

La Conciliación Laboral, personal y familiar en el Derecho internacional y comparado. Especial referencia al caso español

Reconciliation of work, private and family life in international and comparative law. Special focus on Spanish law

Irene Merino Calle

Doctoranda de la Universidad de Valladolid, España

Enero, 2016

RESUMO: Este estudio tiene la finalidad de profundizar en el concepto de conciliación de la vida familiar, personal y laboral, y comprender la normativa que alberga las medidas conciliatorias en el régimen jurídico tanto internacional como en el seno de la Unión Europea. Igualmente este artículo trata de mostrar a grandes rasgos la temática a modo comparativo de la situación de la conciliación en diversos países de la Unión. Para ello, y reparando que la distribución ecuánime de las tareas en el cuidado de los niños y personas mayores dependientes se encuentra íntimamente vinculado al principio de igualdad de trato y oportunidades en el acceso y permanencia en el empleo, es totalmente necesario referirnos y analizar el régimen jurídico en materia de igualdad entre hombres y mujeres. Como cierre del artículo se presentan una serie de deducciones y propuestas, obtenidas una vez efectuado el examen de la materia.

PALAVRAS-CHAVE: Conciliación; Derecho comunitario; Derecho Español; Maternidad; Paternidad; permisos parentales; Jurisprudencia

ABSTRACT: This study focus on analyzing what the reconciliation of family, personal and professional life is; to know deeply the legal regime of reconciliation actions not only of the International Law but also of the European Union law. It is necessary to show a general comparison of the conciliation rules among different European countries. Also, considering the equal rights and duties involved in caring for children and dependents are too much closely linked to the principle of equal treatment and opportunities in labor market between men and women, it is needed to study and to evaluate the normative and instruments found in Gender equality.

In the end, there are several conclusions which come from the analysis made previously.

KEY WORDS: Reconciliation; European law; Spanish law; Maternity leave; Paternity leave; Parental leave; Jurisprudence

SUMÁRIO:

1. Introducción
 - 1.1. Fundamentación de la conciliación laboral, personal y familiar
 - 1.2. Delimitación del espacio de la conciliación
2. Estudio de la normativa internacional y europea acerca de la conciliación laboral, familiar y personal
 - 2.1. Introducción
 - 2.2. Legislación Internacional y conciliación
 - 2.3. Carta Social Europea
 - 2.4. Derecho de la UE y Conciliación
 - 2.4.1. La conciliación, el empleo e “Igualdad de oportunidades”
 - 2.4.2. Disposiciones encaminadas a la protección de la conciliación
 - a) Punto de partida
 - b) Análisis de las diferentes medidas que favorecen la conciliación
 - i) Protección de la maternidad
 - ii) Permisos parentales y conciliación
 - iii) Los derechos de paternidad
 3. La conciliación laboral, familiar y personal en España
 - 3.1. Introducción
 - 3.2. Acciones de carácter legal tomadas por el legislador español a favor de la conciliación
 - a) Adecuación tanto del tiempo como de la distribución de la jornada laboral
 - b) Maternidad
 - c) Paternidad
 - d) Lactancia
 4. Comparativa de la conciliación de la vida laboral y familiar entre estados miembro
 - 4.1. Introducción
 - 4.2 Clasificación seguida en Europa según el tipo de permiso
 - 4.3. Intrasferibilidad
 - 4.4. Duración

- 4.5. Remuneración
- 4.6. La llamada "norma social" en el momento de usar los permisos
- 4.7. Indicador de la desigualdad de los sistemas de permisos
- 5. Conclusiones
- Bibliografía
- Recursos online consultados
- Jurisprudencia citada
- Legislación

1. Introducción

Este primer capítulo introductorio no puede comenzarse sino con una noción próxima al término de conciliación: la manera de hacer compatibles diferentes aspectos, facetas o partes de un proyecto de vida, o dicho con otras palabras, articular de forma adecuada el desempeño laboral, la vida familiar y otro conjunto de dimensiones o actividades que podemos llamar personales¹.

Con cierta frecuencia, encontramos que la discusión surgida en relación a esta materia se confronta desde una doble vertiente: *familiar*— destinada a los vínculos afectivos, educación y cuidados ya sea de los niños y niñas a cargo de los padres como de los mayores dependientes-; y *laboral*— englobando la disposición de recursos y desarrollo profesional-.

Así y todo, es ineludible que la vida de todas las personas se compone de al menos otra dimensión como es la *personal*, la esfera privada; deducida ésta como un compendio de diversos matices— descanso, ocio, formación...etc-, que se desarrolla de forma simultánea a las otras dos facetas de la persona y que es imprescindible para el crecimiento, consonancia, estabilidad de la persona.

Por todo ello, es muy significativo que los tres aspectos antes referidos se integren conjuntamente con el objetivo de que se extiendan e incrementen las medidas de conciliación a poner en funcionamiento; pues, la negación de la dimensión personal supone un retroceso en la conquista de la igualdad entre hombres y mujeres, abandona en manos de las mujeres el compromiso por la lucha de medidas eficaces—y su aplicación- de conciliación.

En síntesis no existe género de duda de que la conciliación persigue un necesario equilibrio entre las tres facetas expuestas².

1.1. Fundamentación de la conciliación laboral, personal y familiar

El terreno de la conciliación familiar, laboral y personal ha ido cobrando importancia paulatinamente al tiempo que ha obtenido el correspondiente interés y cuidado por parte de las Administraciones Públicas; todo ello marcado por el ritmo evolutivo de la inscripción de la mujer al mercado laboral³.

Sin embargo, el ingreso por parte de la mujer al mundo laboral y su logro de desempeñar un papel en el espacio público, se realiza sin que en la sociedad exista un cambio real, visible,

¹ Véase IRENE MERINO CALLE, "La conciliación laboral, personal y familiar; análisis desde una doble vertiente: Comunitaria y Nacional", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm.36, Valladolid, 2015, pp.5.

² Véase *Ibidem*.

³ Esta integración, viene a romper con el sistema preexistente cimentado en la pervivencia de una sociedad patriarcal cuyos valores establecían la diferencia de roles en función del sexo, otorgando al hombre la función productiva y a la mujer la reproductora/cuidadora, por tanto el dilema de la conciliación de la vida familiar y laboral parecía no existir— pues ni siquiera se empleaba este término-.

Véase IRENE MERINO CALLE, "La conciliación laboral, personal y familiar...", Op. Cit., pp. 6.

ni en la reorganización de la esfera pública, ni en las relaciones en la pareja y la inevitable corresponsabilidad de la misma en la educación y cuidado de los niños y niñas y atención a familiares, lo que acarrea—entre otros resultados- el llamado efecto de la doble carga de trabajo por parte de la mujer—ocupación y familia⁴. Esta situación se asocia con un incremento de la esperanza de vida, lo que comporta una llegada más tardía al estado de la vejez y consecuentemente una elevada demanda de cuidados.

La falta de efectividad de normativa, políticas, acciones y medidas encaminadas a favorecer y posibilitar la conciliación familiar, laboral y personal, conlleva destacados efectos y cambios sociales, destinados a ocasionar un retroceso en la consecución del objetivo de la igualdad de género, como por ejemplo, una disminución de la tasa de natalidad, un demora en el proceso de independencia por parte de los jóvenes con respecto al hogar familiar, o una inestabilidad en los regímenes de protección social...etc.

De esta forma, es necesario el amparo, fomento y creación de disposiciones encaminadas a beneficiar la conciliación, pues comporta grandes rendimiento a favor de toda la sociedad.

1.2. Delimitación del espacio de la conciliación

Las disposiciones halladas en relación a la conciliación familiar, laboral y personal se amparan bajo las Políticas de Empleo y Sociales, y solamente algunas de ellas se refieren explícitamente a la exigencia de conciliar estas facetas de la persona— familia, trabajo y área privada, personal-.

Algunos autores⁵, razonan acerca de la improcedencia de analizar esta materia bajo una perspectiva únicamente de género, y defienden que el campo de la conciliación es una disciplina que atañe por igual a todos los miembros de una familia— son derechos de todos y cada uno de los individuos los que se reclama custodiar y proteger -. Ello exigiría considerar y tener en cuenta no exclusivamente los problemas y necesidades de la mujer, sino también los que puedan presentar los hijos— por ejemplo, el derecho a ser cuidados y educados por los progenitores -, y las personas mayores dependientes - por ejemplo, el derecho a ser atendidos -⁶.

Si las disposiciones destinadas a favorecer la conciliación se promocionan desde una vertiente rigurosa de impulsar el empleo femenino, con— por ejemplo- políticas activas de empleo, posiblemente se continuará perpetrando la desigualdad que ya existe y no se logre esa aspirada corresponsabilidad entre mujeres y hombres.

⁴ Todavía hoy, es ella la que soporta en la mayoría de los casos el peso de compaginar sus obligaciones personales, familiares y laborales.

⁵ MARÍA TERESA LÓPEZ, y AURELIA VALIÑO, "Fundamentos y Tipología de las políticas públicas de familia", en *Conciliación familiar y Laboral en la Unión Europea, Valoración de las políticas públicas*, Madrid: Consejo Económico y Social, 2004, pp.12 -13.

⁶ Véase IRENE MERINO CALLE, "La conciliación laboral, personal y familiar...", Op. Cit., pp. 7.

Así y atendiendo a esta vía argumentativa, encontramos el Dictamen del CESE 1711/2007⁷ -, en el cual se manifiesta que la Comisión Europea acostumbra a debatir la conciliación dentro de los capítulos destinados a la política social, empleo e igualdad de oportunidades, y en su lugar, debería habituarse a considerarlo propiamente como políticas familiares.

A pesar de todo y tomando en consideración lo que estamos desarrollando, es evidente que la distribución equitativa de las labores de atención y vigilancia tanto de los niños como personas dependientes se encuentra muy vinculado al principio de igualdad de trato y oportunidades en cuanto al acceso y estabilidad en el empleo entre mujeres y hombres. Es por esto, que la defensa y amparo de este derecho básico, ha sido el motivo principal por el que se ha procurado atención al examen y análisis de la conciliación familiar, laboral y personal.

A modo de resumen, para poder comprender, opinar y sopesar la normativa existente en torno a las medidas conciliatorias de la vida familiar, laboral y personal tanto en el ordenamiento jurídico internacional como comunitario y español, es necesario reparar en el estudio evolutivo y análisis de su normativa, así como en el resto de las herramientas halladas en materia de igualdad entre hombres y mujeres⁸.

2. Estudio de la normativa internacional y europea acerca de la conciliación laboral, personal y familiar

2.1. Introducción

Ya sea desde una vertiente normativa, de carácter jurisprudencial e inclusive desde el punto de vista del *Soft Law*⁹, la materia de la conciliación familiar, laboral y personal no posee una naturaleza estática, invariable.

Desde entrados en el S.XX, se va advirtiendo una alarma en cuanto a los obstáculos — ya sea en relación a la determinación de las condiciones laborales, bien sea de jornadas, turnos, horarios...etc— que las mujeres tienen que afrontar en cuanto a la entrada en un mercado de trabajo productivo “intensamente masculinizado”, como a la estructuración del mismo y sus consecuencias respecto de la vida laboral y familiar¹⁰.

⁷ Véase Dictamen CESE 1711/2007 – SOC/277.

⁸ Ibidem.

⁹ Por *Soft Law* podemos entender en la esfera internacional el conjunto de herramientas que en un primer momento carecen de rango normativo en sentido convencional, no han sido dictadas por Instituciones con categoría legislativa, aunque tienen su importancia jurídica al restringir la soberanía legislativa de los Estados afectados. En la esfera comunitaria el *Soft Law* se refiere a las directrices que deben seguir los Estados, como por ejemplo las Decisiones o Recomendaciones de la Comisión Europea.

¹⁰ Así, esta situación exigió introducir cambios jurídicos como el principio de igualdad formal entre géneros en y ante la Ley y en su aplicación - perspectiva formal igualitarista -, la prohibición de discriminación por razón de sexo, y, posteriormente, medidas más avanzadas de igualación real de las oportunidades a través de técnicas de conciliación, pensadas inicialmente con exclusividad para las mujeres, y después extendidas a los hombres

Se sintetizan a continuación las principales referencias legislativas de carácter internacional que van a ser válidas como marco de referencia a las políticas desarrolladas en el escenario de los países que integran la Unión Europea, con especial referencia a la Carta Social Europea.

2.2. Legislación Internacional y Conciliación

Las primeras referencias internacionales a la mujer en el trabajo se relacionan con la protección de su maternidad. En 1919, el Convenio número 3 de la Organización Internacional del Trabajo¹¹,— en lo sucesivo OIT— revisado tempranamente en 1952¹², y siendo la última revisión en el año 2000¹³, aludía a la defensa de la mujer trabajadora, e incluía aspectos relativos al empleo de las mujeres antes y después del parto.

En 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Artículo 25.2 contemplaba para la maternidad e infancia un derecho a cuidados y asistencia especiales¹⁴.

En 1951, se firmó en el seno de la OIT el primer Convenio sobre la igualdad de remuneración — Convenio número 100¹⁵ — “...después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”. Y, solo unos años después, en 1958, se adoptó igualmente en el seno de la OIT, el primer Convenio relativo a la discriminación en el empleo y ocupación— Convenio número 111¹⁶ —, donde se consideró que, sin que pueda admitirse ninguna clase de distinción de raza, credo o sexo, todos los seres humanos, deben tener derecho a perseguir “...el bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”.

para procurar la igualdad real también en el ámbito de la familia y la aceptación de responsabilidades domésticas y familiares.

Véase IRENE MERINO CALLE, “La conciliación laboral, personal y familiar...”, Op. Cit., pp.8.

¹¹ C003 - Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 - número 3 -. Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto - entrada en vigor: 13 de junio de 1921 -. Adopción: Washington, 1ª reunión de la OIT - 29 de noviembre de 1919 -. A fecha de 2015, este Convenio ha sido ratificado por 34 países.

¹² C103 - Convenio sobre la protección de la maternidad – revisado -, 1952 - número 103 -. Convenio relativo a la protección de la maternidad - entrada en vigor: 07 de septiembre de 1955 -. Adopción: Ginebra, 35ª reunión de conferencia internacional del trabajo – en lo sucesivo CIT, de 28 de junio de 1952 -. A fecha de 2015 este Convenio ha sido ratificado por 41 países.

¹³ C183 - Convenio sobre la protección de la maternidad –revisado-, 2000 – número 183 -. Convenio relativo a la revisión del Convenio sobre protección de la maternidad de 1952 - entrada en vigor: 07 de febrero de 2002. Adopción: Ginebra, 88ª reunión del CIT - 15 de junio de 2000 -. A fecha de 2015 este Convenio ha sido ratificado por 29 países.

¹⁴ Artículo 25.2 de la Declaración Universal de derechos Humanos, surgida en el Marco de Naciones Unidas: “(...) La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. De la Declaración Universal de Derechos Humanos son signatarios los países que forman parte de Naciones Unidas.

¹⁵ C100- Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 - número100 -. Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor - entrada en vigor: 23 de mayo de 1953 -. Adopción: Ginebra, 34ª reunión del CIT - 29 de Junio de 1951 -. A fecha de 2015 este Convenio ha sido ratificado por 171 países.

¹⁶ C111- Convenio sobre la discriminación -empleo y ocupación-, 1958 – número 111 -. Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación - entrada en vigor: 15 de junio de 1960 -. Adopción: Ginebra, 42ª reunión del CIT - 25 de Junio de 1958 -. A fecha de 2015 este Convenio ha sido ratificado por 172 países.

A raíz de este Convenio, en 1965 se aprueba la Recomendación número 123 sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares¹⁷, en la cual se pone de manifiesto que con el paso de los años, y debido a que aumenta el número de mujeres que trabajan fuera de su hogar, muchas de ellas se encuentran problemas originados en la necesidad de conciliar su vida familiar y profesional, y se advierte que muchos de los contratiempos con los que se topan, no son exclusivos de las trabajadoras, sino que son de los trabajadores, familia y en definitiva, de la sociedad en su conjunto.

En 1966, se firma el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁸, protegiéndose tanto la retribución en términos de igualdad entre hombres y mujeres, como la familia y a las madres trabajadoras con un permiso retribuido de maternidad.

La Convención de Naciones Unidas— en adelante UN—, de 18 de diciembre de 1979¹⁹, versó sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer y recomendó que los Estados Parte, en orden de facilitar la conciliación de la vida profesional y familiar de las mujeres y de los hombres, adoptasen medidas encaminadas a ese fin. Sin embargo, no es hasta 1981 cuando, en un contexto internacional y de unión, se aborda la problemática de la *conciliación de la vida familiar y profesional*, y se adopta el Convenio de la OIT número 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares²⁰. Con el precedente de la Recomendación número 123 sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares de 1965— sustituido por la Recomendación número 165 de la OIT²¹— y recordando el Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, en su párrafo decimocuarto, donde se reconoce por los Estados Parte “que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”, el Convenio se aplica a los trabajadores y trabajadoras, de todas las categorías y actividades, con responsabilidades hacia los hijos a su cargo y hacia otros miembros de su familia dependientes de cuidados, “cuando tales responsabilidades, limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella” — Artículo 1 del Convenio OIT número 156 —.

¹⁷ R123 -Recomendación sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares, 1965–número 123-. Recomendación sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares. Adopción: Ginebra, 49ª reunión del CIT - 22 de Junio de 1965 -.

¹⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A – XXI -, de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el Artículo 27 de dicho Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Con rango de Tratado Internacional, a fecha de 2015, el Pacto Internacional ha sido ratificado por 160 países.

¹⁹ El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor como Tratado Internacional el 3 de septiembre de 1981. A fecha de 2015, la Convención ha sido ratificada por 187 países.

²⁰ C156- Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 - núm.156 -. Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares - entrada en vigor: 11 de agosto de 1983 -. Adopción: Ginebra, 67ª reunión del CIT - 23 de junio de 1981 -. A fecha de 2015 este Convenio ha sido ratificado por 44 países.

²¹ R165- Recomendación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 - núm.165 -. Recomendación sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares. Adopción: Ginebra, 67ª reunión del CIT - 23 de junio de 1981-.

