual redacción señala "Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el periodo de lactancia... " y en el n° 3 se encuentra la regulación de la suspensión por riesgo durante el embarazo.

En segundo lugar, en el Proyecto de Ley presentado al Gobierno, constaba la referencia a la lactancia.

En tercer lugar, el Dictamen del CES hacía notar esta ausencia y también, las Enmiendas n° 45 y 55 presentadas por el Grupo Socialista del Congreso.

Resulta evidente por tanto que esta insuficiencia normativa, que implica un incumplimiento parcial de lo establecido en la D/92/85/CEE, es algo perfectamente conocido por el legislador y querido por éste.

Es muy posible que haya pensado que la situación en que se encuentra una mujer que, trascurrido su periodo de suspensión por maternidad, deba reincorporarse a un puesto de trabajo con riesgo para la salud del nacido al que está amamantando, cuyas condiciones de trabajo no puedan ser adaptadas y a la que resulta imposible de ofrecer un puesto de trabajo compatible con su situación (art. 26.1 y 2), tiene su solución en la solicitud de pase a situación de excedencia para cuidado de hijos durante el periodo restante de amamantamiento (normalmente de cinco meses); desde luego es una solución más barata para la Seguridad Social pero en absoluto resulta igualmente favorable para la mujer ya que la excedencia no es remunerada. Además dicha solución significa un incumplimiento —parcial— de la D/92/85/CEE.

Además, siguen sin trasponerse los Anexos que acompañan a la Directiva y que contienen una lista "no exhaustiva" de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden suponer un riesgo para el embarazo o la lactancia y a los que la trabajadora en tales situaciones no debe estar expuesta. Tampoco esta carencia es desconocida por el legislador ya que el Grupo de Izquierda Unida del Congreso presentó una Enmienda n° 113 en la que solicitaba la inclusión de dichos anexos en la Ley 39/99.

Las propuestas sindicales de mejora de la Ley en esta materia son incluir el riesgo durante la lactancia de forma paralela al riesgo durante el embarazo con

³⁵ Ver ESCUDERO RODRÍGUEZ, *op. cit.* pág. 268 ss.

efectos de suspensión protegida por la Seguridad Social, ampliar la cuantía de la prestación establecida en este supuesto del 75% de la base reguladora de IT hasta igualarla a la de maternidad (100% de la base reguladora) y finalmente, que se realice la trasposición de los Anexos de la D/92/85/CEE.

Ha de valorarse positivamente el hecho de que el art. 16 de la Ley determina la aplicación "en su caso" de lo dispuesto en materia de riesgo durante el embarazo (art. 134 y 135 LGSS) a los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales —se entiende que también al de servicio doméstico—, a los funcionarios (Arts. 21 y 22 de la Ley 39/99) y a los trabajadores por cuenta propia incluidos en los Regímenes Especiales de trabajadores del mar, agrario, y autónomos.

4. LA TUTELA FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN POR CAUSA DE MATERNIDAD: GARANTÍA DE LOS DERECHOS LABORALES Y EN ESPECIAL DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

El art. 10 de la D/92/85/CEE establece la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para la protección de los derechos laborales de las mujeres que se encuentren embarazadas, hayan dado a luz o se encuentren en periodo de lactancia, evitando que sean objeto de actuaciones discriminatorias.

En concreto señala que:

a) Los Estados miembros, deben adoptar las medidas necesarias para prohibir el despido de estas trabajadoras durante el periodo de tiempo comprendido entre el principio del embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en casos excepcionales no relacionados con su estado;

b) Cuando se despide a una trabajadora durante estos periodo de tiempo, el empresario deberá aportar motivos justificados suficientes, por escrito;

c) Los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras frente a un despido considerado ilegal.

En la materia existe además una cuantiosa e importante jurisprudencia del TJCE³⁶ que prohíbe cualquier tipo de discriminación por maternidad o por razones relacionadas con ella respecto de cualquier otra condición de trabajo, basándose en la D/76/207/CEE relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, formación y promoción profesionales y condiciones de trabajo³⁷.

