

Conciliación de espacios y tiempos ¿una apuesta laboral real?¹

ANTONIO COSTA REYES
M^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ
Universidad de Córdoba

INDICE

- I. Introducción.
- II. Modalidades contractuales. El contrato a tiempo parcial.
 - A) Valoración inicial.
 - B) Contrato a tiempo parcial. ¿Una oportunidad real a la conciliación?
 - 1. Perjuicio cuantitativo.
 - 2. Perjuicio cualitativo.
 - C) Conclusiones.
- III. La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Análisis crítico de algunos puntos de interés.
 - A) previsiones protectoras de la mujer frente al despido.
 - B) medidas que tratan de evitar que

la mujer-madre vea dificultado su acceso o reincorporación al mercado de trabajo, o su permanencia y/o promoción en el mismo

- 1. Suspensión por riesgo durante el embarazo.
- 2. Medidas fomentadoras del empleo de las mujeres-madres.
- 3. Flexibilización de la forma de disfrute del derecho de suspensión del contrato por razón de maternidad.
 - a) Maternidad natural. Nacimiento de hijo.
 - b) Cuidado de hijo. Excedencia por cuidado de hijos.
 - c) Ausencia al trabajo por lactancia.
- C) Reflexión final

¹ El presente estudio forma parte de un trabajo presentado a las Jornadas que bajo el nombre de "Jornadas por un reparto igualitario del tiempo" realizó el IAM en Sevilla, durante los días 12 y 13 de diciembre de 2001.

I. INTRODUCCIÓN

Con este trabajo se quiere básicamente un acercamiento a la regulación laboral que pretende, ya sea de forma directa o indirecta, conciliar los espacios privados con el acceso y mantenimiento en el empleo. Se trata pues de una visión crítica a cerca de cómo nuestra normativa pretende atajar el problema de la conciliación de los espacios y los tiempos de

los mal separados mundo laboral y familiar-personal, en concreto, desde algunas modalidades contractuales. Pero para una mejor comprensión de todo lo que pretende sostenerse en él, no podemos sino iniciar con una breves reflexiones de sociología del Derecho para entender mejor en qué contexto y bajo qué prisma surge hoy día la regulación de las diversas medidas que el legislador ha entendido como buenas para conciliar esos intereses en presencia.

² Al respecto, CASAS BAAMONDE, M.E., "Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo"; R.L., 1998-I, págs. 90-92. Un cuestionamiento de esta distinción si atendemos a quién o qué produce bienestar social, vid. BENERÍA, L., "El debate inconcluso sobre el trabajo no remunerado"; RIT, n° 3, 1999, vol. 118, pág. 343.

³ MONTOYA MELGAR, A., "Trabajo de la mujer y discriminación; el lento camino de la igualdad de la mujer trabajadora"; R.L., 2000-V, pág. 781.

⁴ División que se traslada a la relación entre lo económico (público) y lo social (privado), primando en nuestra sociedad aquel sobre éste; en este sentido, señala NELSON, J.A. que la división entre lo *duro* (lo público/superior) y lo *blando* (lo privado/inferior) lleva a que se acepte como normal que "sacar de apuros a los bancos insolventes es economía; ayudar a las familias insolventes es meramente social" ("Trabajo, sexo y división entre lo económico y lo social"; RIT, n° 1, 1998, vol. 117, págs. 37, 38 y 45).

⁵ COMAS D'AYEMIN, D., Trabajo, género y cultura; Icana (Antropología), 1995, pág. 90.

⁶ LANSKY, M., "Perspectivas Género, mujeres y todo lo demás (Parte I)"; RIT, n° 4, 2000, vol. 119, pág. 528.

⁷ Como claramente ha señalado RODRÍGUEZ PIÑERO, M. ("La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género"; R.L., n° 19, 2001, págs. 4 y sg. y pág. 7).

⁸ Sobre todo ello, COMAS D'AYEMIN, D., Trabajo, género..., *cit.*, págs. 90 y sg.

Ante todo debemos partir de la ya conocida distinción entre trabajo y empleo; esto es, cuando aquí hablamos de *trabajo asalariado* nos estamos refiriendo al empleo y más concretamente, a aquél que se realiza por cuenta ajena; es decir, el prestado para un empleador. Y destacamos esta matización por cuanto que trabajo también puede serlo el denominado trabajo reproductivo. La diferencia entre uno y otro (empleo y trabajo) no sólo es puramente nominal o conceptual, sino que tiene una importante implicación social y económica cuyas consecuencias no desaparecen sino que forman parte del sustrato que, como veremos, fundamentan las medidas legales de conciliación de ambas esferas. Sólo el trabajo asalariado goza de ese reconocimiento social que recubre todo aquello que forma parte de la esfera de lo público; en contraposición del minusvalorado trabajo reproductivo y carente de valor desde esa perspectiva económico-laboral, aunque a la vez reconocido como necesario, pero en un segundo orden (necesidad social)².

Junto a estos elementos, debe también tenerse en cuenta la realidad en la que vivimos, caracterizada por la división de espacios (y tiempos) en función del sexo y basada en papel subordinado que históricamente ha sido impuesto a la mujer, y que se manifiesta también en "un modelo de división del trabajo, según el cual el hombre debe dedicarse a ocupaciones productivas <<externas>> y la mujer se consagra principalmente al cuidado de los hijos y el hogar"³.

Esto nos lleva a varias consecuencias ya conocidas, pero que merecen ser señaladas:

En primer lugar, la división a la que nos hemos referido sigue presente en la mente de quien legisla (espacio público), por ello la regulación no pretende eliminar esa separación de espacios y tiempo a la que acabamos de aludir, sino más bien facilitar el acceso de quienes pertenecen histórico-socialmente a la

esfera de lo privado—del trabajo que no es empleo—, a la esfera pública del trabajo (el empleo). Obsérvese que con ello se plasma uno de los valores que presiden nuestro sistema de relaciones sociales y, por ende, la normativa legal: la mayor valoración que merece la esfera pública sobre la privada⁴.

En segundo lugar y conectado con todo lo que venimos diciendo, si el trabajo reproductivo es sociológicamente necesario y quienes tienen el rol de realizarlo son las mujeres, las medidas que se llevarán a cabo van a buscar facilitar que éstas (las mujeres) puedan acceder también a un empleo, pero como decimos, sin que ello tenga que prejuzgar de ninguna forma la ya mencionada división de roles y, por consiguiente, de espacios (y tiempos). Esto manifiesta la segunda base de la que va a partir la construcción de medidas para el acceso al empleo de la mujer; a saber, ésta *opta* por conseguir un empleo, pese a que culturalmente tiene ya reservado un espacio que le corresponde, el espacio privado. La diferencia con el hombre es clara, éste hace que el empleo para él no sea una opción, sino algo lógico y *natural*, pues no hay más esferas donde él pueda optar⁵. En este sentido, se ha señalado muy acertadamente que "mientras las mujeres han ido saliendo de sus antiguas parcelas de amas de casa y esposas al mundo (...) laboral y de la política, de la esfera privada a la pública, los hombres no han recorrido una distancia equivalente en sentido inverso, de la esfera pública a la privada, de sus antiguos cometidos de sustentadores (a) las tareas del hogar"⁶.

En conclusión, tenemos que los principios y valores que sustentan nuestro modelo social no son ni tan siquiera mínimamente cuestionados por la regulación laboral establecida para facilitar el acceso y mantenimiento en el empleo a la mujer y la conciliación de la vida privada y laboral, lo que impedirá en buena medida que ésta sea posible. Como acertadamente se ha afirmado, es "ilusorio querer alcanzar la igualdad en el trabajo sin promoverla en el conjun-

to de la sociedad (...) dado el nexo insoluble existente entre la discriminación en el trabajo y la discriminación-subordinación en la esfera familiar, social y política⁷. Efectivamente, lo que a lo sumo se pretende es que la mujer, que sigue manteniendo en esencia su rol de protagonista de la esfera privada, pueda formalmente *optar* por acceder también a un empleo, esto es, que *salte* a un espacio que en principio no corresponde a su determinación y rol sexual, de ahí la menor defensa personal por sus derechos laborales (e incluso con plasmación social y legal), pues de ahí y al cabo “es una opción libre por su parte” y las medidas permiten el acceso al empleo⁸.

Sin lugar a dudas, debe resaltarse la idea de que el acceso de la mujer al empleo se concibe hoy día como una opción a la que ahora la mujer puede acceder. Se trata pues de un espacio *añadido* para servir como elemento a su desarrollo personal (incluso familiar), pero no como espacio *natural* o propio de la mujer. Este hecho, unido a su rol en el espacio privado (esfera menos valorada) y a las dificultades que por ello tiene para acceder al empleo, va a conllevar una regulación laboral débil; es decir, la plasmación legal de las medidas para la incorporación de la mujer al mercado laboral implican que ésta no lo hará en condiciones reales (ni formales) de igualdad, sino de inferioridad y precariedad⁹.

Numerosas son las voces que advierten de la necesidad de reflexionar sobre la coincidencia temporal de las políticas tendientes a la incorporación de la mujer al mundo laboral y, casi en paralelo, a una degradación de las condiciones del mercado de trabajo y del repliegue de la legislación protectora¹⁰.

Junto a todo ello, debe subrayarse la escasa preocupación real del movimiento político y sindical por las cuestiones femeninas y por la incorporación de sus valores al entramado de las relaciones laborales, en concreto la crítica a la rígida separación de lo público y privado

y a la consiguiente distribución de roles. Aunque sólo sea una breve mención, debe destacarse que las estructuras, composición (mayoritariamente masculina) y políticas sindicales no tienen lo suficientemente en cuenta a la mujer en cuanto sujeto-empleada, lo que lleva en la práctica a que aquélla no se apropie del bagaje histórico-social de lucha sindical, ni se sienta en muchas ocasiones reflejada en los mensajes que los sindicatos defienden; viendo de esta forma al sindicato como algo alejado y extraño a ella¹¹. También la práctica sindical de los representantes de los trabajadores de defender a los “de dentro” (trabajadores fijos, hombres por lo general) a expensas de “los de fuera” (temporales, precarios; donde es innegable el protagonismo de las mujeres) mantiene ese alejamiento de las mujeres de las decisiones sindicales¹². Todo lo cual supone dejar a la relación individual empresario-trabajadora (o, lo que en la práctica suele ocurrir, a la voluntad del primero) gran parte de la solución real a los conflictos laborales a los que la trabajadora se va a ver sometida, con el consiguiente añadido de precariedad e inseguridad en un espacio dirigido por hombres¹³.

Ahondando en lo dicho, debe resaltarse aunque parezca obvio, que quienes van a adoptar la medidas legales o convencionales para conciliar tiempos y espacios manifiestan una clara masculinización ideológica (no en vano, son estos valores los que imperan en donde se deciden estas medidas —esferas públicas: legislador, cúpulas sindicales, etc.—)¹⁴. Esto se manifiesta en que las medidas reguladas para la conciliación de espacios y tiempos no conllevan como decimos un cuestionamiento más de fondo y, por otro lado —aunque conectado con esto—, esas medidas tienen como sujeto primordial la mujer, que es quien se encuentra *perdida* en la distribución de sus espacios y tiempos, ya que sólo muy excepcionalmente se tiene en cuenta o se cuestiona que el hombre deba conciliar ambos espacios y perder su protagonismo *natural* en el empleo¹⁵. Es innegable en este cuestión que el es-

⁹ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001”; RDS, nº 15, 2001, pág. 42, y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., “Colectivos de trabajadores que precisan una intensa protección del sindicato”; R.L., nº 20, 2001, pág. 23.

¹⁰ Por todas, CASAS BAAMONDE, M.E., “Transformaciones...”, *cit.*, págs. 93 y 94. Más recientemente, RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “La nueva...”, *cit.*, pág. 3. Se está dando lo que algunos denominan <<equidad regresiva>>, esto es, “en vez de ocurrir una mejora real de la situación de las mujeres en el mercado de trabajo, se degrada la situación de los hombres”; LANSKY, M., “(Perspectivas) Género...”, *cit.*, pág. 527.

¹¹ AA.VV. (SUPIOT, Coord.) Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa; Tirant lo Blanch, 1999, págs. 264-266, y CASAS BAAMONDE, M.E., “Transformaciones...”, *cit.*, págs. 102 y 102.

¹² VALIENTE, C., “Género, mercado de trabajo y Estado de Bienestar: el caso de España”; ST, nº 32, 1997/1998, págs. 61 y 62.

¹³ VALDÉS DAL-RE, F., “El trabajo a tiempo parcial: la (im)posible convivencia entre flexibilidad y seguridad (I)”; R.L., nº 4, 2002, págs. 2 y 3. En numerosas ocasiones se ha advertido a los sindicatos que atiendan a esos nuevos colectivos de trabajadores, caracterizados por su situación de precariedad, lo que en lugar de considerarse como un *handicap* para su incorporación al movimiento sindical, bien puede ser utilizado como mecanismo de unidad y solidaridad; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., “Colectivos de trabajadores...”,

cit., págs. 23 y 25. Sobre esta tendencia al resurgimiento de la autonomía privada de la voluntad en el ámbito laboral y sus consecuencias sobre los asalariados; *vid.* ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo; CES, 2000, págs. 63 y sgs., especialmente, págs. 75 y 76. También, LASTRA LASTRA, J.M., "Escasez y precariedad del empleo"; REDT, n.º 90, 1998, especialmente, págs. 551-553.