Dispone el mismo Convenio que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un trabajo, no podrán ser discriminados por ello, y deberán poder desempeñarlo *"en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales"*— Artículo 3 —, *"... deberán adoptarse medidas en el campo de la orientación y de la formación profesionales para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza del trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades"*— Artículo 7— y que el ejercicio de *"La responsabilidad familiar no debe constituir por si sola una causa justificada para poner fin a una relación laboral"*— Artículo 8 —; todo ello *"... con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadoras y trabajadores"*— Artículo 3 y 4 — .

El mismo compromiso se reafirma en 1995 en la cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer celebrado en Pekín el 15 de septiembre²².

2.3. Carta Social Europea

En 1961, se adoptó en Turín, la Carta Social Europea, de 18 de octubre, donde se protege la maternidad²³ de conformidad a lo establecido en el Convenio número 103 de la OIT. Los Estados Miembros del Consejo de Europa se comprometen en la Carta a garantizar a las mujeres, doce semanas de descanso mínimo, antes y después del parto, con prestaciones a cargo de la Seguridad Social, la ilegalidad de la extinción de su contrato laboral por maternidad, así como garantizar un tiempo libre suficiente a las madres para que críen a sus hijos —Artículo 8.1.2.y 3 de la Carta Social Europea —.

La misma, otorga protección a la institución de la familia, tal y como recoge su Artículo 16 *"con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las partes contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayudas a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas"*.

²² En 2010 se ha producido una revisión de la Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer por el aniversario de los quince años desde su celebración en Pekín.

Véase Comunicación de la Comisión de 5 de marzo de 2010, titulada "Un compromiso reforzado en favor de la igualdad entre mujeres y hombres - Una Carta de la Mujer: Declaración de la Comisión Europea con motivo del Día Internacional de la Mujer 2010 en conmemoración del 15º aniversario de la adopción de la Declaración y la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer celebrada en Pekín, y del 30º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -", - COM (2010) 78 final – no publicada en el Diario Oficial -.

Se hizo hincapié en el intercambio de experiencias y buenas prácticas, con el fin de superar los obstáculos y los nuevos desafíos, entre ellos, los relacionados con los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

El Secretario General de Naciones Unidas ha propuesto celebrar en 2015 una nueva Conferencia Mundial sobre la Mujer.

²³ Ratificado por España el 29 de Abril de 1980, entrando en vigor el 5 de junio de ese mismo año. Ratificado por Portugal el 3 de Mayo de 1996.

La revisión de la Carta que se produce en 1996²⁴, efectúa un procedimiento más completo del derecho a conciliar las responsabilidades familiares con el trabajo.

Después de repetir y mejorar el derecho de las trabajadoras en caso de maternidad —garantizado con un descanso de una duración total de catorce semanas—, a considerar como ilegal el despido producido a causa de embarazo o maternidad, además de asegurar el tiempo libre suficiente para que las madres puedan criar a sus hijos— Artículo 8 —, y tras recordar en el Artículo 20 el derecho en materia de empleo y de profesión a la igualdad de oportunidades y de trato, sin discriminación por razón de sexo, en su artículo 27, la Carta bajo la rúbrica “derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato”, resalta que las Partes se comprometen a adoptar una serie de medidas apropiadas, como son: “A) permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares acceder y permanecer en la vida activa, o regresar a la misma tras una ausencia o interrupción de la actividad laboral debida a dichas responsabilidades, incluidas medidas en el ámbito de la orientación y la formación profesionales; B) tener en cuenta sus necesidades en lo que respecta a las condiciones de trabajo y seguridad social; C) desarrollar o promover servicios, públicas o privadas, en particular servicios de guardería diurnos y otros medios para el cuidado de los niños”; al mismo tiempo prevé la posibilidad de que cualquiera de los progenitores obtenga un permiso parental— con posterioridad al permiso de maternidad — para cuidar de un hijo; siendo la Legislación Nacional, los Convenios Colectivos o la Práctica los encargados de fijar la duración y condiciones de dicho permiso parental, garantizando igualmente que las responsabilidades familiares no pueden, por sí mismas, constituir razón válida para el despido²⁵.

2.4. El derecho de la UE y la Conciliación

En el seno de la Unión Europea— en adelante UE—, encontramos unas iniciales alusiones en el campo de la conciliación familiar, laboral y personal necesariamente vinculadas al surgimiento del principio de no discriminación, unido a su vez, al propio comienzo de la Unión, donde, en la original redacción de 1957 del Tratado de la Comunidad Europea—Tratado de Roma—, se erigía el principio de prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo²⁶.

²⁴ Versión revisada de la Carta Social Europea de 3 de mayo de 1996, que Portugal ha ratificado en fecha de 30 de Mayo de 2002. Sin embargo, España, que firmó la versión revisada de la Carta en el año 2000, a fecha de 2015 aún no ha procedido a ratificarla. Se urge al Estado Español la rectificación de la misma en aras de conseguir niveles más elevados de bienestar social.

Véase CIRO MILIONE, “¿Es razonable que España no haya ratificado todavía la Carta Social Europea revisada en 1996? Algunas reflexiones sobre el estado de la cuestión”, en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Fundación Centro de Estudios Andaluces, Consejería de la presidencia, Junta de Andalucía, 2012, pp. 17-21.

²⁵ MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE, y JUANA MARÍA SERRANO GARCÍA, “Art. 33. Vida familiar y vida profesional”, en CRISTINA MONEREO ATIENZA, y JOSE LUIS MONEREO ATIENZA, *La Europa de los derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares, 2012, pp.867-868.

²⁶ Principio de igualdad de retribuciones. Artículo 119 Tratado de Roma firmado en Roma el 25 de marzo 1957, en vigor el 1 de enero de 1958.

Ya en la segunda mitad del S.XX —1975²⁷, bajo el abrigo del artículo 119 del Tratado de Roma— TCEE—, y bajo el amparo del llamado Programa de Acción Social²⁸, el Consejo de las Comunidades Europeas divulgó la Directiva 75/177/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de legislaciones de los estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de retribución entre trabajadores masculinos o femeninos²⁹. El articulado que en ella se encuentra clama una igualdad en la retribución y asegura una efectividad en la igualdad del salario.

Un paso destacado a continuación se produjo con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam— o Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1997³⁰ —, el cual incluye nuevos motivos de prohibición discriminatorias— por ejemplo de nueva generación, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual—; además en el artículo 3.2 implanta la obligación de que todas las políticas y acciones surgidas en el seno de la Comunidad tengan la finalidad de conseguir la igualdad de oportunidades. Para ello, habilita en el artículo 13 al Consejo para aprobar medidas dirigidas a luchar contra la discriminación.

En la actualidad, la defensa contra la discriminación se articula en torno a dos fundamentos dentro del Derecho Comunitario: De un lado, el *principio antidiscriminatorio de corte clásico, por razón de género* regulado en el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la UE— en adelante TFUE³¹— y explicado en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de Julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre los hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación — refundición³²—.

La protección antidiscriminatoria por motivos de género dentro de la UE se ha estructurado a través de 5 ejes fundamentales: 1º) Discriminación indirecta; 2º) maternidad, permisos parentales y conciliación— cimentados a su vez en el artículo 151, párrafo 1º del TFUE³³; 3º) acción afirmativa; 4º) requisitos profesional esencial y determinante; y, 5º) marco de garantías para la tutela antidiscriminatoria.

²⁷ Desde mediados de los años 70 hasta mediados de la década de los 90, se observa que se produce una fase inicial aperturista en materia de conciliación. Desde mediados de los años 90 hasta mediados del 2000, se produce una segunda fase llamada de contención y retroceso en materia de conciliación. Desde mediados de la década del 2000 hasta la actualidad, se produce una fase expansiva en materia de conciliación.

Véase IRENE MERINO CALLE, “La conciliación laboral, personal y familiar...”, Op. Cit., pp.9.

²⁸ Resolución del Consejo, de 21 de enero de 1974, relativa a un Programa de Acción Social. Este texto contempló por primera vez el concepto relativo a “conciliar las responsabilidades familiares de todos los interesados con aspiraciones profesionales”.

Véase Diario oficial, número C 13, de 12 de febrero de 1974.

²⁹ Véase Diario Oficial, número L 045, de 19 de febrero de 1975.

³⁰ Véase Diario Oficial, número C 340, de 10 de Noviembre 1997.

³¹ El Artículo 157 del TFUE se encuadra dentro de la tercera parte “Políticas y Acciones internas de la Unión”, Título X “Política Social” - Artículos 151 a 161 -.

Véase Diario Oficial, número C 326, de 26 de octubre de 2012.

³² Directiva por la que se deroga la Directiva 76/207/CEE. Véase Diario Oficial, número L 204, de 26 de julio de 2006.

³³ Artículo 151 del TFUE “La unión y los Estados miembros (...) tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones”.

Este Artículo se encuadra dentro de la tercera parte “Políticas y acciones internas de la Unión”, Título X “Política Social” - Artículos 151 a 161 -.

Véase Diario Oficial, número C 326, de 26 de octubre de 2012.

En segundo lugar, son las causas de discriminación prohibidas en el ámbito comunitario de nueva generación, amparados en el artículo 19 del TFUE³⁴, y asimismo expuestos en la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de Junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico³⁵.

El escenario Comunitario concluye con la llamada Carta de Derechos Fundamentales de la UE, constituido en Niza en Diciembre del año 2000³⁶ — a partir de ahora CDF—, publicada de forma solemne tanto por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea. En ella se incorporan— sin valor jurídico vinculante y con una extensa exposición— derechos, ya sea de las personas en sí mismas consideradas— por ejemplo, el artículo 21 de la Carta, manifiesta un principio de no discriminación general y precisa el formulado en el artículo 19 del TFUE— , como de los propios trabajadores— por ejemplo el artículo 23 de la CDF alude al principio de igualdad entre hombres y mujeres y por ende, se prohíbe la discriminación por motivos de género; o el artículo 33 cuyo propósito es la conciliación de la vida familiar y profesional, en el apartado 1º “garantía de protección de la familia en los planos jurídico, económico y social” se fundamenta en el artículo 16 de la Carta Social Europea. La controversia surgida respecto este precepto de la Carta gira en torno a la determinación de la noción de “familia” que ésta protege, conectado o no al requisito de existencia de un vínculo matrimonial³⁷.

Es cierto que el derecho a construir una familia y contraer matrimonio se encuentra normalizado en el artículo 9 de la Carta, sin embargo esto no supone que el camino del matrimonio sea el único para crear una familia. Esta interpretación guiaría hacia una explicación restrictiva de la idea de familia— y de la evolución sufrida en las diferentes sociedades europeas—. Así y todo, esta conclusión podría suscitar discriminación entre aquellos niños nacidos o no en el seno del matrimonio, situación inaceptable tal y como muestra la prohibición del artículo 21.1 de la Carta. De esta forma, la alternativa más convincente es aquella que comprende que el matrimonio es una vía encaminada a formar

³⁴ El Artículo 19 del TFUE se encuadra dentro de la segunda parte “No discriminación y ciudadanía de la Unión”, Artículos 18 a 25. Véase Diario Oficial, número C 326, de 26 de octubre de 2012.

³⁵ Véase Diario Oficial, número L 180, de 19 de Julio de 2000.

³⁶ Retoma los derechos enunciados en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de Trabajadores adoptada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989; donde en su Artículo 16, dicha Carta recoge el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, considerando que esa igualdad de trato debe desarrollarse a través de la igualdad de oportunidades. Para ello la Carta propone “*intensificar, donde quiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular, para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional*” –Artículo 16, párrafo1º–.

Su párrafo 2º considera que, a igual fin de garantizar la igualdad de trato y oportunidades, “*conviene asimismo, desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares*”.

La Carta fue sometida a enmienda por segunda vez por las tres Instituciones Europeas en Estrasburgo el 14 de diciembre de 2007, reconociéndola valor vinculante para todos los países - excepto Polonia y Reino Unido-.

³⁷ Véase IRENE MERINO CALLE, “La conciliación laboral, personal y familiar (...)”, Op. Cit., pp. 8-11.

una familia, pero además existen otras posibles, como por ejemplo las uniones de hecho, igualmente válidas³⁸.

El artículo 33 de la Carta en el apartado 2, justificado a su vez en el artículo 8 de la Carta Social Europea— protección de la maternidad —, y que se inspira al mismo tiempo en el artículo 27 de la Carta Social Europea revisada— derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato. En este punto se debe matizar que se conceden de manera indirecta derechos de naturaleza instrumental para alcanzar el objetivo de la conciliación, en otras palabras, se contemplan derechos de protección frente a los despidos originados con motivo de la maternidad, reconocimiento de permisos remunerados de maternidad o permisos parentales por motivo de nacimiento o adopción de una criatura “*con la finalidad de poder conciliar la vida familiar y profesional*”.

A diferencia de la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 1989, los derechos reconocidos para facilitar la conciliación familiar y laboral no se incorporan dentro de los derechos de igualdad, a los que la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE dedica su Título III— artículos 20 a 26—.

A pesar de que los derechos dirigidos a facilitar la conciliación laboral y familiar de los trabajadores halle una localización diferente en la Carta, no dificulta que se analicen conforme con los derechos de igualdad entre hombres y mujeres que la misma clama y los principios recogidos en el TUE y TFUE³⁹.

2.4.1. La conciliación, el empleo, e “igualdad de oportunidades”

En la Cumbre Europea de Luxemburgo sobre el empleo, de noviembre de 1997, fue proyectada, la Estrategia Europea de Empleo —EEE—, la cual, anticipó la entrada en vigor del nuevo Título sobre “Empleo” del Tratado de Ámsterdam, y propuso, entre otros objetivos, conseguir un aumento del empleo de las mujeres mediante políticas de interrupción de su actividad profesional, de permiso parental, de trabajo a tiempo parcial, así como con servicios de calidad para el cuidado de los niños; actuando sobre la igualdad de oportunidades, y combatiendo las diferencias entre hombres y mujeres.

Esta política por el empleo se reforzó más tarde con la “Estrategia del Consejo Europeo extraordinario de Lisboa — en marzo del año 2000— para el crecimiento y el empleo: hacia la Europa de la innovación y el conocimiento”, que subrayó la importancia de fomentar todos los aspectos de la igualdad de oportunidades, incluida una reducción de la segregación profesional, y una mayor posibilidad de reconciliar la vida laboral y familiar. En este contexto— y con miras a cumplir dichos objetivos — surge el Acuerdo Marco sobre el

³⁸ MANUEL LÓPEZ ESCUDERO, JOSÉ MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, JOSE MANUEL SOBRINO HEREDIA, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, 1ª edición, Bilbao: Fundación BBVA, 2008.

³⁹ Véase IRENE MERINO CALLE, “La conciliación laboral, personal y familiar...”, Op. Cit., pp.11.

Teletrabajo, celebrado por el CES, UNICE, UNICE/AUAPME y CEEP, de 16 de julio de 2002, donde los interlocutores sociales consideran el teletrabajo a la vez como un medio de modernizar la organización del trabajo para las empresas y organizaciones de servicios públicos, y para los trabajadores, reconciliar su vida profesional y vida personal y darles una mayor autonomía en la realización de sus tareas, compaginando las necesidades de flexibilidad y seguridad de ambas partes. El teletrabajo es definido como una forma de organización y/o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación laboral, en la que un trabajo, que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de esos locales.

El teletrabajo es voluntario para el trabajador y el empresario, pudiendo formar parte desde el inicio del contrato del trabajador, o es posible aceptarlo después. En ambos casos, y con arreglo a la Directiva 91/533/CEE, del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación de que el empresario informe al trabajador de las condiciones aplicables al contrato o a la relación laboral⁴⁰, el mismo debe facilitar al trabajador por escrito la información pertinente⁴¹.

Sin embargo, y como ya manifestamos en el capítulo introductorio, en el año 2007, el Dictamen del CESE 1711/2007, reivindicaba que la Comisión Europea debería habituarse a tratar los temas de la conciliación como políticas familiares particularmente.

Aún así, se continuó tratando la conciliación bajo las políticas de empleo y sociales. En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre “*Un equilibrio en la vida laboral: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, familiar, privada*”⁴², destaca la importancia de la conciliación en la vida profesional, privada y familiar, así como su interrelación con las políticas públicas. El modo en que las personas compagan ambas dimensiones influye en la participación en el mercado laboral y en la tasa de fertilidad, y al mismo tiempo las políticas públicas influyen en la toma de estas decisiones. La Comunicación plantea como principales medidas las que tratan con los permisos por motivos familiares, con la garantía de la igualdad de trato de los trabajadores autónomos y sus cónyuges colaboradores y con la existencia de guarderías infantiles asequibles y de calidad, para ser promovidas y desarrolladas.

A pesar de ser importante, este enfoque europeo de las políticas de conciliación de la vida profesional y familiar, no es completo. Éstas no pueden ser solamente un instrumento para el incremento de las tasas de empleo femenino y natalidad, pues eternizaría su rol tradicional en la familia y en la sociedad. La propia Comisión lo va a poner de relieve en un informe

⁴⁰ Véase Diario Oficial, número L 288, de 18 de octubre de 1991.

⁴¹ En España, con la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se regula en nuestro país, el trabajo realizado desde el domicilio del trabajador o el lugar libremente elegido por éste; es decir, el trabajo a distancia o el teletrabajo. Esta nueva regulación deja atrás la anterior del contrato de trabajo a domicilio contemplada en el Artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, en la que se definía como trabajo aquel que se desarrollaba “sin vigilancia del empresario”.

⁴² COM (2008) 635 final, de 3 de octubre de 2008.

sobre la "Igualdad entre mujeres y hombres 2009"⁴³, también dirigido al Consejo, Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, donde reconoce "*que se han incorporado más mujeres al mercado laboral, aproximándose a los objetivos de Lisboa, pero... — que— el objetivo de cantidad — "más puestos de trabajo" — no se ha visto correspondido por el de calidad — "mejores puestos de trabajo" —. Las mujeres aun trabajan más a tiempo parcial que los hombres; abundan más en los trabajos y sectores menos valorados; por término medio están peor pagadas que los hombres, y ocupan puestos de menor responsabilidad".*

Afirma que hay un desequilibrio de género en el empleo, falta de instalaciones para el cuidado de la infancia y ausencia de políticas de equilibrio entre la vida laboral y familiar.