³⁶ Sobre la doctrina del TJCE en materia de protección de la maternidad ver PÉREZ DEL RÍO, *Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral Tomo I*, Instituto Andaluz de la Mujer Sevilla 1999 pág. 50 y ss.

³⁷ Sobre esta Directiva, su alcance y aplicación en España ver PÉREZ DEL RÍO "La aplicación de la D/76/207/CEE en España" en VVAA (coord. CRUZ VILLALÓN) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Aranzadi, Madrid 1997 pág. 213 ss. y de la misma autora *Mujer e igualdad: Estudio en materia social y laboral* Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla 1999 pág. 37 ss.

La normativa española no había traspuesto hasta el momento la prohibición expresa de despido exigida por la D/92/85/CEE; la declaración de nulidad de cualquier acto discriminatorio por esta causa, derivaba directamente del art. 14 CE y del art. 17 ET, pero la protección debía operarse por el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales (art. 175 ss. LPL) y precisaba por tanto una demostración de indicios que relacionara de alguna manera la actuación con efecto desfavorable respecto de los derechos laborales de la trabajadora, incluido el despido, y el hecho de su maternidad, para que posteriormente el Magistrado o Tribunal procediera a la inversión de la carga de la prueba obligando al empleador a demostrar la existencia de justificaciones de la medida adoptada, ajenas a la discriminación por razón de sexo (art. 96 LPL). Si el empleador no demostraba estas razones o justificaciones, la medida sería anulada.

Sin embargo, aunque, como es sabido, nuestro Tribunal Constitucional ha elaborado una importante jurisprudencia en la materia, muy adecuada a la normativa y jurisprudencia comunitaria³⁸ la carencia de trasposición de la prohibición de discriminación y en particular de la de despido, se hacía notar a la vista de algunas sentencias de nuestros tribunales ordinarios³⁹.

La Ley 39/99 ha implantado un instrumento de tutela antidiscriminatoria más garantista que el anteriormente previsto: establece la presunción *iuris tantum* de que todo despido producido en un periodo de tiempo determinado y relacionado con la maternidad o el ejercicio de derechos de conciliación reconocidos en la norma, es discriminatorio y por tanto nulo.

En otras palabras, durante el periodo establecido en el norma, se elimina la necesidad del demandante de aportar indicios de la posible existencia de causa discriminatoria en el despido, mediante la creación de una presunción de que todo despido decidido en ese lapsus temporal es discriminatorio salvo que se demuestre lo contrario y, al tiempo, elimina la posibilidad del juzgador de calificar como improcedente un despido realizado en el lapsus temporal indicado, de tal manera que si no aprecia la concurrencia de causas justificativas de suficiente entidad como para considerar lícita la decisión empresarial extintiva, tiene la obligación de calificar el despido como nulo y obligar a la readmisión de la trabajadora⁴⁰. Además la protección es aplicable tanto si se trata de despido disciplinario como si es de carácter objetivo.

Esta medida que merece sin duda una valoración positiva, sin embargo, vuelve una vez más a ser insuficiente, presentando algunas carencias difícilmente comprensibles tanto respecto del tipo de medida discriminatoria cubierta por la tutela especial, como en lo referente a los periodos de tiempo cubiertos por la misma.

³⁸ Entre las más recientes Ss. 173/1994 de 7 de junio; 3/1995 de 10 de enero; 136/1996 de 23 de julio. Ver PÉREZ DEL RÍO *Mujer e igualdad ... cit.* pág. 118-119.

³⁹ Ver al respecto ESCUDERO RODRÍGUEZ, *op. cit.* pág. 264.

⁴⁰ En este sentido CRUZ VILLALÓN, *op. cit.* pág. 94 ss.