¹⁴ Esta masculinización de lo laboral también en los sujetos sindicales puede verse en RODRÍGUEZ PIÑERO, M., "Igualdad de género y políticas comunitarias"; R.L., n.º 6, 2000 (especialmente, págs. 14 y 15); "(...) es hoy la contratación colectiva la responsable en buena parte del mantenimiento de la desigualdad (...)". Del mismo autor, "Discriminación salarial e igualdad de género"; R.L., n.º 1, 2001, pág. 8.

¹⁵ NEVADO FERNÁNDEZ, M.J., "El cuidado personal de personas a cargo de los trabajadores (Maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y de seguridad social, I); REDT, n.º 105, 2001, págs. 366 y 367. También, LANSKY, M., "(Perspectivas) Género...", *cit.*, pág. 530.

¹⁶ VALIENTE, C., "Género...", *cit.*, pág. 73.

¹⁷ AA.VV. (SUPIOT, coord.) Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo..., *cit.* págs. 254 y 255.

¹⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., "Colectivos de trabajadores...", *cit.*, pág. 21. El número de contratos indefinidos ordinarios supuso unos 90.500, frente a los algo más 135 mil de los de fomento (Fuente: INEM. Estadísticas de contratos,

fuerzo de "compatibilización es generalmente percibido en España no como un problema colectivo o social, sino como una cuestión individual que cada mujer (o cada familia) debe solventar por sí misma"¹⁶.

Procedemos ahora a un análisis de la situación laboral de la mujer en relación con la conciliación de espacios y tiempos. En este sentido, desde hace años, y en especial en las últimas décadas, que es cuando se ha producido una masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo, una de las principales reivindicaciones de la mujer que trabaja fuera y dentro del hogar ha sido el trato paritario con respecto al hombre a la hora de acceder y permanecer en el mercado laboral y la igualdad de oportunidades para poder promocionarse dentro del mismo.

La cuestión se hace todavía más problemática si prestamos especial atención a un colectivo concreto: el formado por **mujeres embarazadas y/o con hijos de corta edad**. Un dato de especial relevancia es que nuestro país está entre los países con menor nivel de empleo entre madres con hijos pequeños. La conclusión a la que llegamos de forma inmediata es que hoy día, un elemento propio o genuino de la condición femenina, como es la posibilidad de ser madre y las consecuencias que de esta maternidad se derivan y que se concretan, principalmente, en el cuidado de hijos, se convierten en un auténtico inconveniente para acceder o permanecer en el mercado de trabajo.

¿Cómo poder compatibilizar esta doble actividad? No cabe duda que la asunción de responsabilidades familiares supone un freno para el desarrollo profesional de la mujer; incluso tiene el efecto perverso de estancarlas en el plano profesional y hacerlas forzosamente optar por el cuidado doméstico. La situación familiar, las responsabilidades familiares que recaen sobre la mujer demandante de empleo pueden ser causas de denegación de ese empleo que demandan o incluso de despido, en caso

de que ya se haya accedido a un puesto de trabajo. Y ello debido al fuerte rechazo a emplear, promocionar o a mantener empleados a personas con responsabilidades familiares, que muchos empresarios consideran trabas para el cumplimiento de las obligaciones laborales.

El legislador pretende demostrar que es consciente de este *handicap* y con el fin de dar un nuevo paso en el camino de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, se hace eco de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria (Directiva del Consejo 92/85, de 19 de Octubre y 96/34, de 3 de Junio), introduciendo cambios legislativos en el ámbito laboral para que tanto los trabajadores como las trabajadoras puedan participar de la vida familiar.

Para evitar perpetuar situaciones de desigualdad de oportunidades en el acceso al empleo y en la carrera profesional trata de adoptar medidas que se abran por igual a hombres y mujeres, de manera que sobre ambos recaigan las responsabilidades derivadas del trabajo doméstico y del cuidado de hijos, en beneficio de la mujer que trabaja también fuera del hogar. El objetivo no es sino adoptar una normativa que contemple un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y privada. Se pretende dar un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Se trata de conciliar el trabajo y la familia, y, por extensión, aumentar el grado de protección jurídica laboral de la mujer trabajadora.

¿Se consiguen estos objetivos pretendidos? ¿Logra el legislador salvar los inconvenientes que para la mujer que desea acceder o permanecer en el mercado de trabajo conlleva la maternidad y las consecuencias que de ella se derivan, y que se concretan principalmente en el cuidado de hijos?

Para llegar a algunas conclusiones procedemos a realizar un breve repaso a la normativa vigente reguladora de la

materia, prestando especial atención a dos puntos: Por un lado, los mecanismos regulados para facilitar el acceso de la mujer al empleo y de aquellas modalidades contractuales que pretenden facilitar y conciliar el tiempo del trabajo y el privado o familiar; en concreto, nos ceñiremos al análisis del contrato a tiempo parcial. Y por otro, a las medidas impulsadas para facilitar que el papel biológico de la mujer, en cuanto madre, no le sponga un *handicap* laboral.

II. MODALIDADES CONTRACTUALES: EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

A. VALORACIÓN INICIAL

Dentro de este apartado nos limitaremos a resaltar aquellos contratos que en teoría pretenden propiciar la conciliación de la vida personal y el empleo. Así pues, no haremos referencia a otras modalidades contractuales que no pretenden ese objetivo conciliador. Sin embargo, sí queremos dejar constancia desde ahora que las nuevas fórmulas atípicas de contratación están afectando especialmente a la mujer, lo que termina por incidir sobre el nivel de protección real "que los Derechos del Trabajo y de la seguridad social brindan al trabajo femenino"¹⁷. Por estas razones, debemos realizar unas mínimas apreciaciones que permitan explicar algunas de las afirmaciones hechas anteriormente.

En primer lugar debe resaltarse que la mayoría de la contratación indefinida de la mujer lo es bajo los denominados "contratos para el fomento de la contratación indefinida", de los que ya hemos resaltado que forman parte del nuevo mercado de trabajo "de segunda"¹⁸. Del lado masculino, debe subrayarse que la mayoría de los contratos indefinidos lo son de la modalidad ordinario (mayor indemnización, más cos-

tes sociales, etc.), incluso es así circunscribiéndonos exclusivamente al colectivo masculino sobre el que también puede realizarse aquellos otros¹⁹. Esto corrobora la idea que señalábamos más arriba: la mujer, al considerarse un "trabajador de segunda", está entrando al mercado laboral por la puerta trasera²⁰.

Sin embargo, y al objeto que pretendemos, nos limitaremos a analizar el contrato a tiempo parcial, modalidad que en voz del gobierno facilitaría en gran medida la conciliación del trabajo y la vida personal. Amén de que es la mujer la destinataria mayoritaria de este tipo de contrato (65-70%), sobre todo los temporales, que representan más del 90% del total de los realizados bajo esa modalidad²¹. Por último, debe resaltarse que la contratación femenina supera a la masculina únicamente en esta modalidad contractual y, aunque en menor medida, en el contrato temporal de interinidad (a los que habría que incluir los contratos para el fomento de la contratación indefinida, si distinguimos estos de los indefinidos en general)²². Sin embargo, sí creemos que debe destacarse el cambio que ha podido producir la reforma laboral del 2001 y a la que luego nos referiremos, por cuanto que la diferencia que separa a ambos sexos en esta modalidad contractual se ha reducido en varios puntos²³; lo que contrasta con lo que venía ocurriendo en estos últimos años, donde la tasa de parcialidad masculina iba progresivamente decreciendo, a diferencia del rápido desarrollo que ha tenido en la mujer²⁴.

Por otro lado, observamos también cómo en la contratación a tiempo parcial también se expresan esas diferencias según sean hombres o mujeres los empleados, ya que mientras que para éstas últimas los trabajos contratados bajo esta modalidad lo son para tareas de escasa cualificación; en el caso de los hombres son trabajos muy cualificados²⁵. Dicho en otros términos, la realidad desigual se plasma en la incorporación de la mujer al empleo, accediendo a aquellos que están, en general, infravalorados²⁶

2001. En http://www.inem.es/ciudadano/p_empleo.html.

¹⁹ El modelo ordinario supone casi 228 mil contratos y el de fomento unos 118 mil (Fuente: INEM. Estadísticas de contratos, 2001. En http://www.inem.es/ciudadano/p_empleo.html).

²⁰ Sobre esta cuestión y una crítica a cómo se avicina el futuro laboral de las mujeres, SUPLET, A., *Au-delà de l'emploi*; Flammarion, 1999, págs. 245 y sgs.

²¹ Fuente: INEM. Estadísticas de contratos, 2001. En http://www.inem.es/ciudadano/p_empleo.html. Por estas razones y ante las consecuencias que veremos implica el contrato a tiempo parcial, algunos autores se han cuestionado la constitucionalidad de tal modalidad contractual, por cuanto pudiera implicar una discriminación indirecta; LÓPEZ GANDÍA, J., "Trabajo a tiempo parcial y protección social tras la reforma del mercado de trabajo"; RL, 1998-II, págs. 273 y 274. En otras ocasiones se ha visto la diferencia de trato entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo como manifestación de discriminación indirecta por razón de sexo, *vid.* SÁEZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo*; CBS, 1994, págs. 113, 114, 127 y 128. Considero que las apreciaciones que hace esta autora sobre la conducta discriminatoria llevada a cabo por la práctica empresarial, también que pueden trasladarse a la actividad legislativa.

²² Fuente: INEM. Estadísticas de contratos, 2001. En http://www.inem.es/ciudadano/p_empleo.html.

²³ Fuente: INEM. Estadísticas de contratos, 2001. En http://www.inem.es/ciudadano/p_empleo.html.

²⁴ En VALDÉS DAL-RÉ, F., "El trabajo a tiempo parcial: la imposible... (I), *cit.* págs. 1 y 2.

²⁵ Esta segmentación del mercado de trabajo viene siendo continuamente apuntada; VALIENTE, C., "Género..., *cit.*, pág. 75. Para una mejor idea de lo que esto implica, debe ponerse en relación con las consecuencias económicas; (BLANCO, Dir.) Balance histórico de la contratación a tiempo parcial en España; MTAS (Informes y Estudios), 2001, págs. 177 y 189.

²⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., "Discriminación salarial..., *cit.*, págs. 1 y 2.

²⁷ Recientemente, los agentes sociales han vuelto a reiterarlos en el AINC (cap. II, 3, del ANC-2002 - BOE de 17 de enero de 2002).

²⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F., "El trabajo a tiempo parcial: crónica normativa de una compleja modalidad contractual"; R.L., n° 19, 2000, págs. 1 y 2.

²⁹ CASAS BAAMONDE, M.E., "Transformaciones..., *cit.*, págs. 99 y 100. No ocurre lo mismo en otros países de nuestro entorno, en los que sí parece pesar más la voluntad de conciliación, (BLANCO, Dir.) Balance histórico..., *cit.*, pág. 493; y AA.VV. (SUPIOT, Coord.) Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo..., *cit.*, págs. 262 y 263.

³⁰ BENERÍA, L., "El debate inconcluso... *cit.*, págs. 326 y 327.

³¹ Vid. COMAS D'AYEMIN, D., Trabajo, género..., *cit.*, págs. 114-116.

³² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., "Colectivos de trabajadores..., *cit.*, pág. 23.

B. CONTRATO A TIEMPO PARCIAL ¿UNA OPORTUNIDAD REAL A LA CONCILIACIÓN?

Aunque luego lo desarrollemos, queremos dejar clara constancia desde el principio de nuestra opinión de que el contrato a tiempo parcial, pese a los mensajes políticos al respecto (v.gr. Exposición de motivos del derogado R.D.-Ley 15/1988 y el actual art. 12.5.g) TRET)²⁷, no pretende la conciliación de tiempos y espacios, pues la configuración que de él hace el legislador deja claro muy pronto que su objetivo primordial es la reducción de costes laborales y la mayor flexibilidad y disponibilidad de la mano de obra en atención a las necesidades empresariales²⁸. En efecto, siendo la jornada ordinaria de 40 h./semanales en cómputo anual (art. 34.1 TRET) -a salvo lo que digan los negociadores colectivos (en general se mantiene entorno a las 39 h./semanales)-, el *part time* se presenta exclusivamente como una reducción de lo que debiera ser la jornada-tipo; minoración que va a verse también reflejada en algunos derechos y beneficios que acompañan a la modalidad ordinaria respecto del contrato a tiempo parcial²⁹.

Nuestro sistema legal de relaciones laborales, partiendo de la consideración arriba referida respecto a la minusvaloración social y económica del trabajo-no empleo, fija una jornada máxima, pero generalizada, que difícilmente puede pretender que quien la realice pueda conciliar ambos espacios (privado y público). En efecto, ni aún siendo la distribución de dicha jornada de forma regular (cada vez menos frecuente en la realidad), podría darse una posibilidad cierta de compaginar esos deberes laborales con los familiares y personales, ya por la falta real de tiempo, ya por el esfuerzo físico que suponen ambos trabajos. Como puede fácilmente deferirse, el tiempo destinado a ambos trabajos o deberes podría elevarse muy por encima de lo que oficialmente se nos presenta como la jornada media de trabajo en España. Como vimos, el desprecio hacia el trabajo do-

méstico ha supuesto no sólo su infravaloración sino que parece que llega a su exclusión absoluta de la definición de trabajo, lo que implicará que con la incorporación de la mujer al empleo "su trabajo se ve intensificado debido a la superposición de actividades"³⁰.