La Comisión en su Comunicación "Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010–2015"⁴⁴, asegura que la participación de la mujer en el mercado de trabajo en la década pasada aumentó; sin embargo, su impacto ha sido menos relevante en la igualdad de género. Consta que la consecuencia de tener hijos a la hora de participar en el mercado es muy diferente para las mujeres que para los hombres, porque "*las mujeres siguen llevando sobre sus hombros una parte desproporcionada de las responsabilidades que entraña la vida de una familia. En los Estados Miembros que han adoptado políticas de conciliación, el número de mujeres y hombres que trabajan es alto, y los índices de natalidad son relativamente sostenibles*".

Los últimos textos de las Instituciones Europeas, han establecido vínculos estrechos entre el derecho a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y las políticas de conciliación del trabajo y familia. En el documento "Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador"⁴⁵, la Comisión propone un "crecimiento integrador" con un elevado nivel de empleo, de productividad y de cohesión económica, social y territorial, para cuya consecución se necesitan políticas que promuevan la igualdad entre sexos con la finalidad de ampliar la participación femenina en la población laboral, así mismo como buscar "*nuevas formas de equilibrio entre la vida laboral y familiar y políticas de envejecimiento activo e incrementar la igualdad entre sexos*".

Por su parte, en el "Pacto Europeo por la igualdad de género 2011-2020", de 7 de marzo de 2011⁴⁶, El Consejo de la Unión Europea apremia, en el ámbito de sus respectivas competencias a los Estados Parte y a la Unión, a adoptar medidas para anular las desigualdades de género y para fomentar un mejor equilibrio entre la vida familiar y laboral de mujeres y hombres, además de eliminar todas las formas de violencia contra la mujer. En concreto, para impulsar una conciliación equilibrada propone servicios de guarderías adecuados para niños en edad preescolar, mejorar la prestación de servicios a la asistencia de personas dependientes y apoyar una diversidad de trabajos flexibles y permisos para mujeres y hombres.

⁴³ COM (2009) 0077 final, de 27 de febrero de 2009.

⁴⁴ COM (2010) 0491 final, de 21 de septiembre de 2010.

⁴⁵ COM (2010) 2020, de 3 de marzo de 2010.

⁴⁶ DOUCE C 155/10, de 25 de mayo de 2011.

2.4.2. Disposiciones encaminadas a la protección de la conciliación

a) Punto de partida

El interés de la UE por elevar los niveles de apoyo y defensa del trabajo de la mujer, fomentando la incorporación de la mujer al mercado laboral mediante la busca de mecanismos que beneficien la conciliación, es muy fuerte sobre todo desde hace más de dos décadas.

En el punto 16 de la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 1989, se convida a fomentar y desplegar las medidas a favor de la conciliación familiar y laboral, al tiempo que alberga el deber de garantizar—entre otras—, la igualdad de trato entre mujeres y hombres, especialmente en el acceso al empleo, las retribuciones...etc, y decretaba que se “*desarrollarán medidas para permitir a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones familiares y profesionales*”⁴⁷.

b) Análisis de las diferentes medidas que favorecen la Conciliación

Para este análisis es preciso hacer una separación en dos grandes bloques: De un lado, encontramos las medidas encaminadas a la atención y protección de los hijos; de otro lado hallamos las medidas primordiales en aras de favorecer la conciliación y que no son otras más que la maternidad, paternidad, los permisos parentales y el tiempo de trabajo.

Así y comenzando por el primer bloque, en marzo de 1992, se aprobó la llamada Recomendación del Consejo sobre el cuidado de los niños y niñas — 92/241/CEE⁴⁸—, donde se demandaba a los Estados Miembro el fomento de manera gradual de iniciativas — agrupadas en cuatro grandes ámbitos— en aras de facilitar una conciliación más eficaz:

1º La instauración de servicios destinados al cuidado de los niños durante el tiempo que los progenitores estuvieran desempeñando sus actividades laborales, o percibiendo clases formativas con vistas a la obtención de un trabajo, o realicen gestiones para conseguir un empleo o educación o formación con vistas a obtener trabajo.

2º Autorizaciones concedidas a padres trabajadores—ocupados efectivamente— y tengan a sus hijos a su cuidado— se sugería a los Estados Miembros, aprobar o fomentar ideas encaminadas a un aumento de la implicación de la mujer en el mundo laboral, al tiempo que los permisos, autorizaciones, se articulen con cierto nivel de flexibilidad —.

3º El ambiente, organización, distribución del trabajo en aras de su adaptación a las necesidades de las personas trabajadoras con hijos a su cargo.

⁴⁷ Véase IRENE MERINO CALLE, “La conciliación laboral, personal y familiar...”, Op. Cit., pp. 11-12.

⁴⁸ Véase Diario Oficial, número L 123, de 8 de mayo de 1992.

4º Colaboración más imparcial entre hombres y mujeres en las obligaciones laborales, familiares y educativas dimanantes del cuidado de las criaturas⁴⁹.

Adentrándonos en el segundo bloque de medidas, tanto la maternidad, como la paternidad, los permisos parentales o el tiempo de trabajo, tienen todos unos vínculos ineludibles con la cuestión de la discriminación por razón de género —a pesar de sus diferencias—.

En relación a la *maternidad*, la vinculación se observa debido a que es un estado de naturaleza biológica, que al darse con exclusividad en el colectivo femenino, evidencia su amparo especial bajo la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia⁵⁰.

Ésta se instituye como la décima Directiva específica que desarrolla la Directiva Marco 89/391/CEE del Consejo de 12 de junio de 1989⁵¹ — pendiente de reforma—. Igualmente se hallan alusiones al estado del embarazo y maternidad en la Directiva 2006/54/CE en los Artículos 14 y 15, los cuales articulan la discriminación por motivo de género que supone la discriminación por razón de embarazo o maternidad.

En segundo lugar, el permiso de *paternidad* y el uso paterno de la licencia de maternidad o de los permisos establecidos para los casos de adopción o acogimiento encuentran cobijo en la normativa europea. De esta forma, el artículo 16 de la Directiva 2006/54/CE regula un conjunto de derechos para el padre en estas situaciones; éste artículo es muy relevante ya que la mención al padre y la aplicación al mismo de las garantías dispuestas para la maternidad, invoca la responsabilidad y obligación paterna en la atención familiar y favorece al tiempo que fomenta la corresponsabilidad; en síntesis es igualmente una medida encaminada a conseguir la igualdad⁵².

De otro lado y en relación con los conocidos como *permisos parentales*, éstos se hallan enunciados dentro de la normativa de la UE de manera neutra— igual beneficio para el hombre y la mujer con niños menores a su cargo—; sin embargo, es patente que son las mujeres quienes en su mayoría acceden a ellos. En la actualidad, la normativa de la UE que normativiza los permisos parentales es la Directiva 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental⁵³.

De igual forma, uno de los puntos característicos de la actual normativa es que los efectos de la conciliación no se muestran de forma expresa ni en la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial concluido por UNICE, CEEP y la CES⁵⁴ — sustituido por la Directiva 98/23/CE⁵⁵, que extiende el ámbito

⁴⁹ Véase IRENE MERINO CALLE, “La conciliación laboral, personal y familiar...”, Op. Cit., pp.12.

⁵⁰ Véase Diario Oficial, número L 348, de 28 de noviembre de 1992.

⁵¹ Directiva 89/391/CEE del Consejo de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

Véase Diario Oficial, número L 183, 29 de Junio de 1989.

⁵² Véase IRENE MERINO CALLE, “La conciliación laboral, personal y familiar...”, Op. Cit., pp. 14.

⁵³ Véase Diario Oficial, número L 68, de 18 de marzo de 2010.

⁵⁴ Véase Diario Oficial, número L 14, de 20 de enero de 1998.

⁵⁵ Véase Diario Oficial, número L 131, de 5 de mayo de 1998.

de aplicación de la Directiva 97/81/CE al Reino Unido — ni en la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de Noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁵⁶ — modificada por la Directiva 2003/88/CEE del Parlamento y del Consejo, de 4 de Noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁵⁷ —, a pesar de las indudables conexiones. A estas situaciones reseñadas se hace referencia a continuación⁵⁸.

i) Protección de la Maternidad

La UE en su normativa actual, establece espacios de protección para la situación de embarazo y maternidad que, resultan aplicables tan solo al colectivo femenino por su naturaleza.

La Directiva del Consejo 92/85/CE de 19 de octubre — modificada en 2007, y pendiente actualmente de reforma⁵⁹—, establece una serie de normas específicas de protección frente a la exposición ante determinados agentes. Establece, en primer lugar, la necesidad por parte del empresario, de la evaluación de estos riesgos — Artículo 4 —.

En el Artículo 5, se reconoce, en caso de riesgo, el derecho de la trabajadora embarazada o en lactancia a la adaptación de su puesto, al traslado a un puesto compatible con su estado o a quedar exenta de la prestación de servicios — en el orden descrito—. La existencia de ciertos factores de riesgo enumerados en el Anexo II de la mencionada Directiva — se van actualizando — impiden la actividad de la trabajadora embarazada o en situación de lactancia — Artículo 6 — . En el resto de supuestos, existen unas líneas de orientación elaboradas por la UE que estudian los factores de riesgo, y que van estableciendo las pautas a tener en cuenta — Artículo 3 de la Directiva 92/85/CEE —.

La misma, establece también una previsión específica para el supuesto de desarrollo de trabajo nocturno. La Directiva introduce en su Artículo 8 y 9 el permiso por maternidad

⁵⁶ Véase Diario Oficial, número L 307, de 13 de diciembre de 1993.

⁵⁷ Véase Diario Oficial, número L 299/9, de 18 de Noviembre de 2003. Vigente en la actualidad.

⁵⁸ MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR, "El principio de Igualdad de trato y no Discriminación", en *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Valencia:Tirant lo Blanch, 2012, pp.134 a 140.

⁵⁹ Directiva 2007/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/391/CEE del Consejo, sus directivas específicas y las Directivas 83/477/CEE, 91/383/CEE, 92/29/CEE y 94/33/CE del Consejo, a fin de simplificar y racionalizar los informes sobre su aplicación práctica - Texto pertinente a efectos del EEE -. No supuso cambios relevantes, sino que únicamente afectó a la simplificación y racionalización de los informes sobre su aplicación.

Véase Diario Oficial, número L 165, de 27 de junio de 2007.

En relación a esta Directiva, hay que mencionar la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo – COM (2008) 637 final, de 3 de octubre de 2008 -, consultada a los interlocutores sociales y a los Estados Miembros, por la que éste pretendió ser modificado. Proponía, además de la ampliación del permiso de maternidad de catorce a dieciocho semanas, una serie de medidas dirigidas a estimular a las mujeres trabajadoras para que retomen su actividad después del parto. Se planteó el derecho de las mujeres a reincorporarse al mismo puesto de trabajo en las mismas condiciones y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo y el derecho a solicitar una revisión de sus horarios de trabajo con el fin de contribuir a una mejor conciliación de la vida familiar y laboral.

retribuido— la retribución debe ser, al menos, la prevista para los supuestos de enfermedad— para asistencia a controles prenatales de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas distribuidas antes o después del parto. Este permiso por maternidad deberá incluir un permiso por maternidad obligatorio mínimo de dos semanas antes o después del parto.

Es una protección muy básica que se encuentra superada por lo dispuesto en el Convenio número 183 de la OIT, en cuyo Artículo 4.4. se establece el deber de reconocer seis semanas obligatorias de disfrute postparto.

Asimismo se encuentra superada por lo establecido en la Recomendación de la OIT número 191 — adoptada el 15 de junio de 2000⁶⁰— que aconseja— entre otras — una duración mínima de la prestación de maternidad de dieciocho semanas. Esta inadecuación a la normativa de la OIT es la que ha aconsejado la modificación de la actual Directiva 92/85/CEE.

La Directiva 92/85/CEE establece en su Artículo 10 *"la prohibición del despido sin causa, de la trabajadora embarazada o en situación de suspensión por maternidad, durante el periodo comprendido entre el comienzo del parto y el final del periodo de maternidad anteriormente referido"*, y en su Artículo 11 *"el mantenimiento en tales casos de todos y cada uno de los derechos inherentes a contrato de trabajo"*— derecho de no lesividad—.

El contenido de esta Directiva no era suficiente para garantizar la vuelta al puesto de trabajo a la mujer trabajadora en las situaciones anteriormente descritas, aspecto que quedó recogido en la Directiva 2002/73/CE⁶¹, la cual dispone que si se despidió a una mujer embarazada durante el embarazo o el permiso por maternidad, el empresario es quien debe demostrar que el despido se ajusta a una causa objetiva al margen de la embarazada.

Asimismo, el Artículo 15 de la Directiva 2006/54/CE, establece el derecho de mantener en provecho de la trabajadora en situación de maternidad, de los mismos beneficios a los que hubiera tenido derecho si no hubiera entrado en dicha situación. En tal sentido, se configura el derecho a la readmisión en condiciones idénticas a aquellas en las que se encontraba cuando se produjo el permiso.

La jurisprudencia más relevante acerca de la maternidad se remite a dos aspectos: la protección frente al despido o a la falta de contratación y la garantía de no lesividad.

Respecto de a la primera manifestación, desde que se dictó sentencia en el asunto *Dekker*⁶², comienza una nueva vertiente jurisprudencial sin retorno y que ha afianzado un amparo fuerte y extensivo, puesto que en esta sentencia consideró la naturaleza discriminatoria

⁶⁰ R191- Recomendación sobre la protección de la maternidad, 2000 - número 191 -. Recomendación relativa a la revisión de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952. Adopción: Ginebra, 88ª reunión del CIT - 15 de Junio de 2000 -.

⁶¹ Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Véase COM (2009) 409 final, de 19 de julio de 2009.

⁶² STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto *Dekker*, C-177/88.

directa del trato peyorativo del que fuera objeto la trabajadora a raíz de su situación de embarazo o maternidad⁶³.

Con relación al embarazo, el TJUE ha elaborado una atractiva doctrina que establece la incompatibilidad comunitaria de las actuaciones empresariales que no realizaban contrataciones de embarazadas por tratarse de puestos incompatibles temporalmente con dicho estado, ya que son puestos que obligaban a realizar traslados o adaptaciones a la situación específica del embarazo— así, encontramos sentencias como las dictadas en los asuntos *Webb*, *Habermann* o *Mahlburg*⁶⁴ —, aunque la contratación prevista fuera también de naturaleza temporal para desempeñar el puesto incompatible con el embarazo— asunto *Tele Danmark*⁶⁵—.

Esta protección engloba así mismo los despidos por absentismo motivados por la situación de embarazo— asunto *Brown*⁶⁶ —, aunque no alcanza a los despidos por absentismo médico, incluso relacionado con el parto, que tuvieran duración más larga del permiso de maternidad— asunto *Hertz*⁶⁷—.

El espacio de tiempo comprendido entre el inicio del embarazo y el fin del permiso de maternidad ha sido el que ha merecido especial protección otorgada por el Ordenamiento Comunitario.

En los últimos años, el TJUE ha incrementado levemente el ámbito temporal en cuanto a la protección de la mujer embarazada o maternidad frente al despido, refiriéndolo no únicamente al tiempo de la licencia de maternidad, sino al tiempo posterior a la finalización de éste, si se hallaba una relación causal con comportamientos preparatorios del despido iniciado durante la prestación de maternidad— asunto *Paquay*⁶⁸. Este mismo caso, fue apto años después a propósito de la necesidad de medios efectivos de tutela en el asunto *Pontin*⁶⁹ —. Esta doctrina ha provocado un efecto tal que puede que el Parlamento Europeo solicite su inclusión expresa en la reforma de la Directiva 92/85/CEE que se está discutiendo en la actualidad⁷⁰—.

Por su parte, en el asunto *Mayr*⁷¹ es un claro ejemplo de cómo el derecho debe adaptarse a los cambios tecnológicos a través de la jurisprudencia⁷², ya que en la presente sentencia, se

⁶³ Véase IRENE MERINO CALLE, "La conciliación laboral, personal y familiar...", Op. Cit., pp.13.

⁶⁴ TJCE de 14 de julio de 1994, asunto *Webb*, C-32/93; STJCE de 5 de mayo de 1994, asunto *Habermann*, C-421/92; y STJCE de 3 de febrero de 2000, asunto *Mahlburg*, C-207/98.

⁶⁵ STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto *Tele Danmark*, C-109/00.

⁶⁶ STJCE de 30 de junio de 1998, asunto *Brown*, C-394/96.

⁶⁷ STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto *Hertz*, C-179/88.

⁶⁸ STJUE de 11 de octubre de 2007, asunto *Paquay*, C-406/06.

⁶⁹ STJUE de 29 de octubre de 2009, asunto *Virginie Pontin*, C-63/08.

⁷⁰ Iniciada por la Comisión con su propuesta COM (2008) 637 final de 3 de octubre de 2008.

⁷¹ STJUE de 26 de febrero, de 2008, asunto *Mayr*, C-506/06.

⁷² Cfr. MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR, "Conciliación y Corresponsabilidad en la Unión Europea", en JAIME CABEZA PEREIRO, y BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO, (dirs), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp.32.

"La doctrina establecida en *Mayr*, configura, un incipiente reparto competencial en el ámbito de cobertura dispensado en ambas Directivas, por el cual, la protección otorgada en la Directiva de maternidad resultaría automática si se produjera en el tiempo de embarazo o de maternidad, pero sin excluir la posibilidad de que la protección también se diera si tal espacio temporal se hubiera sobrepasado por aplicación de la Directiva antidiscriminatoria 2006/54/CE. Esta relación complementaria, no se había producido hasta ahora.

deniega protección, al amparo del Artículo 10 de la Directiva de maternidad, a una mujer que se había sometido a un tratamiento de fecundación in vitro, pero que, en el momento que la preavisan del despido, todavía no estaba embarazada puesto que no se le habían implantado en el útero los óvulos fecundados, aunque sí se la había practicado la denominada punción folicular⁷³.