En primer lugar, los períodos protegidos por la presunción de discriminación son los de suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción y acogimiento, y los períodos de reducción de jornada por lactancia y por cuidado de hijos conforme a los art. 37.4 y 5 ET. La dicción literal del precepto, conduce a que no sea cubierta por la presunción el período de disfrute de la excedencia para cuidado de hijos o por razones familiares ya que señala el precepto que será nula la decisión extintiva de los contratos de los trabajadores que “hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado tres del artículo 46” del ET no haciendo referencia alguna al tiempo de su disfrute.

Pero además, la calificación de nulidad de las terminaciones discriminatorias durante el disfrute de la excedencia, se hace difícil ya que se trata de un derecho cuya titularidad comparten, en forma de derecho individual, hombres y mujeres y por tanto, no podría vehiculizarse por medio de la prohibición de discriminación directa por razón de sexo; cabría utilizar la vía de la prohibición de discriminación indirecta (al ser susceptible de afectar a un número mucho más grande de mujeres por ser estas las que mayoritariamente hacen uso del derecho) pero sería más difícil. El sistema de tutela antidiscriminatoria durante la excedencia seguirá por tanto planteando los mismos problemas que se apreciaban antes de la adopción de la Ley 39/99 y que habían dado lugar a un alto nivel de conflictividad y a sentencias contradictorias de los tribunales⁴¹.

Incluso en óptica más técnica, la manera de definir el período cubierto por la prohibición de despido, o mejor, por la presunción de nulidad de la extinción en situación de suspensión del contrato (por embarazo o por maternidad), no es precisamente afortunada; señala la norma que será nulo el despido de los trabajadores durante el período de suspensión “... o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período”; ello, “a sensu contrario” significa que el despido notificado dentro del período de suspensión pero cuya efectividad se posponga a un momento posterior a éste, que podría incluso ser el día siguiente, escapa injustificadamente de la presunción de nulidad, a menos que se entre en otra situación protegida por ejemplo la lactancia o la reducción de jornada, pero, como se ha señalado, no si entra en situación de excedencia.

No se hace referencia alguna en la reforma normativa a la nulidad de otro tipo de medidas en que puede consistir una actuación empresarial discriminatoria por causa de maternidad como modificaciones funcionales, geográficas o de condiciones de trabajo, ausencia de promoción etc.

Por lo que se refiere a la protección frente al despido objetivo por absentismo, la Ley 39/99, altera ligeramente lo establecido en el art. 52.d ET para excluir de entre las ausencias que originan la aplicación de esta causa de despido, las originadas por la situación de suspensión por riesgo durante el embarazo, así como las originadas por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia lo que permite adecuar el ordenamiento español a lo señalado por la doctrina del TJCEE⁴².

⁴¹ Ver al respecto ESCUDERO RODRÍGUEZ, *op. cit.* pág. 281.

⁴² AS. HERTZ 179/88 S. 8-noviembre-1990 y BROWN 394/96 S. 30-junio-1998.

Respecto a la garantía de indemnidad de los/las trabajadores/as 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)⁴³.

Sin embargo, tres carencias se aprecian claramente en su redacción. En primer lugar no se garantiza frente a las represalias adoptadas por el empleador en caso de ejercicio injustificadamente incontestado 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/a debe 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 art. 53.4 ET y art. 55.5 referente a la calificación de nulidad del despido analizada anteriormente, 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) tienen directa relación con este tema.

En lo referente al despido objetivo del art. 52.d, deben 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.

Tampoco en este caso cabe alegar ignorancia de las carencias apreciadas por cuanto en alguna de sus enmiendas, el Grupo Socialista del Congreso las

⁴³ Que establece la nulidad del despido de los trabajadores “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”.

hizo notar al menos parcialmente. En su enmienda nº 46 el Grupo Socialista del Congreso proponía la adición de un nuevo art. 6.bis a la Ley 39/99 que modificase el art. 41.3 ET en el sentido de añadir un párrafo que determinase la calificación de nulidad de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo durante los períodos de suspensión por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante el embarazo o lactancia, y durante los períodos de embarazo, lactancia o reducción de jornada, siempre que no se pueda declarar su procedencia por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio de derechos a los permisos o licencias señalados.