En nuestra opinión, esto nos manifiesta que la jornada laboral ordinaria presupone que "alguien" debe prestar su trabajo en el espacio personal-privado, ya sea porque se le mal remunere por el empleo que tiene, ya porque se renuncie de partida a un empleo que ocupe la jornada *normal* u ordinaria, con el objeto de poder dedicar el tiempo necesario a las tareas domésticas y familiares³¹. Esta última opción implicará, como veremos, dependencia económica respecto de quien mantiene el empleo *normal* u ordinario, esto es, el realizado a jornada completa³².

Pues bien, la falta de un cuestionamiento en profundidad sobre los conceptos trabajo y empleo y sobre la verdadera jornada de trabajo que se realiza, nos lleva a considerar al contrato a tiempo parcial -en lo referente a la retribución- como una mera reducción de la jornada ordinaria requerida, con la consiguiente minoración proporcional del salario, de algunos derechos laborales generales y también en las prestaciones previstas. Como ejemplo de esa finalidad puede verse la redacción del art. 37.5 TRET, que relaciona directamente conciliación mediante reducción de jornada con reducción proporcional del salario. A todo lo cual hay que unir la gran facilidad e incentivo para el fraude que permite el contrato del tiempo parcial (v.gr. su utilización para encubrir trabajos en jornada completa) en una realidad socio-económica como la nuestra caracterizada por altas tasas de paro y escasa inspección y controles sobre el cumplimiento de los derechos laborales; pues en todo esto no se puede olvidar la posición *preferente* de España en precariedad laboral³³.

Pasemos a explicar todas estas afirmaciones.

I. Perjuicio cuantitativo

Las retribución mínima prevista tanto por el legislador como por los agentes sociales a través de los convenios, parte de considerar como referente o contrapunto a la jornada ordinaria. Quiere ello decir que tanto las cuantías convencionales como las mínimas legales (SMI) exigen para su percepción que se cumpla la jornada ordinaria prevista, que a falta de minoración por la autonomía privada (colectiva o individual) es de cuarenta horas semanales en cómputo anual (art. 34.1 TRET). En consecuencia, esas cuantías requieren que se presente el trabajo a jornada completa.

Junto a ello y para comprender el alcance de lo que queremos decir, debe añadirse de inmediato que el SMI han perdido su carácter de baremo del valor mínimo del trabajo, para convertirse, en opinión de muchas voces, en una cifra que suele utilizarse como renta vital mínima para tener derecho a determinadas prestaciones o ventajas para supuestos que nada tienen que ver con el mundo laboral (acceso a justicia gratuita, prestaciones asistenciales, etc.)³⁴. Así pues, ni aún trabajando jornadas completas tiene porqué garantizarse una retribución justa y digna. Debe retenerse la peligrosa proliferación de este fenómeno que lleva años ocurriendo no sólo en países empobrecidos –Tercer Mundo–, sino también en los denominados industrializados –EE.UU., Alemania, etc.–, provocando la aparición de una nueva clase de pobres: quienes trabajan, pero a los que sus condiciones de trabajo y su salario no les permite acceder a los recursos mínimos necesarios³⁵.

La consecuencia respecto a *part time* parece clara desde el punto y hora que, como ya señalábamos, éste –desde el punto de vista retributivo– se considera simplemente como una modalidad que disminuye la jornada laboral ordinaria y por ende, implicará una reducción salarial proporcional a dicha rebaja en la jornada³⁶. Con ello se consigue una reducción de los costes laborales

equivalente, pero para el trabajador se ven enormemente (aún más) menguadas sus posibilidades de obtener una remuneración económica suficiente para atender a sus necesidades y las de su familia³⁷. Se contradice así, a nuestro modo de ver, el art. 35 CE (suficiencia salarial), por cuanto que esa reducción pudiera entrar en contradicción con las exigencias que se derivan de este precepto, el cual exige “rinunciare a considerare la retribuzione como strettamente ed esclusivamente proporzionata alle ore di lavoro prestate”; ya que “la retribuzione non è semplice corrispettivo dell’attività di lavoro oggettivamente considerata, ma anche mezzo di sostentamento del lavoratore e della sua famiglia”³⁸.

En consecuencia, en una gran cantidad de casos la reducción de horas perjudica al trabajador en cuanto que la percepción recibida no será suficiente para atender a las exigencias de una vida digna³⁹; llevándonos a la consideración de que esta modalidad del tiempo parcial generalmente presupone la existencia de otra fuente de ingresos, ya en otro empleo, ya por que otra persona del núcleo familiar aporta los recursos que son necesarios, generalmente, por mantener un empleo con jornada ordinaria, lo que implicará lo señalado más arriba respecto a la necesidad de que exista otra persona que atienda con mayor responsabilidad e implicación las labores domésticas y familiares; esta es, sin lugar a dudas y de forma inmensamente mayoritaria, la mujer⁴⁰.

Pero es que además, el contrato a tiempo parcial implica también un recorte en los costes no sólo salariales que ha de pagar el empresario, sino también en otros beneficios sociales, reducción que en algunos casos quiebra la proporcionalidad debido a la generalización del módulo-hora (frente al general de cotizar por día de trabajo, independientemente de las horas realizadas), reflejándose todo ello en las prestaciones que puede recibir el empleado (v.g: sistema de acreditación de los periodos de cotización mínimos, etc.)⁴¹ En efecto la per-

³³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001”; R.L., n° 10, 2001, especialmente, pág. 119. Respecto al, contrato a tiempo parcial en particular, VALDÉS DALRÉ, F., “El trabajo a tiempo parcial: la imposible... (I), *cit.* págs. 3 y 4.

³⁴ Al respecto, *vid.* CRUZ VILLALÓN, J.; “El régimen jurídico del salario como instrumento de política económica”, en (AA.VV.) Reforma de la Legislación Laboral; Junta de Andalucía/Univ. de Sevilla, 1997, págs. 117 y 118; y RÍOS SALMERÓN, B., “La dinámica de la embargabilidad del salario”; R.L., 1987–II, pág. 148, nota 37.

³⁵ ULRICH BECK, Un nuevo mundo feliz, la precariedad del trabajo en la era de la globalización; Paidós, 2000, págs. 99, 100 y 125.

³⁶ ELDER/JOHNSON, “Los indicadores laborales por sexo revelan la situación de la mujer”; RIT, n° 4, 1999, vol. 118, pág. 511.

³⁷ Al respecto también, ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Cuatro lustros de Derecho del Trabajo en España: Entre la consagración del Estado social y el efecto de las crisis económicas”; en AA.VV. (ALARCÓN/MIRÓN Coords.), El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar; Marcial Pons, 2000, págs. 32 y 33.

³⁸ GRASSETTI –basándose en el art. 36 CI (similar a nuestro art. 35 CE)–, citado por TREU, T., *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*; Giuffrè, 1968, pág. 345, nota 59.

³⁹ *Id.* (BLANCO, Dir.) Balance histórico..., *cit.*, pág. 177.

⁴⁰ BADGETT/FOLBRE, “¿Quién cuida de los demás? Normas socio-sexuales y consecuencias económi-

cas"; RIT, nº 3, 1999, vol. 118 (especialmente, págs. 353 y 354).

⁴¹ Una crítica a todo ello, en LUQUE PARRA, M., "Contrato a tiempo parcial y pensión de jubilación: la << doble proporcionalidad >> y el cómputo del << día cotizado >> como criterios que distorsionan la lógica incentivadora de esta modalidad contractual"; R.L., 1998-II, especialmente, págs. 289 y sgs.

⁴² LÓPEZ GANDÍA, J., "Trabajo a tiempo..., cit., especialmente, págs. 251-254. En materia de desempleo, RABANAL CARBAJO, P., "Trabajo a tiempo parcial y desempleo"; REDT, nº 87, 1998 (especialmente, pág. 117).

⁴³ Sobre los perjuicios sociales que implica la normativa de Seguridad Social que se preveía para el contrato a tiempo parcial, puede verse, MONTALVO CORREA, J., "Tiempo de trabajo"; en (RAMÍREZ/SALA, coords.) Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral; Tirran lo Blanch, 1999, págs. 189 y sgs.

⁴⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F., "El trabajo a tiempo parcial: la (im)posible convivencia entre flexibilidad y seguridad (y II)"; R.L., nº 5, 2002, págs. 2 y 3.

sona contratada a tiempo parcial supone, entre otros beneficios, una reducción en los costes laborales, lo que termina repercutiendo sobre los derechos y beneficios a los que podrá acceder el trabajador⁴².

Por consiguiente, sostenemos que el mantener la reducción proporcional (o incluso superior) en función de las horas que exista de diferencia sobre la jornada ordinaria perjudica y castiga a la trabajadora, que va a necesitar en muchas ocasiones de otra fuente de ingresos para cubrir las necesidades personales y familiares, bien mediante otro trabajo (con el consiguiente incremento de las horas destinadas al empleo), bien porque otra persona aporte esa cantidad. El círculo queda de nuevo cerrado: dependencia económica de otros ingresos, marginalidad del trabajo a tiempo parcial e insuficiencia de su retribución para el sostenimiento personal y familiar, su degradación socio-económica y su reflejo para quien es protagonista de esta modalidad: la mujer. A lo que hay que unir la ya mencionada degradación de la protección de ciertos riesgos en el ámbito de la Seguridad Social⁴³.

2. Perjuicio cualitativo

Por otro lado, junto a ese injusto perjuicio económico, debe subrayarse quizás con mayor énfasis, que la regulación legal sobre la distribución de las horas en el contrato a tiempo parcial sigue un modelo de mal llamada flexibilidad, permitiéndose la distribución irregular de la jornada y, para los contratos a tiempo parcial indefinidos, la ampliación y variación no consolidable de horas de trabajo mediante, entre otros, las llamadas horas complementarias. Con ello se ha conseguido profundizar en el sentido de la reforma laboral operada por la Ley 11/1994, que supuso que el trabajo a tiempo parcial dejase de concebirse "como una mera réplica a << escala reducida >> del trabajo a tiempo

completo", para convertirse en una modalidad con sustantividad propia caracterizada por permitir "el establecimiento de un sistema flexible de organización de la mano de obra"⁴⁴.

En esta línea, como decimos, con la entrada en vigor de la reciente Ley 12/2001, de 9 de julio, se ha reformado la regulación existente desde el Real Decreto-Ley 15/1998 (fruto del acuerdo sindicatos-gobierno) y que habría tratado de dar una solución menos perjudicial para el trabajador respecto a la existente con la ya mencionada reforma de 1994⁴⁵. Pese a que tampoco pretendió realmente la conciliación de tiempos entre lo privado y público, debemos indicar que con la reforma operada con el RDL 15/1998 se intentaron diversos mecanismos que impidiesen el uso fraudulento y perjudicial del contrato a tiempo parcial y mejorar el estatuto jurídico de esos trabajadores. Entre las medidas que se pretendieron destacamos:

1. Evitar una identificación entre contrato a tiempo parcial con cualquier reducción respecto de la jornada, por mínima que fuese, para evitar sus perversos efectos en materia de seguridad social y prestaciones.
2. La introducción y consolidación de las horas complementarias; es decir, que el trabajador podría exigir la ampliación de las horas inicialmente pactadas cuando se realizase de media una jornada real superior a la pactada, con el objeto de evitar la contratación a la baja de contratos a tiempo parcial.
3. Flexibilizar el contrato a tiempo parcial, pero compatibilizarlo con que el trabajador pudiera conocer las horas de trabajo que iba a prestar.

Frente a estos intentos, la reforma operada en el 2001 deja en papel mojado esas *buenas intenciones* que, en opinión de muchos, en la práctica real nunca pasaron de ser un intento no alcanza-

do, ni tampoco un objetivo prioritario. La escasez de contratos a tiempo parcial llevó al gobierno a introducir la regulación actual, alegando para ello *rigideces* que en su opinión aportó la reforma anterior. En esa valoración pensamos que pesó en gran medida el escaso uso de esta modalidad, motivado parece ser por la actitud reacia de las organizaciones empresariales, que, recordémoslo, no firmaron el acuerdo al que dio lugar el mencionado RD 15/1998. En efecto, podría presumirse o intuirse la existencia de algún tipo de pacto (tácito) entre dichas organizaciones para evitar en la medida de lo posible la utilización de la contratación a tiempo parcial que se regulase por las normas de 1998⁴⁶. Como decimos, creemos que éste hecho fue uno de las innegables y verdaderas causas de esa *rigidez* y a su vez, parece ser, el detonante para que el Gobierno estatal reformase la regulación y recuperase en gran medida la esencia de la que fue anterior, la de 1994, cuando no una mayor profundización en su precariedad: *v. gr.* consideración a todos los efectos de un contrato a tiempo parcial en aquél que implique cualquier tipo de reducción de la jornada ordinaria, incremento de las horas complementarias, distribución irregular, etc.⁴⁷

¿En qué afecta todo ello al tema que nos trae aquí? Pues que de nuevo la posibilidad de conciliación de tiempos y espacios a través del contrato a tiempo parcial se vuelve una falacia. No puede ser otra nuestra opinión desde el momento en que constatamos que con esa regulación el trabajador ignora realmente y con cierta estabilidad y seguridad cuál va a ser su jornada de trabajo y su distribución, debiendo someter sus espacios y tiempos personales y familiares a las *necesidades del proceso productivo*⁴⁸. Esta claro que con ello se impide en la práctica cualquier tipo de ordenación y atención a las necesidades de lo privado que, una vez más, queda sometido a lo público (empleo)⁴⁹. Sin mencionar que de nuevo puede verse dañado el principio de suficiencia, pues la flexibilidad con la que pueden aparecer y exigirse esas horas complementarias

harán francamente difícil poder acceder a otro empleo con el que completar la retribución a efectos de que sea suficiente (art. 35 CE)⁵⁰.