En cuanto a segundo supuesto; existen dos recientes sentencias— asuntos *Gassmayr* y *Parviainen* — que pretenden garantizar que no se realice una rebaja del nivel de ingresos durante la situación de maternidad. Ambas han sido dictadas por la misma

Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo cual permite afirmar que han sido pensadas en unidad de acto y constituyen una perfecta síntesis de la doctrina del TJUE sobre esta cuestión⁷⁴: así, por ejemplo y aunque la cuantía de la prestación de maternidad no debe ser forzosamente igual que el salario anteriormente percibido — al menos bajo la actual regulación de la Directiva 92/85/CEE, tal y como demuestra el asunto *Gassmayr*⁷⁵—, los incrementos que se produzcan en el salario para el resto de compañeros deben repercutir en la retribución de la trabajadora en situación de maternidad necesariamente— asunto *Gillespie*⁷⁶—. Inclusive, en los supuestos de cambio de puesto de trabajo por incompatibilidad física entre el mismo y la situación de embarazo, se reconoce el derecho de mantener todas las cuantías anteriores al cambio relacionadas con el rango, antigüedad y cualificación profesional, legitimando solo la pérdida de aquellos complementos que fueran estrictamente del puesto originario— asunto *Parviainen*⁷⁷—. Esto supone una muestra del derecho a que la trabajadora no pierda durante la situación de maternidad ninguno de los derechos a los que hubiera tenido acceso de haber seguido en situación activa — Artículo 15 Directiva 2004/56/CE —.

Al contrario, normalmente cuando se sobrepasaba el espacio temporal de protección dispensado por la Directiva 92/85/CEE se negaba la aplicación de cualquier normativa protectora, aunque la conducta discriminatoria tuviera origen en el embarazo o parto. Así sucedió por ejemplo, en el asunto *Mc kenna* - STJUE de 8 de septiembre de 2005, C-191/05 -, con relación al permiso de maternidad. En *Mayr*, aunque no concurría elemento para la protección que otorga la Directiva 92/85/CEE el TJUE analizó la posibilidad de que se produjera una discriminación por razón de género. Resulta interesante esta relación de complementariedad entre ambas Directivas, porque podría tener manifestaciones en el ámbito de los permisos parentales. En efecto, existe duplicidad protectora en la Directiva 2006/54/CE en relación a la Directiva 2010/18/UE, puesto que en aquella establece derechos y garantías similares a los de maternidad para los permisos de paternidad y adopción. Es previsible, que, en relación a estas cuestiones, se planteen los dilemas diferenciales entre normas que se suscitaron, para la protección de la maternidad, en el asunto *Mayr*. Se anticipa, en todo caso, un panorama jurisprudencial rico, en los que la adscripción de los derechos solicitados a una u otra Directiva será decisiva para determinar la existencia de los derechos y su alcance”.

⁷³ Cfr. JAIME CABEZA PEREIRO, “Sobre la tutela automática de la mujer embarazada frente al despido”, en revista *Artículo 14. Una perspectiva de género*, número 31, Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer, 2009, pp.58, “Que la protección de la Directiva de maternidad es a plazo, no causal, se comprueba fácilmente con un análisis de la doctrina del TJUE. Muy en particular, resulta elocuente el asunto *Mayr*, de 26 de febrero 2008 - asunto C-506/06 - (...). Y, en la argumentación, se hace referencia directa al hecho de que la protección de la norma derivada nace, precisamente, con el comienzo del embarazo”.

La doctrina del Tribunal es, pues, concluyente: la fecha que ha de considerarse es la más precoz posible de existencia del embarazo.

⁷⁴ JOSE MARÍA MIRANDA BOTO, “La directiva 92/85/CEE: Una norma clásica de perenne actualidad”, en JAIME CABEZA PEREIRO, y BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO, (Dirs), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 145.

⁷⁵ STJUE de 1 de julio de 2010, asunto *Gassmayr*, C-194/08.

⁷⁶ STJCE de 13 de febrero de 1996, asunto *Gillespie*, C-342/93.

⁷⁷ STJUE de 1 de julio de 2010, asunto *Parviainen*, C-471/08.

De la misma manera, se ha reconocido por el TJUE, el derecho a disfrutar acumuladamente de las vacaciones, en caso de coincidir con el período de suspensión — asunto *Merino Gómez*⁷⁸—.

En relación con conceptos tan asentados como el de antigüedad, el TJUE ha interpretado que, si una toma de posesión tuvo que retrasarse por encontrarse la trabajadora en situación de permiso de maternidad, la antigüedad de la misma no puede reconducirse a ese momento posterior sino al momento en que, pudiendo haberse tomado posesión, no pudo hacerlo de forma efectiva por encontrarse en permiso de maternidad— asunto *Sarkatzis Herrero*⁷⁹—.

También se ha considerado contrario al Derecho Comunitario por parte del Tribunal de Justicia la negativa del empresario a reducir la duración de un permiso parental para el cuidado de hijos, para tratar de sustituirlo por el permiso de maternidad correspondiente a un hijo posterior— asunto *Kiiski*⁸⁰ —.

En definitiva, el permiso de maternidad se ha interpretado por el TJUE como un derecho de aplicación absoluta y sin condiciones, cuyo ejercicio en la persona de la trabajadora no puede tener ninguna repercusión negativa, y requiere siempre una interpretación compatibilizadora de derechos⁸¹. En el Ordenamiento Jurídico Portugués y Español, la normativa española relativa al permiso de maternidad puede considerarse que cumple adecuadamente la normativa de la Unión europea, excepto en el caso de que la eventual reforma que pudiera darse de la Directiva 92/85/CEE, pueda requerir, la ampliación de la duración de la suspensión/prestación por maternidad⁸².

ii) Permisos parentales y conciliación

La Directiva 96/34/CE de 3 de junio de 1996 pone en marcha el denominado *permiso parental*⁸³. El propósito era dar efecto jurídico al Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado el 14 de diciembre de 1995 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general — UNICE, CEEP, CES —. Era una Directiva de mínimos que reguló por primera vez a nivel comunitario tal permiso convirtiéndolo en obligatorio, sin que la aplicación de la Directiva pudiera establecer motivo suficiente para justificar una reducción del nivel general de protección de los trabajadores en el ámbito protegido por la misma. La posterior Directiva 97/75/CE amplia el ámbito de aplicación de la Directiva 96/34/CE al Reino Unido.

⁷⁸ STJCE de 18 de marzo de 2004, asunto *Merino Gómez*, C-342/01.

⁷⁹ STJCE de 16 de febrero de 2006, asunto *Sarkatzis Herrero*, C-294/04.

⁸⁰ STJUE de 20 de septiembre de 2007, asunto *Kiiski*, C-116/06. El Tribunal utilizó, algunos de los argumentos más poderosos y asentados de su jurisprudencia, que han servido en numerosas ocasiones para conceder derechos a los trabajadores demandantes: la prohibición de obstaculizar el disfrute de dos permisos garantizados por el ordenamiento comunitario – afirmado en el asunto *Comisión/Luxemburgo*, de 14 de abril de 2005, C-519/03, o asunto *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, de 6 de abril de 2006, C-124/05 -.

⁸¹ MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR, “El principio de Igualdad...”, Op. cit pp.134-140.

⁸² MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR, “El principio de Igualdad...”, Op. cit pp.138.

⁸³ Véase Diario Oficial, número L 145, de 19 de Junio de 1996.

El 8 de marzo de 2010 se adoptaba la Directiva 2010/18/UE del Consejo, por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre permiso parental, celebrado por el BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y las CEES, suponiendo la derogación de la Directiva 96/34/CE a partir del 8 de marzo de 2012. Se trata igualmente de una directiva de mínimos, que no puede justificar una reducción del nivel de protección de los trabajadores en esta materia.

Como novedades a resaltar son, la ampliación del periodo mínimo del permiso parental de cuatro meses, de los cuales - con la mira de favorecer una asunción compartida de responsabilidades familiares entre mujeres y hombres — al menos uno será intransferible; la necesidad de que los Estados Miembros aseguren a favor de los trabajadores que hagan uso de este permiso una garantía de indemnidad en sus derechos y relaciones laborales; y la posibilidad para facilitar la conciliación del trabajo con las nuevas obligaciones familiares de solicitar cambios de horarios o regímenes de trabajo. Sin embargo, sigue sin existir referencia alguna al cuidado de personas dependientes⁸⁴.

Con todo, a diferencia de lo que ocurría en la Directiva 96/34/CE, la nueva Directiva 2010/18/UE contiene numerosas referencias a la vinculación entre las cuestiones de conciliación y los temas de género.

A continuación se hará referencia a algunos de los aspectos relevantes de la nueva Directiva 2010/18/UE.

La Directiva 2010/18/UE prevé de forma expresa que el empleador tenga la posibilidad de posponer la concesión del permiso parental “por razones justificables relacionadas con el funcionamiento de la organización” — Cláusula 3.1.c de la mencionada Directiva, que también se recogía en la anterior Directiva 96/34/CE—.

Sin embargo, lo característico de la actual Directiva, es que se elimina la lista ejemplificativa de situaciones en las que la oposición del empresario estaba justificada, que por el contrario, sí que se contenía en la Directiva derogada.

Esta supresión es importante ya que, tras la reforma de la nueva Directiva de 2010, ya no se dan situaciones presuntas que admiten la oposición del empresario al disfrute del permiso parental, sino que ahora, es necesario que se pruebe en cada caso la justificación de dicha oposición⁸⁵.

Los Estados Miembros o los interlocutores sociales definirán, para el periodo del permiso parental, el régimen de los contratos o relación de trabajo. El trabajador, tendrá derecho, cuando finalice su permiso a reincorporarse a sus mismos puestos de trabajo, o, si existiera imposibilidad, un trabajo equivalente al que con anterioridad venía ocupando. Además se mantendrán por el trabajador los derechos adquiridos o en curso de adquisición en la fecha de

⁸⁴ Críticas que se hicieron también a la Directiva 96/34/CE. Un comentario de éstos y otros aspectos de esta Directiva por JAIME CABEZA PEREIRO, “La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa”, en *Revista de Derecho Social*, número 31, 2005, pp. 25 y ss.

⁸⁵ Véase MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR, “Conciliación y...”, Op.cit, pp.32.

inicio del permiso parental sin modificaciones hasta el final del mismo, aplicándose — incluyendo cualquier cambio derivado de la legislación, convenios colectivos o usos nacionales— dichos derechos.

Los Estados Miembros o interlocutores sociales, con la finalidad de garantizar la indemnidad y no discriminación a los trabajadores, para que puedan ejercer su derecho al permiso parental, adoptarán medidas necesarias dirigidas a proteger a los mismos contra un trato menos favorable o un despido por haber o tomar un permiso parental.

Para promover una mejor conciliación, señala la Cláusula 6 del Acuerdo, que tanto los Estados miembros como los interlocutores sociales, velando por que los trabajadores, una vez reincorporados del permiso parental, puedan solicitar adaptar su jornada, ya sea en los regímenes de trabajo durante un periodo determinado o en sus horarios, tomarán las medidas necesarias, y los empresarios, valorando tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores, admitirán en consideración tales peticiones y las atenderán. Este matiz que aparece en la mencionada Cláusula 6 del Acuerdo, debe ser subrayado, ya que es la primera vez que aparece en un texto normativo un derecho a la adaptación de la jornada por razones de conciliación de responsabilidades, lo que es muy interesante en una norma que se dedica en exclusiva a los permisos parentales⁸⁶.

La Directiva 2010/18/UE concede un derecho individual o permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder cuidarlo hasta una edad determinada, que deberá definir los Estados Miembros o los interlocutores sociales y que puede ser hasta los ocho años. Tales permisos tendrán una duración mínima de cuatro meses, el cual, en principio, debe concederse con carácter intransferible a fin de promover la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Para fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores, al menos uno de los cuatro meses será intransferible, debiendo definirse las modalidades de aplicación de este periodo intransferible a nivel nacional por ley o convenios colectivos, según las disposiciones sobre permisos vigentes en los Estados miembros.

Los estados miembros, mediante Leyes o Convenios Colectivos, definirán las condiciones de acceso, pudiendo establecerse a nivel nacional diferentes aspectos:

- 1º decidir si el permiso parental se otorga bien a tiempo completo o a tiempo parcial, fragmentándolo o siguiendo un sistema de crédito de tiempo;
- 2º Supeditar el derecho a disfrutar del permiso parental a la antigüedad del trabajo, no pudiendo ser superior a una año, donde se incluye la suma de los contratos sucesivos de duración determinada con el mismo empleador;
- 3º definir las circunstancias permitidas al empleador para posponer la concesión del permiso parental relacionadas con el funcionamiento de la organización y por razones justificables;

⁸⁶ MARÍA AMPARO BALLESTER PASTO, “Conciliación y...”, Op. cit. pp.39.

4º y para responder a las necesidades de funcionamiento y organización de pequeñas empresas, autorizar acuerdos particulares.

También a nivel nacional se determinará, cuando el trabajador ejerza su derecho al permiso parental, los períodos de preaviso que debe comunicar al empleador, precisando el inicio y el final del periodo de permiso, y se evaluará en los casos de adopción o de hijos con discapacidad o enfermedad de larga duración, la necesidad de ajustar las condiciones de acceso y modalidades de utilización de este permiso⁸⁷.

Los Estados Miembros o los interlocutores Sociales, en base a la Legislación, Convenios Colectivos o usos nacionales, acogerán medidas necesarias, para facilitar a los trabajadores—pudiendo así mismo especificar las modalidades de aplicación y condiciones de acceso, e incluso limitar dicho derecho a una duración determinada en función del tiempo o del caso —, ausentarse del trabajo por causas de “fuerza mayor”⁸⁸, ligado a asuntos familiares urgentes en caso de accidente o enfermedad, tal y como literalmente se desprendía ya de la anterior Directiva 96/34/CE, y que la nueva Directiva 2010/18/UE vuelve a reiterar. Sin embargo el término “fuerza mayor” no debe interpretarse en su más estricto sentido jurídico, sino más bien como la ausencia del trabajador en los supuestos de accidente y de hospitalización, que hagan imprescindible su presencia inmediata —.

En la jurisprudencia aplicable a la Directiva de permisos parentales de 2010/18/UE, recientemente se ha reforzado el derecho absoluto e incondicionado a su disfrute, sin que sea lícito que el ejercicio de estos derechos afecte negativamente en el disfrute de otros derechos de naturaleza diferente, con un sentido similar al que se configuró, para la maternidad, en el asunto *Merino Gómez*⁸⁹. Uno de los temas que se ha planteado el TJUE es el del salario relevante a efectos de poder acceder a derechos de contenido económico por parte de trabajadores en una situación de reducción de jornada por conciliación. El TJUE en el año 2009 dictó sentencia diferente en dos asuntos— asuntos *Gómez Limón* y *Meerts* respectivamente⁹⁰—, que, sin embargo no constituye una contradicción, porque en el asunto *Gómez Limón* la cuestión giraba en torno a una prestación de Seguridad Social cuya configuración y alcance es competencia exclusiva interna, mientras que en el asunto *Meerts* la cuestión era exclusivamente retributiva.

Atendiendo de forma estricta a criterios de atribución competencial, los parámetros para determinar el salario relevante para calcular una prestación de Seguridad Social no resultaban contrarios al derecho de la UE porque no formaban parte de sus competencias. Sin embargo, cuando el TJUE tiene competencias para actuar porque la cuestión se mueve estrictamente en el ámbito de responsabilidad indemnizatoria por parte del empresario en

⁸⁷ MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR, “El principio de Igualdad...”, Op. cit pp.356.

⁸⁸ DULCE MARÍA CAIRÓS BARRETO, “Condiciones de empleo y trabajo”, en *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 355-357.

⁸⁹ Véase IRENE MERINO CALLE, “La conciliación laboral, personal y familiar...”, Op. Cit., pp. 14.

⁹⁰ STJUE de 16 de julio de 2009, asunto *Gómez Limón*, C-537/07; y STJUE de 22 de octubre de 2009, asunto *Meerts*, C-116/08.

relación al salario percibido, establece que el ejercicio del derecho al disfrute de los permisos parentales no puede impedir el acceso a otros derechos, en particular, el derecho a la indemnización que hubiera correspondido por extinción si el trabajador no se hubiera encontrado en situación de permiso parental.

La misma doctrina se ha aplicado por el TJUE en relación a la confluencia entre vacaciones y disfrute de permisos parentales, estableciendo la garantía de compatibilizar las vacaciones y el permiso parental— asunto *Zentralbretriesbsrat —Comité de empresa de Hospitales del Tirol*⁹¹—.

En el Ordenamiento Jurídico Español, la normativa española relativa al permiso parental — como se expondrá de forma más extensa en el siguiente apartado— puede considerarse que cumple adecuadamente la normativa de la Unión Europea, excepto en el caso que se planteó precisamente a raíz del asunto *Roca Álvarez*⁹², donde, se cuestionaba la legitimidad comunitaria del permiso de lactancia español— configurado con titularidad preferentemente femenina — mediante la presentación de una cuestión prejudicial. Dicho pronunciamiento, requirió la alteración del Artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores a efectos de permitir el disfrute de forma indistinta por parte de ambos progenitores de dicho permiso. Al mismo tiempo en el Capítulo IV se ofrece una comparativa entre diferentes Estados Miembro de la Unión Europea de los permisos parentales.

iii) Los derechos de paternidad

El Artículo 16 de la Directiva 2006/54/CE, titulado *permiso de paternidad y de adopción*, tiene un doble contenido: por un lado, sea cual sea la naturaleza del permiso — maternidad, paternidad o adopción —, establece la protección frente al despido general; por otro lado, implanta, las mismas garantías instauradas en el Artículo 15 de la Directiva 2006/54/CE — derecho de readmisión en idénticos términos y al beneficio de los derechos a los que hubiera tenido acceso de no haberse encontrado en permiso — para el padre en suspensión por paternidad o para el progenitor en suspensión por adopción. El Artículo 16 de la Directiva 2006/54/CE resulta relevante, debido a que partiendo de una situación típica femenina, como es la maternidad, extiende la protección a las situaciones masculinas referidas a similares períodos. Sin duda, su inclusión en una norma comunitaria cuya titularidad ostenta la mujer indica un avance en la postura comunitaria respecto al reparto de responsabilidades.

⁹¹ STJUE de 22 de abril de 2010, asunto *Zentralbreriesbsrat*, C-486/08.

⁹² STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto *Roca Álvarez*, C-104/09.