Sin duda la modificación propuesta también resulta parcial pues no cubre todo tipo de medidas de carácter discriminatorio, adoptables por el empleador, por ejemplo, la movilidad geográfica; quizá habría sido mucho más efectiva una prohibición genérica de adopción de modificaciones las condiciones de trabajo perjudiciales para los trabajadores/as durante dichos períodos de tiempo o por las causas señaladas, salvo que el empleador pudiera demostrar la existencia de razones suficientes que justifiquen dicha adopción.

En resumen, la reforma introducida por la Ley 39/99 en materia de protección frente a la discriminación por maternidad o debido al 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 trasposición indicado en la D/92/85/CEB) y a pesar de merecer una valoración parcialmente positiva, sigue siendo insuficiente como hemos demostrado —o intentado demostrar— en párrafos anteriores.

6. MEDIDAS ADOPTADAS PARA EVITAR QUE LA MATERNIDAD SIGA CONSTITUYENDO LA CAUSA MÁS IMPORTANTE DE DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL MERCADO DE TRABAJO: EL LLAMADO “COSTE CERO” DE LA MATERNIDAD Y LAS CAMPAÑAS DE SENSIBILIZACIÓN (DISP. AD. 4ª)

El denominado “coste cero” de la maternidad, que se presentó en su momento como pieza clave en el IV Pilar del Plan de Empleo del Reino de España para 1998, se reguló mediante RD 11/98, se mantuvo en 1999 y se amplía mediante el art. 18 de la Ley 39/99, consiste en la exención del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social de las empresas que realicen contratos para la sustitución de trabajadores/as durante el periodo de baja por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción y acogimiento, sean éstas/os trabajadoras/es por cuenta propia o ajena, socios trabajadores o socios de trabajo de las cooperativas.

En primer lugar, la medida está —conscientemente— mal denominada; para responder mejor a su contenido real debería llamarse “coste cero de la sustitución de trabajadoras en suspensión por maternidad” y se trata de una medida paralela a la contenida en la Disposición Adicional Decimocuarta del

ET para el caso de sustitución de trabajadores/as excedentes por cuidado de hijos.

No es novedosa ya que está prevista en algún Plan Autonómico de Empleo (el de Andalucía por ejemplo).

No se trata de una medida de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres sino de fomento de empleo de personas desempleadas. El “coste de la maternidad” sigue constituyendo una de las causas más importantes de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo, o al menos, así lo plantean los empleadores; la razón de este sobrecoste radica, de un lado, en la doble cotización que el empleador debe pagar en caso de necesitar la sustitución de una persona —mujer básicamente— en situación de suspensión por maternidad, en virtud de la Disp. Adic. Sexta del RD 1300/1995 sobre cotización en estos supuestos, pero también en el hecho de que el empleador debe seguir pagando la cotización de la propia mujer en situación de suspensión, sin que ésta se encuentre prestando servicios.

Si el objetivo de la medida hubiera sido realmente eliminar el coste de la maternidad propiciando su eliminación como causa de discriminación, la cotización eliminada debería haber sido la que el empleador debe pagar por la persona —normalmente mujer— sustituida. Recogida en estos términos, sí habría constituido una medida de igualdad de oportunidades, aunque probablemente más cara que la prevista.

En segundo lugar, el RDL 11/1998 de 4 de setiembre, omite toda referencia al tipo de trabajadores que deban ser contratados interinamente para dar derecho a la bonificación, salvo la de que se trate de desempleados. De esta manera se ha perdido una nueva ocasión de convertir la medida en instrumento que responda al objetivo planteado en el Pilar IV, es decir “Combatir la discriminación entre hombres y mujeres”, para lo que hubiese bastado con incluir como requisito para percibir la bonificación, que el trabajador sustituto fuese, además de desempleado, mujer.

De otro lado, la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 39/99 compromete al gobierno y a los interlocutores sociales a “la adopción de campañas de sensibilización pública al objeto de conseguir que los hombres asuman una parte igual de las responsabilidades familiares y, de manera especial, se acojan en mayor medida a las nuevas posibilidades que esta Ley ofrece para compartir el permiso parental”.