Por lo tanto, a la insuficiencia económica hay que añadir —para confirmar la mentira de que el contrato a tiempo parcial permita ni por asomo esa conciliación—, la distribución irregular de la jornada y la extensión “sorpresiva” de las horas de trabajo (pues las horas complementarias pueden suponer ahora hasta un 60% de las originariamente pactadas)⁵¹. Única y exclusivamente la reducción de costes laborales y una mal entendida flexibilidad laboral son los principios que, en nuestra opinión, explican la actual regulación del contrato a tiempo parcial.

Aunque se alegue que la cuestión de las horas complementarias sólo afecta a los contratos a tiempo parcial indefinidos, no pueden perderse de vista los incentivos y bonificaciones estatales pensados para ellos y que está suponiendo una reducción de la temporalidad en esta modalidad⁵². Por otro lado, tampoco es óbice a aquella afirmación que el pacto por el que se alcanzó pueda ser renunciado por la trabajadora, ya que debe también indicarse que esta posibilidad de ruptura se abre —al igual que en la regulación anterior— transcurrido un año desde que se hubiera pactado y —con la nueva redacción legal— sólo si concurren las causas que el legislador previó: tareas formativas y familiares, siempre que impliquen una necesidad de especial cuidado de personas a su cargo por no poder éstas valerse por sí mismas (art. 37.5 TRET: familiares con minusvalías, ancianos e hijos menores de 6 años que no pueden valerse de forma independiente). Obsérvese pues que sólo esas tareas asistenciales justificaran la ruptura del pacto, evidenciándose de esta forma el desprecio por el trabajo—no empleo, pues no se pretende que el trabajador pueda conciliar, sino que ello sólo le supondrá que no tiene por qué seguir cumpliendo con el pacto de horas complementarias (o la reducción proporcional de jornada y salario,

⁴⁶ VALDÉS DAL-RÉ, F., “El trabajo a tiempo parcial: la (im)posible... (y II)”, *cit.*, págs. 3–7.

⁴⁷ Ténganse por reproducidas aquí las palabras de ADAM SMITH (referidas a la bajada de los salarios) sobre esos pactos no expresos de los empresarios: La riqueza de las naciones; Alianza ed., 1994, págs. 111 y 112.

⁴⁸ Sobre la finalidad y elementos esenciales en la reforma de 1994, vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., “El trabajo a...”, *cit.*, págs. 4 y 5. Una crítica a las consecuencias que implica la nueva regulación del contrato a tiempo parcial, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Propósitos...”, *cit.*, especialmente, págs. 117 y sgs.

⁴⁹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Propósitos...”, *cit.*, págs. 123–125.

⁵⁰ CASAS BAAMONDE, M.E., “Transformaciones...”, *cit.*, pág. 99.

⁵¹ Esta razón ha llevado a la Corte de Justicia italiana a manifestarse contraria a que el desarrollo del *part time* pueda suponer impedir compaginarlo con otros empleos de tal forma que en la práctica impidan dicha suficiencia; LANOTTE, M., “Tempo di lavoro e qualità totale”; en GALANTINO, L., *Qualità e rapporto di lavoro*; Giuffrè ed., 1995, págs. 211 y 212.

⁵² Así se mantiene que “la discrecionalidad empresarial en la fijación desregulada de los periodos de la prestación laboral supondría la difuminación de efectividad del ejercicio de esa conciliación entre los dos ámbitos” (laboral y familiar); (BLANCO, Dir.) *Balance histórico... cit.*, págs. 489 y 490.

⁵³ VALDÉS DAL-RÉ, F., “El trabajo a tiempo parcial: la imposible... (I)”, *cit.*, pág. 2.

⁵³ FERREIRA, V., "Las paradojas de la situación de las mujeres en Portugal"; S.T., nº 38 (Sociedad de Espago y trabajo). Siglo XXI de España ed., 99/00, pág. 42.

⁵⁴ Sobre estas cuestiones, GORZ, A., *Metamorfosis del trabajo*; ed. Sistema, 1997, págs. 178-180.

⁵⁵ MONTOYA MELGAR, A., "Trabajo de la mujer...", *cit.*, pág. 782.

⁵⁶ "Es necesario (...) la aceptación de la responsabilidad compartida de unos y otros en la eliminación de los desequilibrios de género existentes en la sociedad", algo alejado de la realidad de nuestro país; RODRÍGUEZ PIÑERO, M., "Igualdad...", *cit.*, págs. 9 y 10. Por esta razón se insiste en que "se modifiquen las relaciones entre hombres y mujeres y la distribución de tareas entre ambos sexos en las esferas laboral, familiar y social. (C)onvendría incitar a que ambos progenitores compartan la responsabilidad de la crianza"; MÜCKENBERGER, U., "Ideas para redefinir la relación de trabajo"; en *Revista Internacional del Trabajo*, 1996, nº 6, vol. 115, pág. 744.

⁵⁷ Aunque señalado para otro contexto, considero plenamente aplicable a nuestro supuesto la afirmación de la profesora SÁEZ LARA de que "cualquier objetivo económico no es legítimo a los efectos de justificar una medida que perjudique a las mujeres en el mundo del trabajo" (*Mujeres y...*, *cit.*, pág. 131).

⁵⁸ MARTÍN PLIEGO/PAREJO GÁMIR, *Trabajo a tiempo parcial y política de empleo*; Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 1983, pág. 62.

⁵⁹ Sobre el tema de la renta básica, véase a quien a buen seguro es uno de sus mayores defensores, RA-

art. 37.5 TRET), con la consiguiente pérdida de ingresos, pese a no reducir sus horas de trabajo (aunque sí de empleo), y de cara a la empresa, implicará una menor *competitividad* respecto a otras personas que no expliciten esas necesidades familiares, por cuanto que con esas otras sí podrán seguir utilizando una de las grandes y reformadas bazas de la reforma: las horas complementarias⁵³.

Si a todo ello unimos el ya mencionado dato del ínfimo control laboral de estos contratos y de su aplicación y las reprochables cifras de fraude laboral en un país como el nuestro, caracterizado por un altísimo índice de rotación, de paro y de precariedad laboral, obtenemos la conclusión que ya anunciábamos al principio: la mujer se inserta al mercado laboral como una empleada "de segunda".

C. CONCLUSIONES

De todo lo señalado debemos obtener algunas propuestas no sólo para mejorar la situación laboral de la mujer, sino también para hacer real la conciliación de espacios y tiempos. Obviamente, la premisa sobre la que se ha de pivotar es sobre la rechazable separación absoluta entre el espacio público y privado; sin embargo, hacer propuestas a esto de forma global excedería con mucho la intención de nuestro trabajo.

Ajustándonos pues al objeto de éste, mantenemos la necesidad de que se **considere al tiempo dedicado a las tareas domésticas como trabajo en una concepción económica y social**, pues sólo así podrá cuestionarse una de las primeras piedras angulares de la difícil conciliación real de espacios y tiempos: la excesiva importancia y valor social del tiempo dedicado al empleo. En efecto, nadie admitiría que en pleno siglo XXI se mantengan jornadas de trabajo de más de 12 horas diarias (empleo más trabajo-no empleo) y que ello además pueda

darse sin que se perciba una retribución digna⁵⁴. No deja de ser por ello paradójico que a la vez que se mantiene esa situación, nos enorgullecamos de que fueran las mujeres -y los niños- los primeros sujetos históricamente protegidos por las normas laborales, precisamente en materia de (salud laboral y) jornada de trabajo⁵⁵.

Todo ello nos debe llevar a proponer una **reducción de la jornada ordinaria de trabajo**, pues sólo si ésta es menor a la fijada actualmente podrá hacerse real la existencia de tiempos para compartir y conciliar. Junto a ello, debe resaltarse que es preciso que el **hombre asuma también un protagonismo central en las medias encaminadas a conciliar su vida laboral y personal y familiar**, pues sólo si ambos sexos aceptan y asumen esa necesidad de conciliar ambas esferas cabrá la posibilidad de que sea un hecho, de otra forma será una quimera⁵⁶. Obsérvese que la reducción de la jornada ordinaria de trabajo persigue no sólo el reparto del empleo, sino que también aparece como un medio idóneo para ese objetivo de conciliación.

En otro plano, y respecto al contrato a tiempo parcial, debemos recordar la idea ya anunciada de que queda aún muy lejos el día en que esa modalidad pueda servir a los verdaderos intereses de procurar conciliar espacios y tiempos. Para evitar esa situación debieran acometerse algunas medidas tales como:

1. La regulación del contrato a tiempo parcial debe perseguir como primer objetivo conciliar espacios y tiempos; esto es, debe servir como instrumento a ese fin socialmente demandado (como ocurre en otros países de nuestro entorno) y no, como hasta ahora, únicamente en un medio de reducción de costes. La configuración legal que se haga de él determinará en gran medida su uso, pero consideramos que no vale "cualquier cosa" por reducir las cifras de paro⁵⁷. En este sentido, debe delimitarse el tiempo a

partir del cual se considera que efectivamente estamos ante un contrato a tiempo parcial y cuya solución no puede ser la mantenida en la reforma iniciada con el Real Decreto-Ley 5/2001, que viene a afirmar como trabajador a tiempo parcial a toda aquella persona que realice un jornada inferior a la ordinaria, lo que al parecer implica aceptar cualquier reducción, algo absurdo que pretende simplemente "abaratar para incentivar" (v.gr. trabajar al año 1 hora menos que la jornada prevista para el resto de trabajadores).

2. La reducción salarial proporcional en función de las horas trabajadas con respecto a la jornada ordinaria supone una clara apuesta por la reducción de costes y en la práctica, una degradación de ciertos derechos sociales y una desvaloración de las personas que son ocupadas bajo esta modalidad⁵⁵. Para evitar esa situación, consideramos importante establecer correctivos a esa reducción proporcional, con el objeto de evitar la actuación fraudulenta y garantizar unos mínimos económicos.

3. Proponemos la correcta determinación del horario correspondiente a las horas ordinarias y la desaparición o reducción del número de horas complementarias, las cuales manifiestan mejor que cualquier otra medida el carácter precario de este contrato y la degradación de derechos laborales, al no sujetarse de esta forma a las reglas y topes de las horas extraordinarias fijadas para el caso de la jornada ordinaria (art. 35 TRET). En todo caso, la distribución de horas ordinarias y complementarias no puede suponer hacer inviable la conciliación con la vida familiar y personal (v.gr. jornadas de mañana "sorpresivamente" convertidas en mañana y tarde, etc.). Por consiguiente, debiera quedar lo suficientemente claro el horario y, respec-

to de las últimas, la trabajadora debiera recibir por ellas una retribución o compensación con descanso mayor que la correspondiente por la hora ordinaria, con el objeto de reducir su uso por el empresario.

Conectado con todo lo dicho en estas conclusiones, aparece la idea de una renta básica mínima garantizada con el objeto no ya sólo de garantizar un mínimo vital, sino también para retribuir el trabajo-no empleo⁵⁹. Sin duda alguna, la existencia de dicha renta facilitaría que el acceso al empleo no supusiese la aceptación de cualquiera y a cualquier precio, podría facilitar la reducción de las horas dedicadas al empleo y, por ende, debiera repercutir en una mayor importancia y presencia del espacio privado en el tiempo cotidiano. No obstante debe observarse que serán precisas medidas tendentes a crear o influir en el reconocimiento social del espacio privado y de lo que hemos dado en llamar el trabajo-no empleo⁶⁰. Sólo si lo privado tiene ese reconocimiento social que ha sido reservado hasta ahora para lo público, podrán acentuarse e iniciarse nuevas posibilidades de conciliar ambos espacios; reconocimiento que en este sentido y sobre todo significa una apuesta política y económica clara por hacer efectiva esas pretensiones⁶¹.

III. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS. ANÁLISIS CRÍTICO DE ALGUNOS PUNTOS DE INTERÉS.

A. PREVISIONES PROTECTORAS DEL TRABAJO DE LA MUJER FRENTE AL DESPIDO.

En materia de despido, la regulación vigente merece una valoración positiva al establecer una presunción de que todo

VENTÓS PAÑELLA, D., "La renta básica: lo que es y lo que no es"; El País (12 de junio de 2001); y FIRMENICH, M.E., La Renta no Laboral para corregir la falla del mercado de trabajo. (<http://www.ctv.es/USERS/jjilorente/iniciativas1.htm>). No debe confundirse ésta con la denominada renta de inserción que se prevé en algunas Comunidades Autónomas; un estudio sobre ésta última, en MONERO PÉREZ/MOLINA NAVARRETE, El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico; Comares, 1999.