3. La conciliación laboral, familiar y personal en España

3.1. Introducción

La absorción de la materia de la conciliación por los objetivos que persigue la igualdad de género es indiscutiblemente necesaria, ya sea desde la perspectiva de la organización de la vida familiar, como desde la perspectiva de la realización personal de hombres y mujeres por el trabajo⁹³. Pero aún y así, es insuficiente para poder garantizar la totalidad de los efectos pretendidos por la conciliación. Debería de— y como se ha mencionado al principio de la exposición— considerarse la conciliación desde su vertiente personal, es decir, desde la creación y formación de espacios y tiempo libre en la vida habitual de los trabajadores— sin diferencias de género—, tomando en consideración su implicación cívica, cultural...etc. en síntesis, desde el ejercicio de su libertad⁹⁴.

En este sentido, el legislador español ha desplegado una actividad legislativa— conforme con la evolución de la normativa tanto en el ámbito Internacional y de la UE⁹⁵— en cuanto a la protección del derecho a la conciliación, el cual encuentra testimonio— al margen del amparo que pueda ofrecer la Constitución Española⁹⁶— en el diverso catálogo normativo que completa el panorama jurídico laboral, y cuya base se asienta en la búsqueda de la igualdad de los trabajadores de diferente sexo en la esfera laboral⁹⁷ .

En este sentido, es preciso hacer referencia, a la Ley 3/1989 de finalidad impulsora de los derechos de igualdad de la mujer, la cual fue de relevante importancia pues supuso la conversión del padre en beneficiario de algunos de los derechos que en principio únicamente le correspondían a la mujer. A continuación debe señalarse la Ley 4/1995, de 23 de marzo,

⁹³ Véase ANTONIO MONTEIRO FERNANDES, "Conciliación de la vida personal y familiar con la vida laboral en la Ley de trabajo Portuguesa", in *Anuario coruñés de derecho comparado de trabajo*, v.3, 2011, pp.100.

⁹⁴ Véase ANTONIO MONTEIRO FERNANDES, "Conciliación de la vida personal...", Op.Cit., pp.101.

⁹⁵ Véase MICHEL MINÉ, "Le droit du temps de travail à la lumière des droits fondamentaux de la personne", in *Le droit Ouvrier*, pp.40, 2011.

⁹⁶ En este sentido, el derecho a la conciliación encuentra asiento en la propia Constitución Española, incluso, en una doble vertiente: por un lado, la protección de la familia —Artículo 39.1 Constitución Española—, y en especial de los hijos —Artículo 39.2 CE—, y por otro lado, la no discriminación por razón de sexo que recoge el Artículo 14.

Por su parte en Portugal, el derecho a la conciliación encuentra asiento en la propia Constitución portuguesa, en la convergencia de diversos derechos fundamentales: El derecho al trabajo y la libertad del trabajo – artículo 47 y 58-; el derecho al descanso y al ocio – artículo 59-; la defensa de la familia, especialmente en sus vertiente materna y paterna– artículo 67 y 68 -; derecho de participación en la vida pública – artículo 48-; derecho a la protección de la salud – artículo 64-; protección de la privacidad – artículo 26-; e igualdad de género – artículo 13 y 59-.

Véase ANTONIO MONTEIRO FERNANDES, "Conciliación de la vida personal y ... ", pp.100.

⁹⁷ La finalidad original de estos derechos fue que la mujer pudiera compaginar sus tareas como responsable de la unidad familiar y el trabajo asalariado; sin embargo, la perpetuación de los roles sexistas que entrañaba este modelo hizo necesario dar un paso más hacia adelante, consistente en atribuir la titularidad de los derechos de conciliación tanto a hombres como a mujeres, con la intención de desligar de uno de los sexos su ejercicio. . La mayoría de los mecanismos para la conciliación de la vida laboral y familiar que recoge el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores —aprobado por el RD-Legislativo 1/95, de 24 de marzo— se ajusta a este esquema formalmente neutro que hace posible su ejercicio independiente —y en algunos casos compartido— por parte de los miembros de la unidad familiar que desarrollen una actividad retribuida. Pero, a pesar de todo, en la práctica las usuarias habituales de estas medidas siguen siendo las mujeres, lo que se explica por la pervivencia de los estereotipos, que atribuyen a estas el trabajo doméstico y a los varones el trabajo productivo Véase a este respecto NORA MARÍA MARTÍNEZ YAÑEZ, "El Principio de corresponsabilidad en las Políticas Autonómicas de Conciliación", en JAIME CABEZA PEREIRO, y BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO, (dirs.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp.245-246, 2011.

Del mismo modo véase IRENE MERINO CALLE, "La conciliación laboral, personal y familiar...", Op. Cit., pp.15.

de regulación del permiso parental y por maternidad, seguida de la Ley 39/99 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras⁹⁸.

Es público y notorio la importancia que tuvo esta norma, ya que remodeló la escasa normativa que existía al respecto. Esta Ley recibió un notorio empuje con la posterior Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁹⁹ — en adelante LOI—, la cual incluye un desarrollo específico del principio de igualdad en el ámbito laboral, con una serie de medidas para favorecer la incorporación y permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo, entre las que se incluyen disposiciones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral¹⁰⁰. La Ley aborda de una manera transversal el principio de igualdad entre mujeres y hombres¹⁰¹, plasmándose en la Exposición de Motivos de la LOI “como principio fundamental” y así se recoge en sus primeros preceptos — Artículo 1 y 2—.

Se trata de una de las manifestaciones legislativas más intensas del derecho constitucional a la igualdad y no discriminación por razón de sexo o género que atañe de manera especial, al espacio de las relaciones laborales¹⁰².

La consecución del objetivo de la igualdad efectiva en el plano laboral pasa por que ambos性es compartan los costes laborales que exige la dedicación a las responsabilidades familiares, sin que éstas vengan atribuidas a uno de ellos en exclusiva. Así nace el *principio de corresponsabilidad*, predicho de nuevo por las instituciones comunitarias¹⁰³, y en el desarrollo de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar marca una nueva etapa¹⁰⁴.

⁹⁸ Fecha: 5 de noviembre de 1999. BOE de 6 de noviembre de 1999. Supone la trasposición de las Directivas 92/85/CE y 96/34/CE.

⁹⁹ Fecha: 22 de marzo de 2007. BOE de 23 de marzo de 2007. Supone la trasposición de la Directiva 2002/73/CE.

¹⁰⁰ Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocen como un criterio general de actuación en la LOI —Artículo 14.8—; dicho artículo los emplaza entre los principios orientadores de las actuaciones que realizan los poderes públicos y aparecen dispersos por toda la norma. Estos principios se concretan en su Título IV, Capítulo II, «Igualdad y conciliación». A este respecto véase TOMÁS PÉREZ DEL RÍO, “La Normativa interna sobre derechos de Conciliación: la Corresponsabilidad”, en JAIME CABEZA PEREIRO, y BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO, (dirs.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 58-59.

¹⁰¹ La transversalidad del principio de igualdad se incorpora a nuestro ordenamiento en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, y en la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Esta técnica reguladora también se había recogido en el IV plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres —2003-2006—, basado en las directrices de la Estrategia Marco Comunitaria sobre Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres —2001-2005—. Ahora bien, realmente es en la LOI donde se recoge de forma más contundente, como se plasma a lo largo de todo su articulado, pues afecta a muy diversos ámbitos: educación, sanidad, medios de comunicación, desarrollo rural, vivienda, empleo público..., etc.

¹⁰² Sobre políticas de empleo, el Artículo 42 de LOI reclama como un objetivo prioritario la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, a través de la «mejora de la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres» y de potenciar «su nivel de formación y su adaptación al mercado de trabajo». Son instrumentos y objetivos coincidentes con los de las directrices de la Unión. A este respecto, Véase ELENA RODRÍGUEZ, “La relación entre las medidas de conciliación y el empleo”, en JAIME CABEZA PEREIRO, y BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO, (dirs.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 289.

¹⁰³ Resolución del Consejo de 29 de junio de 2000, sobre participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, DOCE C/218 5, de 31 de julio de 2000. Véase JAIME CABEZA PEREIRO, “Conciliación de vida privada y laboral”, in *Temas laborales*, número 103, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2010, pp. 44-53.

¹⁰⁴ Véase IRENE MERINO CALLE, “La conciliación laboral, personal y familiar...”, Op. Cit., pp.15-16.

En España, la Ley 39/99, ya introducía en su Exposición de Motivos referencias al principio de corresponsabilidad como nuevo enfoque de los derechos de conciliación; pero su consolidación se produce con la Ley Orgánica 3/2007, en tanto que el Artículo 44 lo vincula con los derechos de conciliación, pretendiendo implicar a la ciudadanía y a las empresas respecto a la corresponsabilidad y a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, con el objetivo de fomentar el impulso de estas medidas de igualdad entre hombres y mujeres, la corresponsabilidad y la conciliación. El Artículo 44.1 de la LOI señala que estas medidas tienen como fin el fomentar «*la asunción equilibrada de responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio*». En realidad, debido a que los derechos de conciliación de la vida familiar, laboral y personal continúan siendo contemplados por el legislador desde una óptica femenina¹⁰⁵, este precepto es una declaración de intenciones que no encuentra amparo en la regulación de la propia norma; la madre sigue siendo la titular del permiso de lactancia, el permiso por maternidad tiene una duración mucho más larga que el de paternidad y la reducción de jornada o excedencia para el cuidado de familiares no requiere por parte de ambos titulares una participación activa. En su último apartado, el Artículo 44 de la LOI reconoce, por primera vez en nuestro ordenamiento, un permiso de paternidad independiente del de maternidad, cuyo objetivo es «*contribuir al reparto de responsabilidades familiares*». Pretende dar respuesta al mandato de la Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996, así como a una perpetua petición de los agentes sociales¹⁰⁶.

Resulta inexcusable acentuar la poca firmeza de estas normas, puesto que facilitan un contexto para tomar medidas en relación con la conciliación, pero carecen de reglas contundentes y concretas para alcanzar soluciones reales y específicas. En este sentido, los Convenios Colectivos¹⁰⁷ podrían plantearse como herramientas para materializar dicha concreción¹⁰⁸. La LOI se remite a la negociación colectiva en los Artículos 43 y 45 a 49. El Artículo 45 establece para las empresas de más de doscientos empleados, la obligatoriedad de negociar planes de igualdad, en el resto, es voluntaria. No obstante, cuando lo establezca el Convenio Colectivo que les sea aplicable y cuando en un procedimiento sancionador, la autoridad laboral hubiera acordado, la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración de un plan de igualdad, será obligatorio elaborarlo y aplicarlo. Ahora bien, se debe diferenciar, el deber de negociar y el deber de elaborar y aplicar un plan de igualdad — uno de cuyos objetivos fundamentales, según la LOI, es el de adoptar medidas que

¹⁰⁵ MARÍA PILAR RIVAS VALLEJO, “La conciliación de la vida laboral y familiar”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 3, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Madrid, 2004.

¹⁰⁶ La Directiva 2010/18/UE establece cuatro meses de duración para el permiso parental, de los cuales uno de ellos será intransferible. De esta forma, impone que cada progenitor ha de disfrutar, como mínimo, un mes de permiso parental. Por tal motivo, en el Ordenamiento Español se ha modificado la duración de este permiso, reconociendo ahora «*cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo*». Modificación introducida por la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida. Según la Disposición Final décima, la modificación de la presente Ley entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2016 (disposición redactada conforme a lo establecido en la Disposición Final décima de la Ley 36/2014, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015).

¹⁰⁷ La realidad actual descansa en que la cuestión a tratar alcanza poco, incluso nulo, protagonismo en las negociaciones colectivas, a pesar de que la normativa viene recordando este derecho visiblemente, por lo menos, desde la Ley 39/1999, de 5 de noviembre.

¹⁰⁸ Véase IRENE MERINO CALLE, “La conciliación laboral, personal y familiar...”, Op. Cit., pp.16-17.

propicien la conciliación y la corresponsabilidad—. Para imponer la obligatoriedad, la LOI debería haber modificado el Artículo 85.3 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores— en adelante, ET — e incluir como contenido mínimo de los Convenios Colectivos la elaboración de un plan de igualdad o la adopción de medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades. En lugar de esto, ha incorporado un nuevo párrafo al Artículo 85.1 ET. De tal forma, que se trata de una nueva materia sobre la que pueden negociar los convenios colectivos, aunque cosa distinta, es que se llegue o no a una acuerdo¹⁰⁹.

Es indudable que manejamos una cuestión que desafía el derecho del empresario de organizar su empresa, pero la solución consiste en buscar un resultado armonioso que satisfaga las necesidades de ambas partes. El propio Estatuto de los Trabajadores reúne ambos derechos, los cuales pueden estar contrapuestos si la empresa no afronta la conciliación como elemento positivo y diferenciador. La legislación tiene la labor de facilitar un marco que fomente estos acuerdos.

De este modo, y ateniéndonos a lo visto anteriormente, la normativa nacional cuenta con distintas herramientas que permiten, o deberían permitir al menos, llevar a cabo en mayor o menor medida la deseada conciliación de la vida familiar y profesional.

Así, el Estatuto de los Trabajadores expone el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo en la lactancia —Artículo 45 ET—; además, plantea la posibilidad de excedencia voluntaria por el cuidado de hijos, hijas y familiares —Artículo 46 ET—. Igualmente, enumera ciertos permisos por lactancia —Artículo 37.4 ET— o por enfermedad de familiares —Artículo 37.3 ET—. También trata el Estatuto de los Trabajadores del derecho de los trabajadores y trabajadoras a disfrutar tanto de las vacaciones como de las mencionadas suspensiones, en el caso de que coincidan —Artículo 38.3 ET—.

Y, asimismo, el ET reconoce en el Artículo 34.8¹¹⁰, según las necesidades conciliadoras, el derecho a adaptar la duración y distribuir la jornada laboral, lo cual se desarrolla a través del Artículo 37.5, al autorizar la reducción de la jornada para el cuidado de hijos y familiares. Las medidas citadas suponen la opción esencial a la que puede acceder todo trabajador o trabajadora que cumpla los requisitos establecidos a tal efecto, y constituyen el pilar del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

Si bien, todos estas disposiciones son importantes, tal vez, para alcanzar el objetivo que se protege con el derecho a la conciliación, los más conflictivos pero a su vez los más significativos, se fundamentan en la maternidad, paternidad, lactancia, la adaptación de la

¹⁰⁹ Véase, MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR, y TOMÁS SALA FRANCO, *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

¹¹⁰ La Disposición Adicional Undécima de la LOI 3/2007, de 22 de marzo, introduce este nuevo apartado octavo al ET, permitiendo la adaptación y distribución del tiempo de trabajo para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. A este respecto, Véase MIGUEL POLO MERCADER, "Conciliación y Jornada de trabajo: La adaptación de la duración y distribución de la Jornada de trabajo tras la Ley de Igualdad", en JAIME CABEZA PEREIRO, y BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO, (dirs), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 208.

duración y distribución de la jornada laboral—Artículo 34.8 ET—, y en relación con esta, la posibilidad de reducir la jornada laboral, Artículo 37.5 ET— .

A continuación se tratará de dar respuesta a las incógnitas acerca de los sujetos que pueden beneficiarse de estos derechos y en qué condiciones, incluso las posibilidades empresariales de actuación ante la utilización por el trabajador de estos derechos vinculados a las responsabilidades familiares, prestando atención no solo su articulación normativa, sino sobre todo la interpretación judicial de las normas¹¹¹.

3.2. Acciones de carácter legal tomadas por el legislador español a favor de la conciliación

a) La adecuación tanto del tiempo como de la distribución de la jornada laboral

La reseña anterior sobre los permisos o suspensiones del contrato laboral que defiende el ET son medidas positivas para la conciliación, aunque éstas pueden entenderse como soluciones simplemente “parciales”. Bajo un criterio de continuidad para la vida laboral del trabajador o la trabajadora, esta parcialidad no satisface los problemas que acarrea la necesidad de conciliación. Las medidas de los permisos, las excedencias o la normativa en cuanto a las vacaciones y su disfrute cuando coincidan con el permiso de maternidad, por ejemplo, actúan para un período exacto como criterios concretos. Por lo tanto, no dan una solución al problema de la conciliación en cuanto al día a día, a pesar de que son normas que deben acogerse positivamente.

De esta forma, la adaptación de la jornada de trabajo, monopoliza el protagonismo en relación al derecho a la conciliación cuando permite que en la vida diaria de los trabajadores y trabajadoras, se materialice la realidad conciliadora. En este sentido, el ET en el primer párrafo del Artículo 34.8, manifiesta el derecho de los trabajadores de *adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (...)*; no obstante, tal y como viene indicado en la propia normativa, esta adaptación, deberá realizarse conforme al Convenio Colectivo o acuerdo que se alcance con el empresario¹¹² — STCO de 14 de marzo de 2011, número 26/2011—, es decir, la norma legal establece el derecho, lo único que falta es concretar los términos de su aplicación, *“respectando la eficacia propia de los acuerdos colectivos por lo que en ningún*

¹¹¹ Véase IRENE MERINO CALLE, “La conciliación laboral, personal y familiar...”, Op. Cit., pp.18-19.

¹¹² La incorporación de este octavo apartado al Artículo 34 ET, “no produce ningún efecto inmediato añadido a lo que ya se establecía en la Ley 39/99, (...), más bien promueve e incentiva la regulación de la materia por parte de la contratación colectiva u otro tipo de acuerdos”. Véase GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías, y ROBLES CIFUENTE, Herminia, “Los Aspectos Laborales de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, in *Análisis y Comentarios a la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. (BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2007). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi SA, 2007, pp.53.

caso el acuerdo individual podrá establecer condiciones peores para el trabajador que las ya reconocidas en la negociación colectiva”¹¹³.