O bien la campaña que se ha realizado ha sido bien corta —y por tanto, barata— o aún este compromiso no ha sido cumplido y desde luego y en todo caso, en mi opinión, las campañas de sensibilización por largas y costosas que fueran, no son suficientes para romper una inercia de siglos en la asignación de los roles sociales. Para conseguir ese objetivo resulta absolutamente necesaria la adopción de medidas incisivas de impulso e incentivación del reparto de las responsabilidades familiares, y medidas de acompañamiento mediante las que los poderes públicos asuman parte del coste social de la maternidad y de los cuidados familiares, como señaló muy claramente el CES en su Dictamen sobre esta Ley.

En definitiva, como se dijo al principio de este estudio, la Ley 39/99 refleja una vez más las características que ha tenido la evolución de las normas sociales en materia de discriminación por razón de sexo en España: es **tardía**, ya hace tiempo que debía haber sido adoptada incluso en cumplimiento de obligaciones asumidas a raíz de nuestra incorporación a la Comunidad Europea. Es **insuficiente** ya que, incluso desde el objetivo planteado por la norma, podrían haber sido adoptadas medidas más completas y eficaces. Finalmente es **contradictoria** ya que, de un lado, su Exposición de Motivos dice perseguir objetivos —el reparto de responsabilidades familiares— que se sabe que no es posible conseguir a través de las medidas adoptadas; de otro lado, dice enmarcarse en una política de igualdad de oportunidades, cuando de su contenido y contexto parece derivarse que lo que realmente persigue son objetivos de política demográfica, respecto de los cuales la experiencia comparada demuestra que no se pueden conseguir mediante este tipo de medidas.

Se ha perdido una oportunidad más para impulsar un cambio de mentalidades en una materia central para la eliminación de la discriminación por razón de sexo en el empleo, que habría podido ayudar a las mujeres a conseguir una integración en el mercado de trabajo en condiciones de igualdad real con los hombres.

EL CONVENIO 181 OIT: UN CAMBIO EN LA REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LA INICIATIVA PRIVADA EN MATERIA DE EMPLEO*

JOSÉ LUIS LÁZARO SÁNCHEZ**

ÍNDICE

1. Introducción
2. De las agencias de colocación a las agencias de empleo; 2.1. La colocación como término de referencia habitual hasta el Convenio nº 181; 2.2. Las razones del cambio de objeto de las agencias privadas; 2.3. Algunas consecuencias de la ampliación del objeto de las agencias
3. La regulación del funcionamiento de las agencias privadas en el Convenio 181; 3.1. La prohibición de discriminación como principio general del Convenio; 3.2. ¿La definitiva consagración de la gratuidad para los demandantes de empleo?; 3.3. Consideraciones específicas sobre determinadas actividades y ciertos colectivos
4. La afeción del Convenio nº 181 en la normativa española

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se ha considerado que la función normativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, en adelante) ha tenido como destinatarios sistemas de relaciones laborales de países no pertenecientes "*a nuestro entorno*". En este sentido suele presentarse como objetivo de la Organización una cierta homogeneización de dichos sistemas, lo que implica un intento de consagrar unos mínimos en lo que a las condiciones en las que se desarrollan las relaciones laborales se refiere. Ello supone extender a determinados países los presupuestos sobre los que tales relaciones se asientan en otros. El Convenio nº 181 de la OIT¹ puede significar una cierta ruptura en esta tendencia, en tanto adopta respecto de

* El origen de este trabajo se encuentra en la conferencia que, dentro del curso "Creación y reparto de empleo", tuve ocasión de impartir en la Universidad Internacional de Andalucía, Sede de Sta. Mª de la Rábida, el 13 de julio de 1999.

** Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva.

¹ Adoptado por la OIT el 19 de junio de 1997 y ratificado por España el 19 de mayo de 1999 (Instrumento publicado en BOE de 13 de septiembre de 1999).