⁵⁹ Como indica NELSON, J.A. ("Trabajo, sexo...", *cit.*, págs. 49 y 50) "¿Por qué ha de ser económico el cuidado de los niños, ancianos o enfermos cuando ese servicio lo prestan los mercados (o a veces los Estados), y sin embargo no merece ser estudiado por los economistas cuando se presta en el hogar?".

⁶¹ ULRICH BECK, Un nuevo mundo feliz..., *cit.*, págs. 157 y sgs.

⁶² Para NEVADO FERNÁNDEZ, "El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores" (II), REDT 106/2001, pág. 512, sería necesario plantear la nulidad del despido en los supuestos de no renovación de contratos de duración determinada.

⁶³ A partir de la Ley 39/99 se produce un incremento de las causas de suspensión. Y ello porque el legislador, en cumplimiento de la normativa comunitaria, contempla como motivo capaz de suspender el contrato de trabajo; el riesgo que la trabajadora pudiera sufrir durante el embarazo.

(Convenría establecer diferencias entre las posibles situaciones suspensivas en las que puede encontrarse la trabajadora embarazada. A pesar de estar todas ellas relacionadas directa o indirectamente con el embarazo tiene su fundamento en motivos o causas diferentes. Así, por ejemplo, la trabajadora embarazada, si lo desea, puede iniciar su período de suspensión por maternidad antes del parto, pues, con excepción del disfrute obligatorio de las seis semanas post-parto, el resto del período podrá ser distribuido según su opción. Puede ocurrir que durante el embarazo sobrevengan enfermedades intercurrentes, alteraciones de la salud, que no tiene su origen en el trabajo realizado (embarazo de riesgo) y que colocarían a la trabajadora en una situación de suspensión por IT debida a contingencias comunes, prevista en el artículo 45.1.c) del ET. Para cuando el trabajo de la embarazada no pueda continuar desempeñándose sin riesgo para su salud o la del feto y no sea posible la adaptación del puesto de trabajo o su cambio a otro compatible con su estado, el legislador ha previsto la figura de la suspensión por riesgo durante el embarazo. Habría, pues que distinguir entre las tres modalidades de suspensión previstas, respectivamente, en los artículos 45.1.c), 48.4 y 48.5 del ET. Y a esta

despido decidido en el espacio temporal fijado en la ley es nulo "per se"; esto es, la declaración de nulidad tendrá lugar de forma automática si el despido se produce durante el período protegido por la ley, independientemente de que la motivación sea discriminatoria o no. Esta presunción de nulidad supone, sin duda, una garantía de los derechos laborales y, en especial, del derecho a la estabilidad en el empleo de las trabajadoras embarazadas y de los trabajadores que encuentran su contrato suspendido, o disfrutan de un permiso o de una excedencia por razón del nacimiento o cuidado de hijos. La ley ha implantado un instrumento de tutela más garantista que el que se preveía antes que, en puridad, consiste en suprimir la posibilidad de declarar como improcedente un despido cuando el trabajador se encuentre en situación de suspensión de la relación laboral, de reducción de jornada o en momentos previos a la misma por motivos relacionados con la asunción de responsabilidades familiares. Se prohíbe, por tanto, la compensación económica, vía indemnización, en caso de que se entienda que el despido es ilícito, evitándose, de este modo, la posibilidad de optar entre readmisión o extinción.

A pesar de que, en general, los efectos de la medida son positivos, no podemos negar la existencia de carencias. No debemos olvidar que nada se resuelve sobre la problemática particular de un elevado número de mujeres que no ven renovado su contrato por encontrarse en estado de gestación.⁶²

Por último, debemos poner en evidencia que esta regulación sobre extinción del contrato de trabajo sólo va a incidir sobre el personal sometido al Estatuto de los Trabajadores (desempeñen su función, ya en el sector público, ya en el sector privado), excluyendo a los funcionarios públicos.

B. MEDIDAS QUE TRATAN DE EVITAR QUE LA MUJER-MADRE VEA DIFICULTADO SU ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO, O SU PERMANENCIA Y/O PROMOCIÓN EN EL MISMO

1. Suspensión por riesgo durante el embarazo⁶³

La regulación actual, al contrario que ocurra con la anterior, determina que va a suceder cuando existen peligros para la salud de la trabajadora que está embarazada o para la de su hijo.

En la regulación anterior se establecía la obligación del empresario de adaptar el puesto de trabajo a la trabajadora, de manera que el desempeño del mismo no supusiese un riesgo para su salud; si a pesar de ello persistía el problema se haría necesario el cambio de puesto de trabajo. Sin embargo, nada se decía acerca de lo que ocurriría si ninguna de estas opciones eran posibles.

Esta falta de respuesta creaba cierta inseguridad jurídica cuando la trabajadora embarazada estaba en un puesto de trabajo peligroso para su salud y no era posible ni la adaptación ni el cambio. Se establecía que la empresa debía seguir pagando salarios aunque no recibiera actividad productiva alguna a cambio. Es evidente que estas prácticas disuadían al empresario a la hora de contratar a mujeres, por los problemas que el posible embarazo de aquellas pudieran ocasionarles.

En la actualidad, la ley da una solución para el caso de que persista el peligro⁶⁴ a pesar de haber tomado las medidas previas y cuando no es posible el cambio de puesto de trabajo.⁶⁵ Se permite la suspensión del contrato hasta que desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o bien a otro que sea compatible con su estado.

La trabajadora percibirá una prestación económica que consistirá en un subsidio equivalente al 75% de la base reguladora que le corresponda y nacerá el día en que se inicie la suspensión del contrato y finalizará el día anterior a aquél en que comience la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de la reincorporación de la mujer al puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado. Es importante tener en cuenta que la prestación se gestiona directamente por el INSS, de manera que el empresario no tiene obligación de abonarle, ni en pago directo, ni en pago delegado, prestación alguna.⁶⁶

Consideramos, sin embargo que esta medida puede dar lugar a problemas cuando pretenda ponerse en práctica.

Los problemas provienen de la regulación que se le da al tema de la prestación a la que se tiene derecho. Para poder percibirla, es necesario que la trabajadora además de estar afiliada y en alta debe acreditar un período mínimo de cotización de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente al hecho causante. La exigencia de este período de carencia puede provocar en la práctica que una trabajadora embarazada, encontrándose en situación de riesgo durante el embarazo, tenga que acogerse a la suspensión del contrato sin que le corresponda prestación económica alguna, precisamente por no cumplir con los 180 días cotizados que se exige desde la ley.⁶⁷

Por otro lado, la prestación económica que se derive de la suspensión no alcanza el 100% de la base reguladora, lo cual en la práctica y dependiendo de las circunstancias económicas de la trabajadora puede suponer un problema para ésta⁶⁸; problema que irá en aumento cuanto más tiempo dure la suspensión. Esto nos hace pensar que lo más probable es que la trabajadora embarazada no desee que se le aplique la suspensión del contrato por las repercusiones negativas de carácter económico que se van a derivar de la aplicación de dicha medida, es decir, puede que la tra-

última a la que nos vamos a referir. Suspensión novedosa pues la redacción del artículo 26 de la LPRL, anterior a la Ley 39/99, no preveía la posible dispensa del trabajo, barajándose desde la doctrina algunas soluciones, haciendo recaer bien sobre el empresario, (aplicación del artículo 30 del ET y/o de los artículos 21 y 44 de la LPRL, bien sobre el Estado (declaración de IT) las consecuencias derivadas de esta ausencia de regulación "ad hoc". Vid., los comentarios que hacen al respecto, MORENO GENÉ y ROMERO BURILLO, Maternidad y salud laboral. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

⁶⁶ Se exige el cumplimiento de unos requisitos formales, necesarios para acreditar estas circunstancias. Así, es necesario una certificación de los Servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas y un informe del médico del Servicio Nacional de la Salud que asista a la trabajadora. (Frente al contenido de la anterior redacción del artículo 26.2 de la LPRL donde sólo se exigía un certificado del médico que en el Régimen de la Seguridad Social aplicable asistiera facultativamente a la trabajadora, lo que era interpretado por algunos como el médico habitual de aquella, con independencia de su adscripción a la sanidad pública o privada).

⁶⁷ En principio el cambio de puesto de trabajo se llevaría a cabo con respecto a las normas sobre movilidad funcional y tal y como dice el apartado 3º del artículo 26.2 de la LPRL: "En el supuesto de que... no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen."

⁶⁸ De manera que, desde el momento en el que se produzca el riesgo y la necesidad de apartar a la trabajadora, el empresario quedará eximido de realizar gestión alguna hasta

la reincorporación al puesto de trabajo. Ni siquiera estará obligado a cotizar por la trabajadora. (La Disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, de 9 de Julio contempla una bonificación del 100% en las cuotas empresariales de la Seguridad Social de las trabajadoras con contrato en suspenso por riesgo durante el embarazo).

⁶⁹ Para MERCADER UGUINA, "Prestaciones económicas por maternidad y riesgo durante el embarazo", Relaciones Laborales, 5/2002 "...la falta del período de carencia impedirá a la trabajadora el acceso al subsidio, lo que le coloca en una absurda situación de desprotección, obligándola a elegir entre continuar trabajando con riesgo para su salud y la del feto o suspender la relación laboral sin percepción de ingreso alguno". En el mismo sentido PANIZO ROBLES, La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social" RTSS (CEF), 201/1999, pág. 87 y MELLA MÉNDEZ, "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", Aranzadi Social, 1999 V, pág. 1222. Esta última autora aboga por la aplicación del principio de automatización de las prestaciones, propio de las contingencias profesionales. En línea similar, LOUSADA AROCHENA, "El riesgo durante el embarazo (II)", AL. 28/2001, ppág. 591 y 592, NEVADO FERNÁNDEZ, cit., pág. 527 y MARTÍNEZ DE VIERGOLD, "La naturaleza jurídica de la contingencia correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo", Revista de Derecho Social, 9/2000, pág. 65 y sgs.

⁶⁸ Vid., al respecto, como ejemplo, LÓPEZ RUBIA, "Suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo: una redacción del artículo

26 de la LPRL", TS. 115/2000, págs. 34 y 36, en dónde llama la atención sobre el hecho de que la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo es una medida positiva para la trabajadora sólo en cuanto pretende proteger su salud o la del feto, pero que desde el punto de vista económico supone una pérdida para la trabajadora, ya que la prestación no alcanza el 100%. MELLA MÉNDEZ, *cit.*, pág. 1223 considera que, aún cuando la cantidad a percibir pueda considerarse adecuada "no se encuentra razón suficiente para equiparar... la situación de riesgo durante el embarazo con la de incapacidad temporal, cuando... lo natural sería la identificación con la prestación de maternidad."

⁶⁹ ALBIOL MONTESINOS, La modificación del ET por la Ley 39/99. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001, pág. 64, apunta la posibilidad de que, dado que la prestación económica por maternidad es de cuantía superior a la prestación económica por riesgo durante el embarazo, la trabajadora pueda decidir acogerse a la primera sin que hayan desaparecido las circunstancias que supusieron un riesgo para su salud y/o la de su hijo. Considera que esta regulación es una especie de *señuelo legal* que "produce un trato de desigualdad para la embarazada con riesgo respecto a la duración total de su descanso por maternidad en relación con el que tiene derecho a disfrutar aquella trabajadora embarazada sin riesgo".

⁷⁰ El Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de ley para promover la Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. (Sesión Extraordinaria del Pleno de 28 de abril de 1999), determinó la conveniencia de extender la suspensión por riesgo al período de lactancia, "en consonancia con la finalidad protectora que se persigue, y

bajadora prefiera continuar trabajando a pesar del riesgo que ello supondría para su salud y/o la del feto."⁶⁹

Tampoco podemos olvidar que la ley no prevé la suspensión del contrato para el caso de que la mujer se encuentre en período de lactancia y el ejercicio de su trabajo pueda suponer un peligro para ella o el hijo.⁷⁰

De manera que, bajo la regulación actual, si el médico correspondiente certifica la existencia de un riesgo para la mujer o su hijo durante el período de lactancia, el empresario deberá en primer lugar adaptar las condiciones de trabajo y, si ello no fuera posible o resultase insuficiente, deberá proceder al cambio de función o puesto de trabajo. Si no hubiere puesto compatible con la situación disponible, no cabría la aplicación de la suspensión del contrato y la mujer-madre se verá en la necesidad de recurrir a la lactancia artificial ante el riesgo que puede suponer el hecho de seguir alimentando al hijo de forma natural, o bien a una excedencia por cuidado de hijos, sin derecho a prestación de Seguridad Social.⁷¹

2. Medidas fomentadoras del empleo de las mujeres-madres

Si observamos la evolución del empleo femenino en nuestro país en los últimos años llegamos a la conclusión de que no existe una correlación entre el esfuerzo formativo de las mujeres y su posición en el mundo laboral. Sin duda, esta realidad tiene una relación directa con las penalizaciones que la vida familiar, en especial la maternidad y el cuidado de los hijos, suponen en el desarrollo profesional de las mujeres, en su formación y en las opciones de empleo.