Así, puesto que se deja en manos de la negociación colectiva o en los acuerdos con los empresarios en cuanto a la posibilidad de llegar a tomar medidas en este sentido, se sigue planteando como un derecho sin un apoyo contundente. De hecho, estudios recientes sobre mejoras introducidas en materia de adaptación y distribución de la jornada de trabajo en el clausulado de los convenios colectivos, llegan a las siguientes conclusiones¹¹⁴:

A)

Desarrollo bastante limitado del tenor literal del Artículo 34.8 ET; B) Ausencia de cobertura en los Convenios Colectivos en materia de horarios y jornadas en referencia a las necesidades de conciliar; C) La mínima regulación convencional en materia de conciliación hace referencia a materias puntuales, como al permiso de lactancia, o reducción de la jornada por guarda legal, o reducción de jornada para la trabajadora víctima de violencia de género, así como la regulación convencional de los criterios de preferencia para la elección de turnos de trabajo, como es el caso del Convenio Colectivo del Banco de España; D) la incorporación de los horarios flexibles es una materia regulada de forma general por la negociación colectiva, como en el caso del XV Convenio de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos; E) pocos Convenios Colectivos realizan un verdadero tratamiento integrado del tiempo de trabajo con las necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral¹¹⁵.

De igual modo, el Artículo 37.5 del ET regula la adaptación de jornada, pero en este caso desde el punto de vista de la reducción de jornada— reducción que va desde un octavo hasta un máximo de la mitad de la jornada —, ya sea para otorgar cuidados a hijos e hijas con una edad inferior a los ocho años, personas que tengan algún tipo de discapacidad— tanto psíquica como física o sensorial— y familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que no se puedan valer por ellos mismos, y siempre que— para los dos últimos supuestos— no desempeñen una actividad retribuida— STSJ de Madrid de 26 de julio, número 927/2012, confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo —¹¹⁶.

Desde el año 2011, se incluye la reducción de jornada para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, cuando requiera de hospitalización o tratamiento continuado de la enfermedad acreditado por los servicios públicos de salud¹¹⁷.

¹¹³ AA.VV (coords: TOMÁS SALA FRANCO, MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR, JOSE MARÍA BAÑO LEÓN, JOSE MIGUEL EMBRID IRUJO, y JOSE MARÍA GOERLICH PESET), “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres”. En especial referencia al estudio de CARLOS LUIS ALFONSO MELLADO, *El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres*, Madrid: La Ley, 2008, pp.409.

¹¹⁴ JESÚS LAHERA FORTEZA, y JUAN CARLOS GARCÍA QUIÑONES, “Reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares”, en *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, Albacete: Bomarzo, 2009, pp.85-87.

¹¹⁵ Véase MÓNICA POLO MERCADER, “Conciliación y Jornada de trabajo...”, Op. cit. pp.217-218.

¹¹⁶ Véase IRENE MERINO CALLE, “La conciliación laboral, personal y familiar...”, Op. Cit., pp.19-20.

¹¹⁷ Actual párrafo 3º del número 5 del Artículo 37 introducido, con efectos de 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, por el apartado uno de la disposición final vigésima segunda de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 - B.O.E. de 23 diciembre -. Entró en vigor: el 1 de enero de 2011.

En cuanto al sujeto titular del derecho, abarca a cualquier trabajador ya sea hombre o mujer, independientemente del tipo de contrato laboral— fijo, indefinido o temporal —, jornada completa o a tiempo parcial, sometida a una relación laboral ordinaria o especial, y por consiguiente, que le sean aplicables las reglas del ET en materia de jornada. Así se apuesta por reconocer la titularidad del derecho individual e intransferible, “corrigiendo esa inercia de asignar los derechos de conciliación a la mujer”¹¹⁸. El problema que puede suscitarse en relación a la titularidad del derecho, es cuando la misma recae sobre dos personas de una misma pareja que trabajen en la misma empresa.

En estos casos, no se puede considerar como regla general que solo a uno de ellos le corresponda la solicitud del derecho, ya que “si la razón es conciliar la vida familiar y laboral, y los dos sujetos de la pareja quieren colaborar en las tareas familiares, el ordenamiento ha de respetar y proteger su opción y, por tanto, los dos pueden necesitar y tener derecho a la adaptación de su jornada, máxime cuando eso es lo que mejor puede permitirles conciliar los tres aspectos de su vida a la que la norma se refiere: el personal, el familiar y el laboral”¹¹⁹; es decir, el empresario podrá negarse no al ejercicio total de este derecho, sino al ejercicio simultáneo por ambos sujetos, y debido a razones justificadas del funcionamiento de la empresa¹²⁰. La Reforma Laboral ocasionada en 2012, con el RD-Legislativo 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y luego la Ley 3/2012, de 6 de julio, del mismo nombre, podía haber sido un posible recorrido para que en las necesidades conciliadoras se pudiera dar un paso adelante. Incluso, parecía que la conciliación acumulaba en esta reforma gran protagonismo, puesto que la Disposición Final Primera recogía íntegramente el tema bajo la rúbrica de “modificaciones en materia de conciliación de la vida laboral y familiar”.

No obstante, no ha sido así. Bajo esta nueva normativa, los apartados 4, 5, y 6 del Artículo 37, y el Artículo 38 del ET han sido reformados. Y, además en el supuesto de la reducción de jornada, se ha producido un retroceso. El nuevo Artículo 37.5 del ET que surge tras la reforma— podemos decir— empeora las posibilidades de conciliar. Hasta este momento, el ET no determinaba los criterios bajo los que debía hacerse esta reducción — por ejemplo, se podía utilizar el cómputo semanal que permitía acumular el trabajo en algunos días, o en cómputo anual, para liberar períodos coincidentes con las vacaciones escolares —, no obstante, la reforma del 2012 ha precisado que la reducción debe realizarse de la jornada “diaria”— esta palabra ha ocasionado un retroceso en relación con la conciliación—.

¹¹⁸ JESÚS LAHERA FORTEZA, y JUAN CARLOS GARCÍA QUIÑONES, *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2009, pp.12.

¹¹⁹ Véase TOMÁS SALA FRANCO, MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR, JOSE MARÍA BAÑO LEÓN, JOSE MIGUEL EMBRID IRUJO, y JOSE MARÍA GOERLICH PESET, “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007...”, Op.cit. pp.410.

¹²⁰ Sin embargo, se puede hacer una interpretación restrictiva del poder del empresario, cuando habiendo llegado a un acuerdo de reducción de jornada con uno de los dos trabajadores, decide unilateralmente — modificación sustantiva - volver a cambiar el horario justificándolo en razones de funcionamiento de la empresa. A este respecto, véase Sentencia del Juzgado de lo Social N.º1 de Huelva, número 18/2013.

Esta modificación¹²¹, que en apariencia es mínima en cuanto que únicamente incorpora el término “diaria” al referirse a la reducción de la jornada de trabajo, tiene un gran impacto en la práctica debido a que incide en los aspectos referentes a la concreción horaria del derecho en cuestión. Se abandona por tanto el uso de parámetros superiores al diario, quedando limitada la reducción de jornada.

Al mismo tiempo, supone un freno a la flexibilidad y a la conciliación de la vida familiar y laboral puesto que si la reducción de jornada debe concretarse obligatoriamente en el módulo diario, se está dotando a la medida de una rigidez que favorecerá, sobre todo, a los intereses empresariales, por encima de los del trabajador¹²².

Antes de producirse la reforma del ET por la Ley 3/2012, de 6 de Julio, el Artículo 37.5 establecía la reducción de jornada para los trabajadores y trabajadoras con las cargas familiares — citadas arriba —, sin hacer precisiones en cuanto al concepto de jornada¹²³. Esta falta de precisión permite interpretarlo desde una óptica extensa, admitiendo reducir la jornada en un sentido semanal, mensual, o anual, por ejemplo la reducción aprobaba aplicarse no solo al día a día, también a temporadas más o menos largas, acumulando en ciertos días de la semana el trabajo.

Sin embargo, tras la nueva redacción operada en 2012, el nuevo Artículo 37.5 ET supedita la reducción de la jornada a una reducción diaria. Así, la reducción de la jornada laboral que permite la normativa entre una octava parte y la mitad debe hacerse en relación con la asignación laboral diaria. Por consiguiente, este pequeño matiz hace que hayan perdido las medidas conciliadoras que se venían planteando atendiendo a la interpretación extensiva del concepto de jornada, su respaldo normativo que antes tenían.

Es evidente, que se ha producido un recorte indiscutible a una de las opciones que de mejor forma permite conciliar la vida profesional con la familiar. La reforma laboral ha mermado el sentido práctico de la norma, actuando contra el derecho a conciliar y enfrentándose a la admisibilidad conciliadora que aspira impulsarse desde Europa.

En relación a esta cuestión, varias voces fueron las que se alzaron ante la reforma planteada mediante RD-Legislativo de febrero de 2012¹²⁴; si las hubieran tenido en consideración, el legislador contaba con la oportunidad de dejar de lado esta precisión, mas no ha sido así.

¹²¹ LOURDES FRAGUAS MADURGA, “Reducción de jornada y flexibilidad horaria por cuidado de hijos tras la reforma laboral de 2012”, in *Revista Aranzadi Social*, número 10, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi S.A., 2013, pp. 91-114.

¹²² Criticando esta apuesta legislativa, MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR, “De cómo la reforma operada por el RD ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades”, in *Revista de Derecho Social*, número 57, 2012, pp.109-111; así como MARÍA DEL SOL HERRAIZ MARTÍN, “El Real Decreto-Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar”, in IGNACIO GARCÍA-PERROTE, y JESÚS RAFAEL MERCADER UGUINA, *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*. Valladolid: Lex Nova, 2012, pp. 281.

¹²³ A este respecto de la reducción de jornada prevista en el Artículo 37.5 ET, véase el análisis desde el punto de vista de la Seguridad Social de RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO, “Los Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, in *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número extra 2, 2007, pp.85-88.

¹²⁴ MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR, “De cómo la reforma operada...”, Op.cit., pp. 109-111. Anunciaba tras la entrada en vigor del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, las repercusiones negativas que suponía la nueva redacción del artículo 37.5 del ET. En el mismo sentido se ha pronunciado MARÍA DEL SOL HERRAIZ MARTÍN, “El Real Decreto-Ley 3/2012...” Op.cit., pp. 277-282.

Igualmente, el paso atrás en el derecho de conciliar la vida familiar y la vida laboral ha sido confirmado, con la Ley 3/2012 de 6 de Julio.

Inclusive, la predisposición del legislador se confirma en la reforma que sufre el Artículo 34.8 ET. Se ha incluido un evidente cambio en esta disposición por la reforma, al indicar en un — nuevo — segundo párrafo que (...) se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas.

Estas medidas enumeradas por la nueva aportación se vienen usando en diferentes empresas que muestran una postura favorable por la conciliación de la vida profesional y familiar de sus trabajadores y trabajadoras; mas nuevamente, la cuestión de la conciliación parece asociarse a la jornada en sentido diario.

Además, la norma a la hora de tomar decisiones, aparte de atender a las necesidades conciliadoras del empleado, igualmente considera la mejora de la productividad de la empresa, por lo que carece de contundencia. Por lo tanto, la nueva aportación normativa corrige la cuestión de forma escasa.

No es, sin embargo, ésta la única medida que dificulta la ya de por sí complicada cuestión de la conciliación. Resoluciones como que las personas con contratos a tiempo parcial estén posibilitados a realizar horas extraordinarias, la atribución al empresario de "disponer" de una distribución irregular del diez por ciento de la jornada anual de los trabajadores y las trabajadoras bajo sus criterios unilaterales o la ausencia de bonificaciones reguladas en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, suponen un gran perjuicio para el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

Sin perjuicio de lo expuesto, y reiterando los distintos obstáculos que se presentan a la hora de conciliar la vida personal, familiar y laboral en relación a la adaptación y distribución de la jornada, es necesario señalar también una vía facilitadora de la conciliación, que se abre mediante la citada Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, donde se regula, el trabajo a distancia o el teletrabajo, es decir, el trabajo realizado desde el domicilio del trabajador o el lugar libremente elegido por éste, caracterizado además por la flexibilidad horaria. Esta nueva regulación deja atrás la anterior del contrato de trabajo a domicilio contemplada en el Artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, en la que se definía como trabajo aquel que se desarrollaba "sin vigilancia del empresario"¹²⁵.

¹²⁵ véase IRENE MERINO CALLE, "La conciliación laboral, personal y familiar...", Op. Cit., pp.20-22.

b) Maternidad

El principal efecto que la maternidad produce sobre el contrato de trabajo es la suspensión del mismo¹²⁶, por parto, adopción o acogimiento, tal y como recoge el Artículo 45 y 48.4 ET.

Si bien es cierto que la protección se otorga a los supuestos citados anteriormente, no debe olvidarse que la LOI y el RD 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, pretendieron aumentar los supuestos protegidos en línea con lo que vienen haciendo algunos tribunales.

Sin embargo, la LOI no extendió la protección a los supuestos de tutela, aunque algunas sentencias ya vinieron reconociendo el derecho al descanso por maternidad en esta situación, como la Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid de 17 de enero de 2006, número 00021/2006, en la cual, se concede la prestación por maternidad a una trabajadora que ha sido nombrada tutora de sus dos sobrinos tras el fallecimiento en accidente de sus padres. La sentencia considera que la tutela impone obligaciones y responde a fines similares a los del acogimiento, de ahí que aplique la norma analógicamente.

Recogiendo esta línea empezó a abrirse en la Doctrina judicial, el RD 295/2009, que amplía las situaciones protegidas a efectos de la prestación de maternidad, al incluir

“la constitución de tutela sobre menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor” — Artículo 1.2—, siempre que esta situación conlleve la convivencia entre el tutor y el tutelado, en los mismos términos de edad que hemos mencionado para el adoptado o acogido.

Durante el período que dura la maternidad, además de la suspensión del contrato laboral, los trabajadores— por cuenta propia o por cuenta ajena — que cumplan los requisitos exigidos por la Ley, recibirán un subsidio a cargo de la Seguridad Social— de tal manera que existe una íntima relación entre la protección laboral de la maternidad y la protección de la Seguridad Social —.

Según establece el Artículo 48.4 ET, la suspensión del contrato por maternidad tiene una duración de dieciséis semanas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por hijo a partir del segundo— se otorga el mismo período temporal para los casos de adopción y acogimiento —.

Salvo el descanso correspondiente a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto que es obligatorio para la madre, el resto de semanas de suspensión pueden ser disfrutadas tanto por la madre como por el padre en los términos fijados por el mencionado Artículo 48.4 ET— STSJ del País Vasco, número 182/2013—.

¹²⁶ La suspensión laboral puede entenderse como un estado intermedio entre la interrupción – permisos - y la extinción del contrato de trabajo, que, si bien exonerá de las obligaciones reciprocas de trabajar y remunerar el trabajo, implica en todo caso la reserva del puesto de trabajo.

Además, el permiso por maternidad puede adelantarse en su disfrute; ahora bien, el Artículo 48.4 ET señala que dicha posibilidad opera, única y exclusivamente, “a opción de la interesada”. Es por ello que, aun encontrándose en situación de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal o riesgo durante el embarazo, no puede obligársele en tales casos a la trabajadora a que adelante el disfrute del permiso de maternidad.

Esta regulación pone de manifiesto que “se atiende al interés de la madre— recuperación — y del nacido — adecuadas atenciones —; pero también y en la medida en que es compatible con el primero, se tiene en cuenta el interés del padre — cooperación en los deberes derivados de la paternidad —”. La suspensión del contrato durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto constituye por tanto una medida de protección de la maternidad biológica y atención y cuidado del menor, pero el resto de semanas de suspensión, al poder disfrutarse por la madre o el padre, constituyen una clara medida de conciliación de la vida familiar y laboral que intenta corresponsabilizar al padre en el cuidado de los hijos.

c) Paternidad

Desde hace años tanto la doctrina como la jurisprudencia a nivel nacional y comunitario se planteaban la necesidad de crear un permiso de paternidad distinto al de maternidad para lograr una mayor igualdad real y efectiva de trato entre madres y padres trabajadores respecto al cuidado de los hijos y una mayor participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, fomentando, al mismo tiempo, el protagonismo del padre en el cuidado de los hijos.

El Artículo 14 de la Constitución Española, proclama el derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de sexo, al mismo tiempo que el Artículo 9.2 dispone *“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

Además, la igualdad entre mujeres y hombres es un principio reconocido en textos internacionales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada en 1979 y ratificada por España en 1983. En todo caso, con la finalidad de hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres se inserta la LOI 3/2007¹²⁷.

¹²⁷ Un gran paso se había dado ya en cuanto a la igualdad y no discriminación con el Artículo 16 de la Directiva 2006/54/CE. Éste resulta relevante, debido a que partiendo de una situación típica femenina, como es la maternidad, extiende la protección a las situaciones masculinas referidas a similares períodos. Sin duda, su inclusión en una norma comunitaria cuya titularidad ostenta la mujer indica un avance en la postura comunitaria respecto al reparto de responsabilidades.

La Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de Junio de 1996, es una norma de mínimos que preveía la concesión para los padres trabajadores—hombres o mujeres— y con el objetivo de facilitar la conciliación, de un derecho individual de permiso parental, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para que durante un periodo mínimo de tres meses hasta una edad determinada que pueden ser los ocho años— definido por los Estados Miembros y/o los interlocutores sociales — pudieran ocuparse del mismo.

El 18 de Junio de 2009, se firmó el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, con el fin de seguir progresando en el ámbito de la conciliación de la vida profesional y familiar y con el objetivo de introducir nuevos tipos de permisos familiares. Es, igualmente una normativa de mínimos, y prevé— teniendo en cuenta el aumento de diversidad de las estructuras familiares— conceder a los trabajadores, ya sean hombres o mujeres, un derecho de carácter individual de permiso parental, con motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para que durante un período mínimo de cuatro meses hasta una edad determinada que pueden ser los ocho años— definido por los Estados Miembros y/o los interlocutores sociales — pudieran ocuparse del mismo.

Por consiguiente, el período de duración del derecho establecido en el Acuerdo Marco revisado es superior a lo que se preveía en el anterior— tan solo tres meses de duración—.

Con el fin de dar efecto jurídico a este Acuerdo Marco revisado, se aprobó la Directiva 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo— deroga la Directiva 96/34/CE a partir de

marzo de 2012 —. Sin perjuicio de que a continuación se analizará con detalle, el permiso de paternidad en nuestro país está estipulado, en virtud del articulado tanto de la LOI como del ET en 13 días de duración, los cuales se han intentado mejorar, mediante la Disposición Transitoria Novena de la LOI y la LO 9/2009, de 6 de octubre, — que modifica, entre otras a la propia LOI— hasta alcanzar un permiso de cuatro semanas de duración. Sin embargo, se estipula que hasta enero de 2014 el nuevo período no entre en vigor.