Desde la ley se trata de adoptar medidas para evitar que la maternidad siga constituyendo la causa más importante de discriminación de la mujer en el tra-

bajo. El programa de fomento del empleo para el año 2001 estableció por primera vez incentivos a la contratación indefinida de mujeres desempleadas inscritas durante un período de doce o más meses en la oficina de empleo que eran contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto. Consistían estos incentivos en una bonificación del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes durante los doce meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato. Dudamos, sin embargo, de la efectividad de esta medida. Las posibilidades reales con las que cuenta una mujer, que debe cuidar de sus hijos y de su hogar, de incorporarse al mercado de trabajo si no ha mantenido ya ha un previo contacto con él van disminuyendo en proporción inversa al transcurso del tiempo y, como consecuencia, al aumento de sus responsabilidades familiares, enemigos acérrimos de la promoción profesional de este colectivo.

También, dentro de las medidas fomentadoras del empleo de las madres y cuidadora de hijos, el RD-Ley 11/1998, de 4 de Septiembre reguló lo que se denominó "coste cero" consistente en la exención del pago de las cotizaciones a la SS de las empresas que realizan contratos para la sustitución de trabajadoras/as durante el período de baja por maternidad, adopción y acogimiento. Después la Ley 39/99, introdujo una pequeña modificación al prever, con el fin de evitar las reticencias del empresario a contratar a mujeres en edad de procrear, una bonificación del 100% en las cuotas empresariales de la SS. también para los contratos de interinidad que se celebrasen con personas desempleadas para *sustituir* a trabajadoras que *tenían suspendido su contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo.* Sin embargo, el coste de la maternidad seguía constituyendo una de las causas más importantes de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo, o al menos, así lo planteaban los empleadores. La razón de este sobrecooste radicaba en que el empleador debía seguir pagando la cotización de la propia mu-

jer en situación de suspensión sin que ésta se encuentre prestando servicios.⁷² Se decía que si el objetivo de la medida hubiera sido realmente eliminar el coste de la maternidad eliminando su eliminación como causa de discriminación, la cotización eliminada debería haber sido la que el empleador debe pagar por la persona sustituida. Si se hubiera recogido en estos términos sí habría constituido una medida de igualdad de oportunidades.⁷³

La reforma llevada a cabo por el Gobierno mediante RD-Ley 5/2001, de 2 de Marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, hoy plasmada en la Ley 12/2001, de 9 de Julio, pone fin a estas polémicas al prever en su Disposición Adicional Segunda una bonificación del 100% en las cuotas empresariales de la Seguridad Social para los trabajadores en período de descanso por maternidad, adopción, acogimiento preadoptivo o permanente y riesgo durante el embarazo. Si bien sólo será de aplicación esta bonificación mientras coincidan en el tiempo la suspensión de actividad por dichas causas y el contrato de interinidad del sustituto.

A pesar de que esta reciente modificación debe ser valorada positivamente⁷⁴, consideramos que para lograr el fin último que ella se propone, que no es sino, fomentar la entrada y permanencia de la mujer en el mercado de trabajo, el legislador debería haberse referido al tipo de trabajadores que deben ser contratados interinamente. Obviando la cuestión, sólo dice que debe ser desempleados. Si verdaderamente se hubiera pretendido combatir la discriminación entre hombres y mujeres hubiese bastado con incluir como requisito para recibir la bonificación que el trabajador sustituto fuese, además de desempleado, mujer.

3. Flexibilización de la forma de disfrute del derecho de suspensión del contrato por razón de maternidad

a) Maternidad natural. Nacimiento de hijo.

La regulación actual de esta materia facilita a los hombres el acceso al cuidado del hijo desde el momento de su nacimiento o de su incorporación a la familia al conceder a la mujer la opción de que sea el padre el que disfrute de hasta un máximo de diez semanas de las 16 que corresponden al permiso por maternidad, permitiendo además que lo disfrute simultáneamente con la madre.

Bajo la regulación anterior el padre sólo podía disfrutar de las cuatro últimas semanas del descanso. No se contemplaba, además, que este disfrute pudiese ser simultáneo al de la madre; esto es, la única posibilidad admitida consistía en que la madre disfrutase de su descanso obligatorio (seis semanas postparto) y del descanso voluntario, esto es de diez semanas menos las cuatro últimas que podría cederlas al padre si lo consideraba conveniente.

Ahora cabe la posibilidad de que el disfrute del padre pueda ser, o bien, sucesivo al de la madre, pudiendo disfrutar de hasta diez semanas (o sea, de todo el período, menos de las seis semanas de descanso obligatorio para la madre), o bien simultáneo⁷⁵ al de ésta, aunque en este caso la suma de los descansos de ambos no podrá exceder de las 16 semanas o de las que correspondan en caso de parto múltiple (dos semanas más por cada hijo, a partir del segundo).

El legislador, además, ha tenido en cuenta el problema con el que se encuentran las madres de hijos que nacen prematuramente. Los datos estadísticos nos revelan que en España nacen cada año 30.000 niños prematuros con menos de 37 semanas de gestación, el 8% del total, aproximadamente. ¿Qué hacen esos padres en estos casos? ¿Cómo podrán

para una mejor adaptación de la normativa comunitaria.⁷⁶

⁷¹ Para PANIZO ROBLES, *op. cit.*, pág. 90 y MORENO GENÉ Y ROMERO BURILLO, *op. cit.*, pág. 63, otra opción de la trabajadora sería la de abandono del puesto de trabajo que comporta un riesgo para su salud o para la del hijo lactante, sin que esto conllevase la imposición de sanción alguna; y ello de acuerdo con la posibilidad establecida en el artículo 19 ET y 21 de la LPRL.

⁷² Para SÁNCHEZ TRIGUEROS, "Coste Cero y Coste Promocionado en sustituciones por maternidad y otras circunstancias (La disposición adicional segunda de la Ley 5/2001)" en La reforma laboral de 2001. Análisis del Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de Marzo. Aranzadi. Pamplona, 2001, pág. 154, uno de los motivos que podían frenar la contratación de las mujeres viene dado por el coste adicional soportado por la empresa que haya contratado a una trabajadora que esté encinta o quede embarazada.

⁷³ Vid., en este sentido, los comentarios de PÉREZ del RÍO, "La Ley 39/99 de Conciliación de responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras. Temas de debate. TL 52/1999, pág. 67. Afirmaba la autora que si 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 sustituida. Según la autora, si se hubiese recogido en estos términos, sí habría constituido una medida de igualdad de oportunidades. También la ley podría haber incluido como requisito para percibir la bonificación que el trabajador sustituto fuese, además de desempleado, mujer.

⁷⁴ Vid., LOUSADA AROCHENA, *cit.*, pág. 597, que afirma que la política del coste cero de la maternidad se inscribe claramente en la estrategia de socialización de las cargas maternas, a pesar de que criticaba la falta de contemplación de la situación de riesgo durante el embarazo, cuestión que ya fue solventada por la Ley 12/2001, como ya apuntamos.

⁷⁵ Esta posibilidad de disfrute simultáneo incluso permitiría que el padre, si así lo decidiese la madre, pudiese hacer uso de las seis semanas posteriores al parto. Así, al mismo tiempo, uno (la madre) estará disfrutando de un descanso obligatorio y el otro de un descanso voluntario. Vid., RIVAS VALLEJO, La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento adopción de hijos⁷ Aranzadi. Navarra, 1999, pág. 145.

⁷⁶ Vid., los comentarios que al respecto hicieron VICENTE PACHÉS e IBÁÑEZ GOZALBO, "El permiso por maternidad en caso de nacimiento de un hijo prematuro. Un supuesto lamentablemente olvidado. Tribuna Social, 123/2001 y MERCADER UGUINA, "Prestaciones económicas por maternidad y riesgos durante el embarazo", Relaciones Laborales 5/2002, pág. 84.

⁷⁷ Recordemos que el artículo 37.4 bis extiende este derecho a dos supuestos concretos: 1) derecho a ausentarse del trabajo, tanto del padre como de la madre, durante una hora mientras el neonato permanezca ingresado y 2) derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un mínimo de dos horas con disminución proporcional del salario.

⁷⁸ El legislador es claro al establecer que, en modo alguno, el referido acuerdo supone una novación contractual que modifique la naturaleza del contrato en uno a tiempo

compatibilizar los padres de un hijo prematuro la atención a su hijo con su trabajo si en los primeros años de vida del niño están de forma continua acudiendo al hospital? En la gran mayoría de los casos es la madre la que se ve abocada a abandonar su puesto de trabajo si quiere atender adecuadamente la evolución de su hijo prematuro.⁷⁶ Puede que a partir de la entrada en vigor de la Ley 12/2001, de 9 de Julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, esta realidad varíe. Al menos, pensamos, esa ha sido la intención del legislador al contemplar la posibilidad de que, en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el período de suspensión, pueda computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria.⁷⁷

Otra novedad es la posibilidad de que el disfrute de la suspensión del contrato por razón de la maternidad o de la paternidad no sea a tiempo completo, sino que se disfrute a tiempo parcial⁷⁸, siempre que exista un previo acuerdo entre empresario y el trabajador/a afectado/a, lo que sin duda tiene un carácter positivo tanto desde la óptica de la profesionalidad de la madre como del reparto de responsabilidades familiares. (Aunque es llamativo que este derecho no se amplíe a los funcionarios). No se aplica esta nueva posibilidad de disfrute del permiso al período de seis semanas de descanso obligatorio posteriores al parto de la madre.

¿Cuáles son los problemas que puede plantear o las críticas que podemos hacer a esta nueva regulación?

Tal y como ocurría en la regulación anterior, el permiso por paternidad no se configura como un derecho individual y autónomo del padre, sino derivado y accesorio del de la madre, que continúa siendo la única y exclusiva titular del derecho. De esta forma, para que el padre pueda disfrutar de la suspensión

de su contrato por esta causa, la madre lo debe decidir al inicio del período de descanso.⁷⁹

Por otra parte, el padre sólo pueda disfrutar si la reincorporación de la madre al trabajo no supone un riesgo para su salud. Previsión ésta que siempre ha sido duramente criticada por la doctrina⁸⁰, pues parece más razonable que si la madre está enferma y, por tanto, no puede dedicarse al cuidado del hijo, sea el padre el que pasara a situación de suspensión por paternidad y la madre a la de IT por enfermedad.⁸¹

Desde los sindicatos, se solicita un cambio de denominación del derecho que debería ser "permiso de maternidad y paternidad". Así mismo se aboga por el reconocimiento de un derecho individual al padre, no transferible, salvo en caso de fallecimiento y no condicionada por el trabajo extradoméstico de la madre. El efecto boomerang de las normas protectoras de la maternidad desaparecería si el permiso de paternidad fuese un derecho de titularidad compartida de obligatorio disfrute tanto para el padre como para la madre⁸²; hombres y mujeres pasarían a ser destinatarios de éstas en plano de igualdad.⁸³

No debemos olvidar que la doctrina pone de manifiesto algunos de los inconvenientes que presenta el tipo de disfrute simultáneo y que se concretan en la reducción que supone la duración total en el tiempo del permiso parental, pues la suma de ambos permisos no puede superar el máximo establecido por la ley, con perjuicio indudable para el recién nacido.⁸⁴ En lo que al disfrute del período a tiempo parcial se refiere, si bien desde el punto de vista de la promoción profesional de los progenitores supone una indudable ventaja, no debemos pasar por alto que la vuelta al trabajo implica menos tiempo para dedicar al hijo que, en esa primera etapa de su vida, necesita de muchos cuidados. Es por ello que consideramos imprescindible la adopción de medidas dirigidas a paliar esa ausencia parcial de los progenitores que trabajan fuera de

casa. La creación estatal de guarderías y/o de otros servicios de atención al bebé, atendidos por personal especializado que puedan desplazarse al domicilio de estas familias durante los primeros meses de vida del recién nacido para cuidarle mientras que los padres están trabajando, ayudaría, sin duda, a conciliar mejor la vida familiar y laboral, máxime, en estos casos en los que los progenitores optan, desde un primer momento, por la combinación del trabajo doméstico y "extradoméstico".

Con respecto a la nueva posibilidad contemplada de disfrute interrumpido del permiso de maternidad/paternidad para los casos de parto prematuro, o en aquellos en los que el recién nacido deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, pongamos en evidencia el grave fallo del legislador al no contemplar esta posibilidad, también para los casos de hospitalización del bebé a lo largo de toda la duración del permiso.

Para finalizar este análisis crítico de la nueva regulación, centrémonos en el **derecho del padre a disfrutar el total de semanas restantes de la suspensión en caso de fallecimiento de la madre.**⁸⁵ Es esto prueba de que es intención del legislador acercar al padre al cuidado del hijo y se pretende, por tanto que éste asuma sus responsabilidades familiares.

Sin embargo, la regulación es incompleta ya que se echa en falta el tratamiento de situaciones más frecuentes en la actualidad que el fallecimiento de la madre⁸⁶, como es el fallecimiento del hijo en el parto o inmediatamente después⁸⁷ – 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– y de otras situaciones tales como abortos u otras complicaciones durante el embarazo o el puerperio, que quedan implícitamente remitidas al régimen general de protección y, en concreto, abiertas al régimen

parcial durante ese período. Recordemos, además, que el disfrute del permiso a tiempo parcial será incompatible con el disfrute simultáneo por el mismo trabajador de los permisos de lactancia, reducción de jornada por guarda legal y excedencia por cuidado de familiares.

⁷⁹ Con la regulación anterior al RD-Ley 1251/2001, de 16 de Noviembre, nos preguntábamos qué ocurriría si en un momento posterior, y en base a las circunstancias que ella considerase adecuadas, cambiase de opinión, ¿podría volver atrás en su decisión?, ¿habría alguna forma de impedir que el padre disfrutase de la parte de este derecho al descanso que le fue cedido? El texto normativo es claro al respecto al determinar que la opción ejercitada por la madre podrá ser revocada si sobrevinieren hechos que hagan inviable la aplicación de la misma, tales como ausencia, enfermedad o accidente del padre, abandono de familia, separación u otras causas análogas.

⁸⁰ Vid., como ejemplo, PÉREZ DEL RÍO, "La Ley 39/99...", *cit.*, pág. 56. Considera la autora que "si el objetivo de las últimas diez semanas del período de suspensión es proveer el cuidado del hijo, y ese objetivo no puede cumplirlo una madre enferma, parecería más razonable que... en caso de enfermedad de la madre, el padre pasara a situación de suspensión por paternidad y la madre al de incapacidad temporal por enfermedad".

⁸¹ Creemos que la razón de ser de estas previsiones radica, en última instancia, en intereses de tipo económico. Vid., en este mismo sentido, ESCUDERO, "La Ley 3/89. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros". La Ley, 1989, (Tomo I), pág. 1156, para el que son, entre otras, razones económicas las esgrimidas para defender esta exclusión de situaciones, pues se pretende evitar una duplicidad de prestaciones dispensadas por el Sistema de Seguridad

Social. También, GORELLI, La protección por maternidad. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 143 y ALBIOL MONTESINOS, La modificación..., *cit.*, pág. 81 y 82.

⁸² Sin obviar todos estas deficiencias sí debemos apuntar que, a pesar de que en un principio se consideró que la flexibilización no iba a suponer un incremento de los supuestos en que el padre solicitase total o parcialmente el disfrute del permiso, en los nueve primeros meses del año 2001, el número de permisos disfrutados por el padre se eleva a 2027, un 46,36% más con respecto al mismo período del 2000. Fuente: <http://www.mtas/periodico/seguridadsocial/2011/ss20011116.htm>.

⁸³ En estos términos se pronuncia LÓPEZ ANIORTE, "Análisis crítico del régimen jurídico de la suspensión contractual por nacimiento de hijo", Revista de Derecho Social, 13/2001, pág. 120.

⁸⁴ Así se manifiesta MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, "El permiso parental y por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999, AS 20/2000, pág. 83, que afirma como esta reducción del tiempo que supone el disfrute simultáneo perjudica al recién nacido. Para la autora, la reducción temporal dificulta no sólo sus cuidados físicos, sino el establecimiento de vínculos de convivencia con sus padres. Considera que se podría haber ampliado la duración total del permiso.

⁸⁵ A pesar de la parquedad que presentaba la antigua redacción del texto estatutario, recordemos que la doctrina consideraba que si el fallecimiento tenía lugar después del parto, el padre podría disfrutar del tiempo que restase para completar el tramo de las seis semanas post-

descanso así lo sea, y ello debido al amplio margen de arbitrariedad que el disfrute discontinuo introduciría en el ejercicio del derecho por parte de sus titulares y de la inseguridad jurídica que esto crearía, en perjuicio de la organización productiva.

⁹⁶ Desde nuestro punto de vista, el silencio del legislador sólo puede interpretarse de una manera y es permitiendo el disfrute discontinuo del derecho si este es el deseo del titular del mismo. Esta concepción flexible del disfrute se convierte en la forma más idónea para la consecución del objetivo que pretende la nueva regulación de esta materia, inspirada en el principio de reparto de las cargas familiares entre los dos progenitores. La STSJ de Baleares de 29 de noviembre de 1999 (Ar. 4654) considera procedente el disfrute del derecho a la excedencia en períodos fraccionados argumentando que "con este modo flexible de entender la regulación de esta figura de excedencia se contribuye mejor al logro de los propósitos de facilitar la paternidad y maternidad de los trabajadores de compaginar actividad laboral por cuenta ajena y vida familiar que pretende la norma". En el mismo sentido, STSJ de Murcia de 12 de Marzo de 2001 (Ar. 493).

⁹⁷ Vid., ESCUDERO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 279.

⁹⁸ El hecho tenía especial trascendencia antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 4/95, pues el legislador reservaba el puesto de trabajo sólo durante el primer año. Durante los dos siguientes sólo se le reconocía un derecho preferente de reingreso. De manera que si cuando estaba disfrutando esta segunda fase accedía de nuevo a otra excedencia por cuidado de hijos, el nuevo cómputo podía suponer que el empresario tuviese que volver a reservar la plaza ocupada por el excedente,

bien desde el nacimiento del hijo, o bien desde la resolución judicial o administrativa de adopción o acogimiento) interrumpir su descanso, iniciar el padre el suyo por el plazo que considere conveniente, interrumpirlo y así sucesivamente, siempre que este disfrute interrumpido no se haga de forma abusiva (por ejemplo, que se pretenda realizar solicitudes de semana en semana). ¿Qué ventajas tiene este disfrute sucesivo? Del período de tres años de disfrute de la excedencia para el cuidado del hijo el primer año se considera como cotizado, no los dos restantes. A través del disfrute sucesivo, se permite aplicar el tratamiento privilegiado del primer año, primero a uno de los padres y luego al otro. Previsiblemente esta posibilidad facilite la asunción de responsabilidades familiares por parte de algunos hombres.

Después de la reforma de la Ley 39/99 tampoco ha quedado resuelta una cuestión relacionada con la duración de la excedencia, que fue objeto de polémica⁹⁷. Se trata del hecho de que el *dies a quo* para computar el período de excedencia sea el día del nacimiento del hijo y no el de terminación del período de suspensión, con la consiguiente reducción en 16 semanas, o en las que correspondan, en caso de parto múltiple, del período de tres años que se establece en la ley.

Otra deficiencia de la que sigue adoleciendo la actual regulación es la parquedad que ofrece acerca del disfrute sucesivo por el mismo titular de varias excedencias por cuidado de hijos. El artículo 46.3 del ET se limita a decir que cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando. De manera que la adopción o el nacimiento de un nuevo hijo supondrá la finalización de esa excedencia y el inicio de otra nueva.⁹⁸

Tampoco se ha previsto desde la ley la posible compatibilidad o incompatibilidad de los períodos de descanso por

maternidad y la excedencia por cuidado de hijos que se estaba disfrutando en ese momento.⁹⁹ A pesar de los inconvenientes que esto pueda suponer para los directamente afectados, no debemos sino afirmar que, bajo la regulación vigente, la situación de excedencia no constituye situación asimilada al alta a estos efectos y, como consecuencia, el que se encuentre en tal situación en el momento del nacimiento o de la adopción o acogimiento del hijo no tendrá derecho a percibir prestación económica alguna.¹⁰⁰ Creemos que el legislador debería haber previsto expresamente estos casos, resolviendo para que aquél que esté disfrutando de una excedencia no tenga que instar el reingreso antes del parto o de la adopción del nuevo hijo para tener derecho a la prestación por maternidad/paternidad, única posibilidad que ofrece la regulación vigente.

Junto a la excedencia por cuidado de hijos, la Ley 39/99 contempla la **excedencia por cuidado de familiares**. Su régimen jurídico es idéntico al de la excedencia por cuidado de hijos, con la diferencia de su duración, que queda limitada a un año, salvo posibles ampliaciones a través de convenio colectivo.

Bajo esta nueva previsión, tanto el trabajador como la trabajadora podrá colocarse en la situación de excedencia durante un tiempo máximo de un año, si quieren atender al cuidado de un familiar¹⁰¹, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad¹⁰², accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

Esta posibilidad ya se había contemplado por algunos convenios. Sin duda, la previsión legal demuestra la preocupación del legislador por una población cada vez más envejecida que requiere cuidados¹⁰³.

Como cuestiones criticables hay que dejar constancia de la menor duración reconocida a la excedencia por cuidado de familiares con respecto a la excedencia por cuidado de hijos, máxime si te-

nemos en cuenta que las dos tienen una finalidad común, tal cual es la asistencia de personas necesitadas de atención. La única posibilidad de equiparar temporalmente ambas excedencias se encuentra en la negociación colectiva.¹⁰⁴

Las lagunas legales se ponen también en evidencia con cuestiones relacionadas directamente con el disfrute de la excedencia. Así, por ejemplo, en el texto sólo se prevé lo que ocurrirá cuando, estando el trabajador disfrutando de la excedencia, apareciera un nuevo sujeto causante, en cuyo caso, y siempre que ese sea el deseo del trabajador, se iniciará un nuevo período de excedencia que pondrá fin al que se viniera disfrutando; previsión que parece estar prevista más bien para el caso del nacimiento de un nuevo hijo, pero que también es de aplicación en el supuesto de la excedencia por cuidado de familiares. Lo que supondría que el nacimiento o adopción de un hijo y la solicitud de excedencia por ese motivo, pondría fin a la excedencia por cuidado de familiares que se viniera disfrutando. No se dice nada, sin embargo, acerca de otra situación mucho más frecuente como sería el hecho de que el trabajador, una vez transcurrido el período máximo que la ley o el convenio establece para disfrutar de la excedencia, pretendiese disfrutar de otra por el mismo sujeto y por la misma causa.¹⁰⁵

En otro orden de cosas, no sabemos, sin embargo, hasta que punto esta nueva regulación puede facilitar la variación del panorama vigente a favor de la mujer que trabaja fuera del hogar. La situación de discriminación consentida por los usos y costumbres sociales han inducido a la mujer a hacerse la responsable principal del cuidado de la prole y de los familiares ancianos o enfermos, en evidente detrimento de su permanencia y promoción en el mercado laboral. Como dato curioso, baste reseñar que en España la distribución de cuidadores es la siguiente: el 61% son hijas y nuerras (43,5 hijas y 7,5 nuerras) y el 6% son hijos y yernos (5,8 hijos y 0,2 yernos). Los datos hablan por sí solos y pone de

aunque algunos autores dudaban de lo correcto de la interpretación, por las onerosas consecuencias que podía ocasionar al empresario. Hoy día, como más adelante veremos, la reserva durante los dos últimos años, no del mismo puesto de trabajo, pero sí de uno de la misma categoría profesional u otra similar o equivalente, no tendrá consecuencias prácticas notorias a la hora del reingreso a la empresa, ya se produzca la conexión de las excedencias durante el primer año, o en los dos años siguientes, aunque sí, por supuesto, en lo referente al período del cómputo del año de cotización ficticia a la Seguridad Social.

⁹⁹ La cuestión es planteada por RIVAS VALLEJO, La suspensión..., cit., pág. 252

¹⁰⁰ Vid., en este sentido STSJ de Andalucía/Málaga de 4 de junio de 1999 (Ar. 3126). No lo cree así la STSJ de Murcia de 7 de junio de 1999 (Ar. 2072). Para el Tribunal, el precepto que determina el primer año de excedencia por cuidado de hijos como cotizado, considerando al beneficiario en situación de alta, para acceder a las prestaciones del Régimen General "salvo en lo que se refiere a la incapacidad laboral transitoria", lleva a entender que nada impide al excedente por cuidado de hijos tener derecho a las prestaciones por maternidad. Y ello porque a partir de la ley 42/94 las situaciones de IT y maternidad tienen distinto sentido y alcance. Así pues no cabe, sin más trasladar por la simple vinculación histórica de ambas situaciones "maternidad-ILT", la normativa de la antigua ILT a la protección por maternidad.

¹⁰¹ Una interpretación restrictiva del término "familiar" que utiliza la ley podría dar lugar a que ni el cónyuge ni los acogidos de hecho pudiesen ser considerados familiares en el sentido querido por el legislador. Como consecuencia, la enfermedad del cónyuge no sería motivo de acceso a la figura. Del mismo modo, el trabajador no podría beneficiarse

de una excedencia por cuidado de familiares si lo que pretende es atender a un acogido que continúa necesitando cuidados tras quedar agotado el período máximo fijado para la excedencia por cuidado de hijos.

¹⁰² Puesto que sólo se refiere al derecho de acceder a la excedencia cuando el familiar *por razones de edad* no pueda valerse por sí mismo, nos preguntamos dónde estará el límite cuando tenga una corta edad. ¿Hasta cuándo consideraremos que la persona, a pesar de su corta edad ya tiene autonomía y puede valerse por sí sin necesidad de otra persona? Nos encontramos ante una laguna legal que puede tener importantes problemas prácticos. ¿Podría un empresario denegar el acceso de un trabajador a esta excedencia cuando pretende cuidar a un familiar de corta edad alegando que a "esa edad" puede valerse por sí mismo? Tal y como ha hecho para otros supuestos, (por ejemplo, en el caso del derecho a la suspensión del contrato por razón de adopción o acogimiento) el legislador debería haber establecido un límite temporal.