La LOI 3/2007 prevé que “la medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral es el permiso de paternidad de trece días de duración, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo”. Esta previsión se manifiesta en el Artículo 45.1. d) ET, incorporado por la LOI, donde se prevé la paternidad como causa de suspensión del contrato laboral — con la suspensión, al mantenerse en vigor el contrato de trabajo, el trabajador tiene derecho a reincorporarse a la empresa cuando finalice la causa de suspensión exista o no, reserva del puesto de trabajo —, por tanto, surge la posibilidad del padre o el otro progenitor de ejercer un derecho de titularidad individual, no supeditado al desarrollo de la actividad asalariada de la madre, o su derecho a percibir la prestación por maternidad¹²⁸.

Esta suspensión del contrato de trabajo no es una obligación, sino que se trata de un derecho de carácter voluntario, y así se desprende tanto del propio Artículo 48 bis ET como

¹²⁸ Concretamente, la Disposición Adicional Onceava de la LOI, prevé la modificación de la letra d) del apartado 1 del Artículo 45 ET, añadiendo como hemos citado, a la paternidad como causa de suspensión del contrato laboral, modificación desarrollada en el nuevo Artículo 48 bis del ET.

de la jurisprudencia — Sentencia del TSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 2008, número 2168/2008 —. Esta forma voluntaria del ejercicio de la suspensión contractual por paternidad dificulta la obtención de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres que persigue, ya que quizás muchos hombres, o bien el otro progenitor, atendiendo a la voluntariedad y a fin de evitar perjuicios en su ámbito de trabajo, no solicitarán su ejercicio. Con anterioridad a la incorporación del Artículo 48 bis ET, los trabajadores podían disfrutar del permiso retribuido regulado en el Artículo 37.3.b) ET, así como de una parte del descanso por maternidad cedido por la madre, que en esta ocasión, al ser un derecho derivado, incitaba la falta de un derecho propio, aprobando que el padre se mantuviera al margen.

En todo caso, no debemos confundir ambos permisos; del redactado del Artículo 48 bis ET, se desprende que, independientemente del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad que regula el Artículo 48.4 del ET, el beneficiario de la suspensión contractual podrá hacer uso de la misma. La suspensión contractual es a la vez compatible con el permiso retribuido de dos días que regula el Artículo 37.3.b) del ET, — en el caso de que el trabajador necesite desplazarse, el permiso es ampliable a cuatro días —. En este sentido se manifiesta por ejemplo la Sentencia del TSJ del País vasco de 11 de noviembre de 2008, número 3404/2008, donde se considera compatible el permiso de paternidad contemplado en un Convenio Colectivo y la suspensión del contrato de trabajo; o de igual forma se deduce de la Sentencia del TS de 19 de mayo de 2009, número 4948/2009 . Sin embargo y a pesar de la compatibilidad permitida por la normativa; el derecho conferido por el Artículo 48 bis ET va más allá de la regulación conferida por el Artículo 37.3.b) del ET, pues éste solo alude a la paternidad biológica o natural, quedando excluidos, los supuestos de adopción o acogimiento, que sí contempla el Artículo 48 bis del ET. Así, la suspensión del contrato de trabajo por paternidad durará trece días sin interrupción, ampliables en dos días más por cada hijo a partir del segundo en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples— aplicable también a los trabajadores por cuenta propia—.

En todo caso, debido a que la citada medida concede un período corto de tiempo — trece días ininterrumpidos —, éste puede considerarse escaso para obtener una igualdad efectiva entre mujeres y hombres, más aún cuando la Ley considera la duración de diecisésis semanas por descanso de maternidad, existiendo, por lo tanto, una relevante diferencia en cuanto al tiempo.

De igual forma, el Artículo 48 bis del ET configura un derecho de mínimos y de carácter necesario, al conceder el derecho a suspender el contrato laboral al trabajador durante trece días ininterrumpidos, no excluyendo, además, la posibilidad de que, mediante el procedimiento de negociación colectiva o por otro instrumento normativo, pueda ampliarse o mejorarse dicho derecho— citada Sentencia del TS de 19 de mayo de 2009—. Inclusive, mediante la Disposición Transitoria Novena de la LOI, se prevé que *“el gobierno ampliará de forma progresiva y gradual, la duración de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad (...) hasta alcanzar el objetivo de cuatro semanas de este permiso de paternidad a los seis años de la entrada en vigor de la presente ley”*.

Siguiendo esta línea, se encuentra la LO 9/2009, de 6 de octubre, — la cual modifica, entre otras a la LOI— de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida¹²⁹, la cual, con la finalidad de que la duración del permiso de paternidad se amplíe a cuatro semanas en los supuestos de que se produzca el nacimiento de un hijo, adopción o acogimiento, modifica el Artículo 48 bis ET¹³⁰. La misma, modifica igualmente la Ley 34/1984, de 2 de agosto de medidas para la reforma de la función pública, disponiendo que se adjudican permisos de cuatro semanas de disfrute por el padre para los supuestos de nacimiento, acogimiento o adopción¹³¹; en este mismo sentido, conviene hacer mención a la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009¹³², donde— desde esa fecha y actualmente — se prevé que cuando son familias numerosas a partir de tres miembros, o dos y alguno posee alguna discapacidad, la duración de la suspensión contractual por permiso de paternidad se amplía a veinte días naturales, la misma duración se otorgará cuando el hijo nacido o adoptado o acogido posea alguna discapacidad igual o superior al 33% .

En cuanto al cómputo de los trece días, debemos estar a lo que dispone la doctrina haciendo alusión a días naturales y no laborales, ya que la Ley no hace ningún tipo de especificación al respecto. El período temporal del ejercicio de este derecho, será el que se comprende desde que finaliza el permiso por el nacimiento de un hijo — previsto legal o convencionalmente —, o desde la resolución judicial que constituye la adopción, o desde la resolución administrativa o judicial que constituye el acogimiento— según lo dispuesto en el tenor literal del Artículo 48 bis del ET —, hasta que se produzca el fin de la suspensión del contrato establecido en el Artículo 48.4 ET, o inmediatamente después de que finalice la mencionada suspensión. Además, el permiso por paternidad, puede ser disfrutado simultánea o sucesivamente con el permiso por maternidad. Queda de esta forma visible que son totalmente independientes la duración del permiso retribuido del Artículo 37.3 b) ET y la duración de la suspensión contractual, ya que ambos pueden sumarse y obtener un permiso de quince días de duración en el que no se da actividad laboral.

En la situación de parto, el Artículo 48 bis prevé que el disfrute del permiso de paternidad y la suspensión del contrato de trabajo, corresponde al otro progenitor en exclusiva. Así, en el supuesto concreto de nacimiento de un hijo, podrá disfrutar del permiso por paternidad, el padre biológico, aunque también el cónyuge de la madre biológica, en caso de ser otra mujer, adquiriendo las condiciones de “el otro progenitor”; por consiguiente, “el permiso por paternidad no es, por tanto, un permiso exclusivo del hombre trabajador”, puesto que dentro de la concepción del otro progenitor no solo se enmarca en exclusiva el género masculino. En el caso de que se produzca adopción o acogimiento, el permiso de paternidad puede ser disfrutado por cualquiera de los dos; no obstante, en el supuesto de nacimiento, en el que el

¹²⁹ BOE núm.242, de 7 de Octubre de 2009.

¹³⁰ El Artículo 48 bis redactado por el Artículo 1 de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, tiene previsto entrar en vigor a partir del 1 de enero de 2014.

¹³¹ La referida ley, no entrará en vigor, tal y como se desprende de su Disposición Adicional segunda, hasta el 1 de enero de 2016.

¹³² BOE núm.309, de 24 de diciembre de 2008.

período de diecisésis semanas sea disfrutado íntegramente por uno de los progenitores, la suspensión por paternidad solamente podrá ser ejercitado por el otro, no podrá fraccionarse y repartirse entre ambos, lo que sí podrá ser repartido es el período de la suspensión por maternidad.

Es posible disfrutar de estas situaciones en jornada completa o a tiempo parcial, por lo que habrá que estar al acuerdo entre el empresario y el trabajador. En cuanto a la posibilidad de que coincida la suspensión contractual por paternidad con el periodo de vacaciones, se observa en el Artículo 38.3 ET desde la reforma realizada por la Ley 3/2012, de 6 de Julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y luego la Ley 3/2012, que, únicamente existe la posibilidad de que se pueda disfrutar del período vacacional en un tiempo diferente a la incapacidad temporal surgida del embarazo, parto, lactancia natural o disfrute por un permiso de maternidad.

Como manifiesta la doctrina, esta situación puede deberse al hecho de que "en el caso de la suspensión por paternidad, la ley concede un amplio margen para que el padre u otro progenitor (...) pueda escoger el momento para el disfrute de la suspensión"¹³³.

d) Lactancia

El apartado 4 del Artículo 37 del ET, establece la posibilidad para el trabajador o trabajadora de disminuir la jornada de trabajo con motivo de la lactancia de un hijo menor de nueve meses. El trabajador podrá solicitar o la disminución o ausencia del puesto de trabajo por una duración de una hora que puede dividir en dos fracciones— en casos de parto, adopción o acogimiento múltiples, la duración del permiso se verá incrementada proporcionalmente—, o sustituirlo por la reducción de media hora de la jornada laboral — sin reducción de salario —.

La titular originaria de este derecho le corresponde a la mujer, y además a la mujer trabajadora por cuenta ajena. No obstante, cuando el padre y la madre trabajen ambos por cuenta ajena — en la misma o diferente empresa —, la madre trabajadora puede transmitir el disfrute del permiso al hombre— independientemente de que exista o no entre ambos vínculo matrimonial —, pero solo uno de los progenitores podrá ejercerlo— por tanto tal decisión queda subordinada al requisito principal, el cual es que ambos progenitores trabajen—. Ahora bien, dicha transmisión del disfrute efectivo del permiso, no podrá realizarse si la mujer no ostenta la condición de trabajadora por cuenta ajena.

Así pues, la labor de promoción de la actividad conciliadora y el reparto de las cargas familiares entre mujeres y hombres quiebra cuando la mujer no disfruta de la condición de trabajadora por cuenta ajena. Al carecer de la titularidad de dicho derecho, no solo es

¹³³ véase IRENE MERINO CALLE, "La conciliación laboral, personal y familiar...", Op. Cit., pp.23-27.

imposible que pueda beneficiarse de él, tampoco puede ceder el disfrute al padre, aun cuando éste sí que fuera trabajador por cuenta ajena¹³⁴.

Desde que en 1900 la Ley de 13 de marzo sobre protección de la mujer y el niño en el trabajo reconoció a las mujeres trabajadoras el derecho a un descanso retribuido para amamantar a sus hijos en período de lactancia, con carácter exclusivo, este permiso ha estado vinculado a la mujer trabajadora, tanto en la normativa internacional como en nuestro derecho interno. Esta limitación manifiesta que en sus orígenes el permiso de lactancia estuvo vinculado a la alimentación natural del niño, que solo la madre, biológicamente podía darle. Poco a poco, la interpretación jurisprudencial fue ampliando el objeto del permiso hasta incluir la alimentación artificial— que al ser independiente de la condición biológica de la mujer —, podía ser proporcionada de forma igualitaria por el padre — STC de 5 de marzo, número 109/1993, y STC de 14 de junio, número 187/1993 —. La evolución continuó al punto de que el objeto del permiso se amplió más allá de la alimentación, hasta alcanzar, en términos estrictos, al cuidado, en términos generales, del hijo menor de nueve meses— STS de 24 de febrero de 1989, número 574/1989, o en la misma línea SAN de 9 de marzo de 2004, número 21/2004 —.

Por tal motivo, la doctrina comenzó a cuestionar la constitucionalidad del Artículo 37.4 ET y su adecuación al derecho de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, garantizado a nivel interno por la Constitución Española en el Artículo 14, y a nivel comunitario por el Artículo 19 del TFUE— antiguo Artículo 13 del Tratado de las Comunidades Europeas— y la Directiva 2006/54/CE.

A nivel interno, no han faltado decisiones jurisprudenciales que realizan una interpretación correctora de los términos del Artículo 37.4 ET a la luz de la constitucionalidad de dicho artículo al amparo del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación en el ámbito laboral y el reparto, proporcional y equilibrado de las responsabilidades en la vida profesional y privada y personal. Los tribunales en este sentido, habían admitido la titularidad del padre en cuanto al permiso de lactancia sólo en los supuestos en que existía un convenio colectivo que así lo dispusiera, mediante una regulación más favorable que la proporcionada por el Artículo 37.4 ET— STSJ Navarra de 15 de Diciembre de 2003 , número 404/2003 —. Sin embargo, dos recientes sentencias se apartan del criterio seguido hasta ahora por los Tribunales Laborales. Ese es el caso en primer lugar de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº2 de Valladolid de 14 de noviembre de 2007, número 1183/2007, donde el Artículo 37.4 ET se interpreta de acuerdo a la finalidad de facilitar la participación de los trabajadores en la vida familiar, sin que afecte de forma negativa a las condiciones en el trabajo, y por tanto la sentencia declara que el permiso de lactancia se reconoce a cualquier padre de familia siempre que no se disfrute de forma simultánea por la madre. En concreto, en la sentencia, al no poder la madre disfrutar de dicho permiso por ser trabajadora autónoma, debe disfrutarlo el padre. En segundo lugar, la STSJ de Madrid de 10 de octubre de 2008, número

¹³⁴ Véase ELENA GARCÍA TESTAL, *La protección de la lactancia en el ordenamiento laboral español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp.41 y ss.

24108/2008, afirma que “la titularidad del derecho corresponde a ambos progenitores, exigiendo exclusivamente la Ley que los dos sean trabajadores”, requisito que y de acuerdo con la sentencia, ostentan todos los que trabajan por cuenta ajena, pero también quienes lo hacen por cuenta propia. La Sala para justificar esta interpretación alude a la “paridad entre el hombre y la mujer” hacia la que se ha encaminado nuestra legislación, y en concreto, el Artículo 44.1 de la LOI 3/2007. El Tribunal entiende por tanto que el Artículo 37.4 del ET debe revisarse, con el fin de favorecer la conciliación y la corresponsabilidad familiar y evitar la discriminación “dando igual tratamiento a las situaciones en las que ambos progenitores trabajen, con independencia de que uno de ellos lo haga como autónomo y del sexo de éste”. Sentencias más recientes como la SAN, número 1477/2013 siguen esta línea de argumentación.

En lo que refiere al ámbito comunitario, también se ha precisado la interpretación del Artículo 37.4 ET, mediante el conocido asunto *Roca Álvarez*¹³⁵. Según ésta, el permiso español de lactancia, en la actualidad se encuentra totalmente desvinculado de la función de amamantar al hijo menor de nueve meses por la madre trabajadora; así el tribunal dice “se considera actualmente como un mero tiempo de cuidado a favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute del permiso de maternidad”¹³⁶. Así, a la vista de estas circunstancias, parece, pues, que el objetivo del permiso se encuentra, en proporcionar más bien, un tiempo adicional para cuidar del hijo, aunque no alejado de la función de alimentación. A la vista de los razonamientos, la sentencia concluye que el Artículo 37.4 ET contiene una discriminación directa por sexo, que no queda ni amparada ni justificada como una acción positiva¹²⁸ dirigida a proteger los intereses de la mujer en la esfera laboral¹³⁷, en otras palabras, la diferencia de trato contenida en el Artículo 37.4 ET no está justificada con las posibilidades que admite la Directiva 2006/54/CE.

Inclusive, y a raíz del asunto *Roca Álvarez* se puede considerar que materia del permiso de lactancia se ha continuado avanzando hacia delante, al permitir al progenitor varón disfrutar de dicho permiso aún cuando la madre no sea persona trabajadora— ni por cuenta ajena ni por cuenta propia —, así lo ha dispuesto la STSJ del País Vasco de 20 de diciembre de 2011, número 3093/2011.

Por lo demás—e independientemente de que exista una lactancia biológica—, el permiso de lactancia responde al dato objetivo de que el hijo sea un menor de nueve meses— tal y como se desprende del tenor literal del Artículo —, consiguientemente, hasta que el menor alcance tal edad, el beneficio del disfrute del permiso se mantiene en el tiempo, y una vez alcanzada la edad de nueve meses, el permiso desaparece de forma automática, a no ser que el mismo se encuentre ampliado mediante pacto individual o colectivo.

¹³⁵ STJUE 30 de septiembre de 2010, asunto *Roca Álvarez*, C-104/09.

¹³⁶ Véase Fundamento Jurídico 28. Por ello, continúa el Tribunal “ese permiso se concede a los trabajadores y trabajadoras por su condición de progenitores del niño”.

¹³⁷ Es aquella que implica una diferencia de trato por razón de sexo con el fin de proteger a aquel que sufra mayores dificultades en su carrera profesional, y solo puede justificarse por un tiempo imprescindible, es decir, mientras la pretendida igualdad no se alcance efectivamente, pero en cuanto tal condición se cumpla, la medida debe desaparecer, pues habría perdido su justificación objetiva y razonable.

En principio— y atendiendo a la finalidad del permiso y sus concretas necesidades—, le corresponde al trabajador beneficiario del derecho al permiso y no al empresario, el determinar la concreción horaria del mismo y determinar el período de disfrute, tal y como viene recogido en el Artículo 37.6 del ET— e implícitamente conectado el mencionado Artículo 34.8 del ET —. En caso de conflicto entre el trabajador y el empresario por las disconformidad que pueda manifestar éste en cuanto a la concreción horaria y el período de disfrute propuesto por aquél, deberá ser resuelto por la jurisdicción competente y a través del procedimiento establecido en virtud de lo recogido en el nuevo Artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social¹³⁸.

En todo caso, el trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación precisando la fecha en que iniciará y se reincorporará a su jornada ordinaria— Artículo 37.6 ET —¹³⁹.