¹⁰³ No obstante, a través del precepto es posible el cuidado de un menor que sin embargo ya ha sobrepasado la edad para ser sujeto causante de una excedencia por cuidado de hijos. Además podrán acceder al derecho no sólo los que tengan la patria potestad o tutela del menor sino cualquier familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, como por ejemplo pueden ser los abuelos, que bajo la regulación anterior no tenían oportunidad de cuidar a su nieto a través de la figura de la excedencia por cuidado de hijos.

¹⁰⁴ Recordemos que el Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de Ley 39/99 (Dictamen 4/99), abogó, con el fin de evitar interpretaciones res-

trictivas que equiparasen la situación a la gran invalidez configurada en la legislación de Seguridad Social, porque la expresión: "no pueda valerse por sí mismo" fuese sustituida por "que tenga dificultad para valerse por sí mismo".

Vid., al respecto, los comentarios que hace ALARCÓN CASTELLANOS, "Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/99". AS 20/00, pág. 71 y 72.

¹⁰⁵ Creemos que, puesto que el legislador ha dispuesto un tiempo máximo de duración, no podría admitirse el caso de dos excedencias que se suceden en el tiempo sin solución de continuidad. (GORELLI HERNÁNDEZ, "La reciente Ley 39/99, para promover la Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras" RL. 24/1999, pág. 41, contempla la posibilidad de que se diese la excedencia sucesiva sin solución de continuidad por un mismo sujeto causante en el supuesto de que verdaderamente existan causas diferentes para cada una de las excedencias. Pensemos, por ejemplo, en el caso de que la excedencia se solicitó para cuidar a un familiar enfermo, que después sufre un accidente.) Se podría, no obstante, plantear la posibilidad de acceder a una misma excedencia por un mismo sujeto y causa, siempre que estuviesen separadas en el tiempo, si bien el problema ahora se centra en determinar si, al igual que ocurre con la excedencia voluntaria, la solicitud de la nueva excedencia debería estar sometida a un período de espera. (RIVAS VALLEJO, "La relación entre trabajo y familia. La Ley 39/99, una reforma técnica", TS. 108/1999, pág. 28 se pregunta acerca de si un mismo sujeto causante puede dar lugar a diferentes derechos en períodos temporales distintos. GORELLI, "La reciente Ley..." cit., pág. 41, duda acerca de aplicar

manifiesto que la mujer es la verdadera protagonista de la asistencia informal. Sin embargo hay pruebas de que este modelo tiende a romperse. Cada vez más aparecen "cuidadores ajenos a la familia", lo que evidencia que la mujer no está dispuesta a abandonar el mercado de trabajo, aunque buena parte de la retribución sea destinada al pago del cuidador ajeno.

Como observaciones y propuestas a esta realidad normativa vigente queremos señalar que para intentar hacer más efectivo el uso masculino de la **excedencia por cuidado de familiares** debería haberse dispuesto que el disfrute obligatorio o, al menos preferente de la excedencia por el trabajador-varón cuando entre éste y el familiar necesitado de cuidados exista relación de consanguinidad. No se daría, por tanto, opción a la mujer trabajadora de solicitar la excedencia por cuidado de familiares, *obligando* a que sólo el hombre pueda hacer uso de ella.

En la **excedencia por cuidado de hijos**, y con el fin de conseguir una mejor conciliación entre la vida laboral y familiar del hombre y de la mujer, se debería establecer un turno obligatorio entre los progenitores para la atención al menor, evitándose así que la responsabilidad sea asumida en exclusiva por uno de ellos.

c) Ausencia al trabajo por lactancia

La Ley 39/99 reconoce en los mismos términos que la legislación anterior el permiso por lactancia. De manera que, en principio se reconoce a la trabajadora y sólo si ambos trabajan, tanto uno como otro tendrá derecho a una hora de ausencia al trabajo o a una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad.

Adolece, sin duda esta regulación de carencias importantes, sobre todo en cuestiones tales como la titularidad y

acceso al derecho. Existe una evidente preferencia del legislador en el disfrute del permiso por la mujer, ya que el padre sólo podrá disfrutar de este permiso "en caso de que ambos trabajen", planteándose con ello más que una discriminación contra el trabajador varón, una discriminación de la propia mujer. Y ello porque la no consagración del principio de igualdad en el disfrute del permiso de trabajo, se erige en un factor de alejamiento de la mujer del mercado de trabajo, sin que contribuya a su emancipación de las tareas domésticas.

Creemos que si el objetivo pretendido por la norma es el cuidado y alimentación del menor y no la lactancia en sí, ese cuidado y alimentación puede, también, llevarse a cabo de manera artificial y, por tanto, sin necesidad de que sea la mujer la "beneficiada" por la reducción de la jornada laboral. A parte de ello, los vacíos de regulación para ciertos supuestos no merecen dudar. ¿Qué ocurre en caso de fallecimiento de la madre, o cuándo sólo el hombre trabaja fuera del hogar, o en los supuestos de separación o divorcio cuya sentencia otorgue la custodia del menor al padre y no a la madre? Además, si los dos trabajan y, por tanto, sin titulares del derecho, ¿qué sucede si ambos reclaman el derecho? ¿quién decide el disfrute?, ¿cómo se enteran los empresarios de la opción? ¿Cabría el disfrute combinado?, es decir, ¿podría parte del derecho ser disfrutado por la madre y parte por el padre?, ¿sería factible el cambio de beneficiario en la reducción del tiempo de trabajo?¹⁰⁶ Por nuestra parte, existe el convencimiento de que el supuesto disfrute indistinto del permiso resulta en la práctica artificial, pues, en verdad, ¿quién solicita el acceso a estos derechos, los trabajadores o las trabajadoras?

Otro problema puesto de manifiesto por la doctrina científica, derivado de la parquedad legal y que la Ley de Conciliación no ha resuelto es la contemplación del derecho para los padres adoptivos con respecto a sus hijos adoptados menores de nueve meses. Antes

de la Ley 39/99 la doctrina en este punto se encontraba dividida y mientras algunos opinaban que sería adecuado el reconocimiento del derecho en los casos de adopción¹⁰⁷, otros manifestaban que, aunque tal posición parecía razonable, el "legislador tuvo en sus manos la contemplación de la referida hipótesis y no acabó por asumirla".¹⁰⁸

No creemos, sin embargo, que la falta de una mención específica por parte del legislador a los adoptados sea motivo para considerarlos excluidos como sujetos causantes del derecho de lactancia, máxime si consideramos que bajo la regulación vigente la maternidad natural y adoptiva se encuentran totalmente equiparadas. Algún autor¹⁰⁹ incluso va más allá y, dando por supuesto que son sujetos beneficiarios tanto los padres biológicos como los adoptivos, considera que, incluso los convivientes de hecho, no progenitores deberían disfrutar del permiso aludido.

También la cuestión de los partos múltiples ha sido silenciada por la norma. Desde una postura congruente con la intención o el espíritu que ha venido promoviendo la evolución normativa de esta materia, y siguiendo la opinión de parte de la doctrina¹¹⁰, abogamos por la práctica de la concesión de un permiso de lactancia por cada hijo nacido en un mismo parto.

El legislador ha desaprovechado también la oportunidad de realizar algunas mejoras en el contenido de la ley, tanto formales o técnicas como de contenido. Así, por ejemplo, debería haber sustituido el término *lactancia* por el de *mantención o cuidado de hijos* menores de nueve meses; del mismo modo ésta hubiera sido una buena oportunidad para mejorar el tiempo dedicado a la lactancia, a todas luces insuficiente para el cumplimiento del fin para el que se propuso.

A pesar de estas deficiencias, la regulación vigente de la pausa por lactancia aporta aspectos positivos. No podemos olvidar que a partir de la Ley de

Conciliación la reducción por lactancia se hace sobre la jornada del beneficiario del derecho, no sobre la jornada normal en la empresa¹¹¹ que puede no ser coincidente. De esta forma, podrán acceder al derecho los trabajadores a tiempo parcial, así como aquellos que ya tenían su jornada reducida por guarda legal.¹¹²

Otro aspecto positivo, digno de mención, es el hecho de que será el trabajador el que determine el horario de ausencia por razón de lactancia así como el período durante el que va a hacer uso del derecho. Huelga decir que el trabajador tendrá como límite temporal el plazo de nueve meses desde el nacimiento del hijo, y el respeto al principio de buena fe, procurando hacer uso de su derecho cuando no ocasione grandes trastornos a la organización de la empresa¹¹³.

C. REFLEXIÓN FINAL

Estas son las novedades más importantes que se han llevado a cabo en materia de maternidad y cuidado de hijos o familiares y que han sido destinadas por igual, salva las diferencias que la condición de mujer-madre exige, a la mujer y al hombre; y ello con el principal objetivo de acabar con el tradicional rol que se le ha asignado a la mujer, que era la que debería dedicarse al cuidado de la familia y de las responsabilidades domésticas.

Son éstas, previsiones que tratan de colocar a la mujer en igual condición social que el hombre para poder de este modo tener las mismas oportunidades que éste a la hora de acceder y permanecer en el mercado de trabajo.

El legislador ha establecido el marco normativo para la conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores con más o menos acierto, pero falta el presupuesto esencial para que dicha conciliación se pueda materializar; que los trabajadores hombres y mujeres asu-

por analogía el plazo de 4 años de espera de la excedencia voluntaria).

¹⁰⁶ A favor de esta medida, GORELLI, La protección... *cit.*, pág. 347 y LOUSADA AROCHENA, "El permiso de lactancia". La Ley, 1996 (Tomo II), pág. 23.

¹⁰⁷ Vid., ESCUDERO, *op. cit.*, pág. 1153; DILLA CATALA, "El derecho a la licencia retribuida por lactancia". AL. 1989, 1, pág. 213; ALONSO LIGERO, Lactancia y guarda legal" en la obra de AA.VV. Comentarios a las leyes laborales. El ET. Tomo VII. Edersa, Madrid, 1982, pág. 365 y GORELLI, *op. cit.*, pág. 342 que considera adecuado extender el reconocimiento incluso al acogimiento de hecho.

¹⁰⁸ Vid., SEMPERE NAVARRO, La Ley 3/89... *cit.*, pág. 94, refiriéndose a la reforma que llevó a cabo la Ley 3/89.

¹⁰⁹ Vid., ALARCÓN CASTELLANOS, "Permisos, reducción de jornada y excedencia por razones familiares, tras la Ley 39/99". AS., 20/2000, pág. 59, que considera que después de la reforma resulta más incomprensible la limitación del derecho al permiso por lactancia a los casos de filiación de un menor de nueve meses.

¹¹⁰ Vid., de nuevo LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ, "Las recientes reformas de la legislación sobre la mujer en el trabajo y sobre la protección por desempleo". Revista de Treball, 10/1989, *cit.*, pág. 34, DILLA CATALA, *op. cit.*, pág. 213 y SEMPERE NAVARRO, *op. cit.*, pág. 95.

¹¹¹ STSJ del País Vasco de 24 de Abril de 2001, en Comentario Jurisprudencial de MARÍN CORRERA, "Trabajo a tiempo parcial y pausa por lactancia", AL 35/01.

¹¹² Recordemos que las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid de 20 de julio de 1998 (Ar. 2891), de Galicia de 27 de noviembre del mismo año (Ar. 4159), no admitían la compatibilidad argumentado que ambas reducciones tenían la misma razón de ser.

¹¹³ ALBIOL MONTESINOS, La modificación, *cit.*, pág. 26, considera que el legislador ha querido posibilitar el cambio de la opción inicialmente elegida si las propias circunstancias de desarrollo del menor así lo exigieran. Así mismo, el autor, *op. cit.*, pág. 28 a 30 critica la introducción por la Ley 39/99 de una modalidad procesal para resolver las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute de los permisos por lactancia, alegando que la intervención del empresario en cuestiones relacionadas con el permiso por lactancia no tiene cabida desde el contenido de la normativa comunitaria que se traspone al derecho español, y significa, además, un giro radical y anómalo respecto a una doctrina judicial ya consolidada.

man por igual sus responsabilidades dentro del seno familiar. En tanto que la mujer continúe llevando las riendas de la vida doméstica y familiar, las disposiciones normativas como las que hemos estamos comentando sólo conseguirán que la mujer tenga menos dificultades en conciliar sus responsabilidades domésticas y familiares con las profesionales.

Sólo habrá una plena conciliación de la vida laboral y familiar cuando las responsabilidades se compartan de una forma equilibrada por el hombre y la mujer. La propia ley ordena al Gobierno el impulso de **campañas de sensibilización para que los hombres asuman una parte igual de responsa-**

bilidades familiares. La asunción de estas responsabilidades es una cuestión de educación y es por aquí por dónde tendrá que comenzar el Gobierno su ardua labor.

Además y para finalizar hay que poner en evidencia que la ley no dedica ningún esfuerzo a **mejorar la red de servicios sociales de atención a las personas.** España, en comparación con otros países de la Unión Europea es un país infradotado en este sentido. Debería la ley haber previsto la creación de Servicios Sociales de atención a las personas, guarderías, centros para mayores, asistencia a ancianos o enfermos, servicios a domicilio, transportes gratuitos, etc.