4. Comparativa de la conciliación de la vida laboral y familiar entre estados miembros

4.1. Introducción

En este capítulo se lleva a cabo un análisis y evaluación del impacto de género de las medidas más habituales y más desarrolladas como políticas de conciliación en los países de la Unión Europea para los progenitores, con ocasión del nacimiento, adopción o acogimiento de un niño/a— llamados generalmente parentales, debido a que es un término que engloba tanto a los que adoptan esa específica denominación como a los de maternidad, paternidad, etc. —. Partiendo que implicar en el cuidado infantil a los hombres es fundamental para diluir los roles de género, y de que esa implicación no puede darse sin un uso igualitario de los permisos parentales, se trata por un lado, de evaluar los efectos que la configuración de los permisos por nacimiento tienen sobre esa deseable corresponsabilidad, y por otro lado, de cómo se puede incrementar el uso de los permisos por parte de los hombres hasta llegar al equilibrio deseado.

El análisis y la evaluación se realiza mediante una comparación de los permisos de maternidad, paternidad y parentales en diferentes Estados Miembros de la Unión Europea, poniendo especial atención en los elementos que inciden en su utilización por parte de los hombres — El diseño del sistema de permisos está relacionado directamente con la norma social sobre su uso tanto por parte de hombres y de mujeres preponderante en cada país —;

¹³⁸ A este respecto véase YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ, “Discriminación por razón de sexo en la titularidad del derecho al permiso de lactancia por el padre en el caso de que la madre no sea trabajadora por cuenta ajena”, en JAIME CABEZA PEREIRO, y BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO, (dirs), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp.193-203.

¹³⁹ véase IRENE MERINO CALLE, “La conciliación laboral, personal y familiar...”, Op. Cit., pp.27-30.

de esta forma, los diferentes países pueden ser ordenados según haya más o menos Igualdad/desigualdad de género de su sistema de permisos.

4.2. Clasificación seguida en Europa según el tipo de permiso

Debido a que cada país tiene una forma y criterios propios de regular y denominar los permisos por nacimiento, adopción o acogimiento, la Tabla número 1. recoge de forma general los permisos que existen en la mayor parte de los países de la UE.

TABLA 1: DEFINICIONES Y CARACTERÍSTICAS DE LOS PERMISOS REMUNERADOS

| TIPO DE PERMISO | QUIÉN PUEDE TOMARLO | CUÁNDΟ | DURACIÓN | REMUNERACIÓN | PARA QUÉ |
|-----------------|--|--|--------------------------------|--|---|
| P. Maternidad | Las madres (en Algunos países pueden ceder una parte al otro/a progenitor/a) | A continuación del parto (puede iniciarse antes) | Media europea: 20,5 semanas | Generalmente entre el 75 y 100% del salario | Recuperación del parto y cuidado de la criatura |
| P. Paternidad | Exclusivamente los Padres | A continuación del parto | Media europea: 2,5 Semanas | Generalmente igual que el de Maternidad | Ayuda durante la recuperación del parto |
| P. Parental | Generalmente transferible entre ambos progenitores/ as (en algunos países, con cuotas intransferibles) | A partir del Permiso de Maternidad y antes de una cierta edad de la criatura | Entre 3 meses y 2 años y medio | Generalmente mal pagados (excepciones notables: países nórdicos y Eslovenia) | Cuidado de la criatura |

Fuente: *Instituto de estudios Fiscales*¹⁴⁰

A continuación, la Tabla número 2. recoge como se configura, en cada uno de los países analizados y evaluados los permisos antes reseñados, ya sea por nacimiento, adopción o acogimiento, pues en la gran mayoría de países— salvo alguna excepción— los padres adoptivos pueden disfrutar de los mismo permisos que la otra categoría de padres; y el Gráfico número 1. muestra la traslación de la Tabla número 2.

Dicha tabla muestra a quiénes van dirigidos los permisos, evidenciando los países que no

¹⁴⁰ CARMEN CASTRO GARCÍA, y MARÍA PAZOS MORÁN, "Permisos por nacimiento e igualdad de género: ¿cómo diseñar los permisos de maternidad, paternidad y parentales para conseguir un comportamiento corresponsable?", en *Instituto de Estudios Fiscales*, número 9, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2012, pp.10.

consideran a los hombres todavía como titulares del derecho al permiso; la diferente duración entre los permisos destinados a los hombres — cuando existen — respecto a los de las mujeres; y cuál es la remuneración de los permisos, que en algunos países ni siquiera establecen un porcentaje del salario sino un importe fijo que suele ser de poca cuantía.

TABLA 2: PERMISOS POR NACIMIENTO EN ALGUNOS PAÍSES DE EUROPA, 2015

| | HOMBRES INTRANSFERIBLES | | MUJERES INTRANSFERIBLES | | CONJUNTO TRANSFERIBLE | |
|-----------------------------|-----------------------------|----------------------------|----------------------------|----------------------------|--------------------------|----------------------------|
| | Duraci ón: Seman a | REMUNERACIÓN : (mes) | Duración: Semana | REMUNERACIÓN : (mes) | Duraci ón: Semana | REMUNERACIÓN : (mes) |
| ALEMANIA ¹⁴¹ | -- | -- | 8 | 100% | 48 | 67% |
| DINAMARCA ¹⁴² | 2 | 100% | 18 | 100% | 32 | 100% |

¹⁴¹ Alemania: La extensión total del permiso parental es de 12 meses, entre los que se incluyen los 2 intransferibles para las madres; este periodo se incrementa en 2 meses más cuando los padres hacen uso de 2 meses. La remuneración durante todo el periodo transferible y también durante los meses del padre es al 67% con el límite de 1.800 € por mes. En el caso del permiso parental, dos de las semanas deben ser disfrutadas a la vez por ambos progenitores.

Los padres adoptivos disfrutan de los mismos beneficios que los padres biológicos.

¹⁴² Dinamarca: El pago es del 100 por 100 del salario con un techo de 554€ por semana –DKK 4.135-; el mismo techo opera como límite en el pago de permiso de paternidad y para el parental. Aunque cada padres puede solicitar el permiso parental de 32 semanas, únicamente cada familia –padre y madre- puede reclamar el pago de 32 semanas en total. Además en este caso del permiso parental, las 32 semanas pueden ser ampliadas hasta 40 semanas o hasta 46 semanas –only employed persons and self-employed persons-, pero en estos dos últimos casos solamente serán remuneradas las primeras 32 semanas de disfrute del permiso parental, y la extensión únicamente podrá solicitarse por uno de los dos padres.

Nota → En fecha de abril 2015, las estadísticas oficiales de Dinamarca, indican que un 60% de los padres –sexo masculino- con hijos nacidos a partir del año 2011, han optado por disfrutar del permiso de paternidad intransferible.

| | | | | | | |
|-----------------------------|-----|--|------|--------------------------------------|------|---|
| ESLOVENIA ¹⁴³ | 13 | 2 semanas al 100% + 11 semanas a 174€/mes (30% salario mínimo) | 18,5 | 100% | 37 | 100% |
| ESPAÑA ¹⁴⁴ | 2 | 100% | 6 | 100% | 16 | 100% |
| ESTONIA ¹⁴⁵ | 1.5 | 100% | 20 | 100% | 139 | 100% para 62 semanas 38 €/mes 77 semanas (14% salario mínimo) |
| FINLANDIA ¹⁴⁶ | 9 | 75% los primeros 30 días. 70% el resto. | 17.5 | 90% los primeros 56 días 70% 46 días | 26.5 | 75% para los 30 días 70% 128 días restantes |
| GRECIA ¹⁴⁷ | 0.2 | 100% | 16 | 100% | -- | -- |

¹⁴³ Eslovenia: En junio de 2012, entró en vigor la Ley de estabilidad de la Hacienda Pública, introduciendo medidas de austeridad. Entre las medidas introducidas, se incluye una reducción en el pago del permiso parental y de paternidad del 100% al 90% de los ingresos, para los padres que ganen más de 763 Euros al mes, los que ganan menos seguirán recibiendo el 100% de la retribución. El techo también se redujo de 2,5 veces a 2 veces el salario medio en Eslovenia. Los padres adoptivos tienen los mismos derechos que los padres biológicos en cuanto al permiso parental. Respecto al permiso de paternidad, acorde con el informe anual de 2015, cuando la economía eslovena mejore, un total de 30 días del permiso será remunerado al 100% con un techo 2,5 veces el salario promedio de Eslovenia.

En cuanto al permiso parental suma en total una cantidad de unas 37 semanas, de las cuales 18 semanas y media le corresponde a cada padre.

¹⁴⁴ España: Las 16 semanas de permiso transferible incluyen 10 que integran el permiso de maternidad y el máximo tiempo que se podría acumular por el permiso de lactancia - de 2 a 4 semanas, según el convenio colectivo -. Además existe la posibilidad de un sistema de excedencia - permiso individual - que se puede alargar hasta que la criatura cumple 3 años – máximo 132 semanas - cuya remuneración depende de los gobiernos regionales – las cuales y debido a la crisis económica se han visto reducidas -, sin embargo no se han tenido en consideración en el análisis. Para las situaciones de los padres adoptivos, éstos disfrutarán de los mismos beneficios que los progenitores biológicos.

En cuanto al permiso de paternidad, desde que en el año 2009 se previó en la Ley sobre el permiso de paternidad un aumento de hasta cuatro semanas para disfrute del padre, esta medida deviene congelada y se prevé que a partir del 1 de enero del año 2016 entré por fin en vigor – Disposición Final Décima Ley 36/2014, de 26 de diciembre, BOE 315, 30 de Diciembre, 2014, modificando la Ley 9/2009 sobre el permiso de paternidad-.

Nota → de acuerdo con el Estudio y encuesta "The social use of leave in Spain 2012" un 74% de los varones trabajadores y que han sido padres en los últimos años han disfrutado del permiso de paternidad, lo que demuestra el claro beneficio a favor de la igualdad que produce este permiso.

¹⁴⁵ Estonia: El permiso parental puede alcanzar hasta que el hijo/a cumple los 3 años. Hay 2 sistemas de pago: a) 62 semanas al 100 por 100 con un límite de 2.550 € al mes; y b) el resto hasta el tercer cumpleaños, se remunera a un importe fijo de 38€ por mes a ambos progenitores/as. Para las situaciones de los padres adoptivos, éstos dispondrán de un permiso de 70 días por niño adoptado menor de 10 años y se remunerará al 100% del salario sin techo limitativo. Igualmente podrán disfrutar del permiso parental con las mismas condiciones.

¹⁴⁶ Finlandia: El permiso de maternidad son 105 días laborales. El permiso de paternidad son 54 días laborables. Límites que operan en la remuneración de los permisos: la parte de Maternidad que se paga al 90 por 100 tiene un techo de 56.302€, las partes que se remuneran al 70 por 100 tienen de techo 36.420€.

| | | | | | | |
|-------------------------------|-----|--|-------|---|----|--|
| HOLANDA ¹⁴⁸ | 0.2 | 100% | 16 | 100% | 26 | -- |
| PORTUGAL ¹⁴⁹ | 2.8 | 100% | 18-21 | 120 días al 100% o 150 días al 80% / 150 días al 100% o 180 días al 83% | 24 | 25% si se toma una vez finalizado el permiso inicial |
| REINO UNIDO ¹⁵⁰ | 2 | 194€/semana (58% salario mínimo) | 52 | Sólo 33 semanas al 90%, el resto no remunerado | 36 | -- |

¹⁴⁷ Grecia: En abril del año 2012 – Artículos 48 a 54 de la Ley 4075/12 – se votó en el Parlamento Griego una nueva ley sobre permiso parental. La ley incorpora la Directiva 2012/18/UE relativa al permiso parental en la legislación nacional griega. De acuerdo con las disposiciones de la Ley, se producen los siguientes cambios en relación a todas las personas que trabajen tanto en el sector Público como Privado: A) El permiso parental se extiende, se puede disfrutar hasta que el niño cumpla 6 años - en lugar de 3 años y medio que venía establecido anteriormente -. B) El permiso parental tiene una duración de 4 meses – en lugar de 3 meses y medio -. C) Las solicitudes para disfrutar del permiso parental presentado por padres de niños que sufren de una discapacidad o enfermedad de inmediata o larga duración y por familias monoparentales, se tratarán con absoluta prioridad. D) En caso de muerte de un padre o no reconocimiento por parte de los padres de un niño, el otro progenitor tendrá derecho a recibir el doble del permiso parental. En todos los casos, el permiso parental no está remunerado.

¹⁴⁸ Holanda: En el pago del permiso intransferible de las mujeres opera como límite el importe máximo del subsidio por enfermedad: 186,65 € diarios. El pago del permiso parental se realiza a través de una reducción de impuestos. En primavera del año 2012, se incorporó un nuevo artículo a la Ley sobre los tiempos de Trabajo – *Arbeidstijdenwet* -. Este artículo es la implementación de la Directiva Europea 2010/18/UE, dirigida a otorgar una mayor protección de la posición del empleado que disfrute de un permiso parental. Además, en base a este artículo, el trabajador puede solicitar a la empresa un cambio temporal de las horas de trabajo, inmediatamente después de aceptar la totalidad del permiso parental – en un plazo máximo de un año -. En los supuestos de adopción, cada padre tiene derecho a 4 semanas de permiso cuando el niño está en el proceso de adopción. También disfrutan del permiso parental en los mismos términos que los padres biológicos.

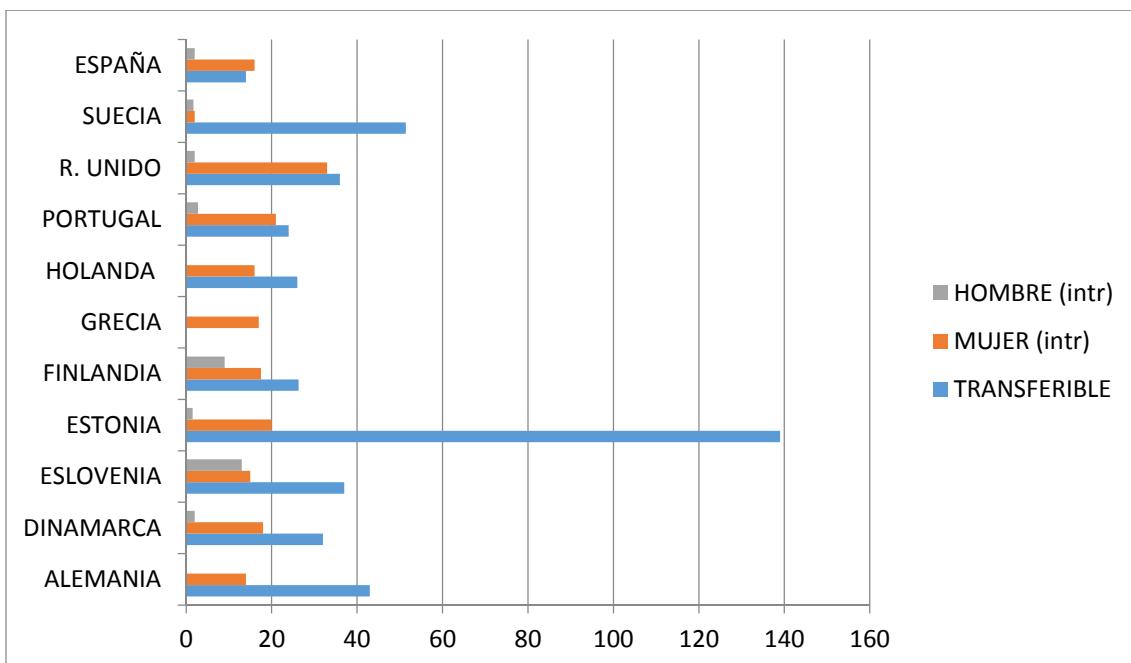
¹⁴⁹ Portugal: Con la reforma sufrida en el Código de trabajo portugués en el año 2009, se cambió el nombre de los permisos: 1. Permiso inicial de duración de 120 a 150 días consecutivos – con opción de los progenitores a distribuirlos entre ellos-; 2. Permiso inicial exclusivo de la madre – de duración de 30 días anteriores al parto y de 6 semanas una vez producido el nacimiento-; 3. El permiso parental inicial – para uno de los progenitores en caso de la imposibilidad del otro-; y 4. Permiso parental exclusivo del padre – duración obligatoria de 10 días -. En el caso de la maternidad, una vez que la madre disfruta de las 6 semanas obligatorias, el resto puede ser compartido. En caso de compartirlo, los padres obtienen 30 días adicionales. En cuanto al beneficio, si los progenitores no llegan a un acuerdo de igualdad de género, la remuneración por el permiso se calcula: 120 días al 100% o 150 días al 80%; en caso de acuerdo 150 días al 100% o 180 días al 83%. Para los permisos parentales, se establece un período de 3 meses para cada progenitor, retribuido al 25% del salario en caso de que se tome inmediatamente a seguir del permiso inicial. Para los casos de adopción, los niños adoptados menores de 15 años permiten tener los mismos beneficios que el permiso parental inicial – si hubiere dos padres adoptantes, el tiempo se divide entre ambos-; en caso de múltiple adopción se añaden 30 días por niño adoptado.

¹⁵⁰ Reino Unido: El permiso de maternidad es de 52 semanas, aunque sólo 33 semanas están remuneradas al 90% del salario, el resto no se pagan. Existe un permiso parental de 18 semanas por progenitor/a e hijo/a, pero no está remunerado. En las situaciones de adopción, el padre adoptivo – o uno de los padres en los casos de adopciones conjuntas- puede tomar un permiso de 52 semanas pagado a 194€ por semana-. También existe el permiso de paternidad para el adoptante que no disfrute de permiso de adopción.

| | | | | | | |
|-----------------------|-----|-------|---|-------|------|---|
| SUECIA ¹⁵¹ | 1.7 | 77.6% | 2 | 77.6% | 51.4 | 77,6% para 38,6 semanas 571,9 € para 12,8 semanas (20€/día) |
|-----------------------|-----|-------|---|-------|------|---|

Fuente: *Instituto de estudios Fiscales* a partir de datos de Moss (2015): International Review of Leave Policies and Related Research. 2015¹⁵².

GRÁFICO 1: PERMISOS REMUNERADOS POR NACIMIENTO EN EUROPA, 2015



Fuente: *Instituto de estudios Fiscales* a partir de datos de "International Review of Leave Policies and Related Research" 2015.

¹⁵¹ Suecia: En total tienen 480 días de permiso parental, de los cuales 60 días son intransferibles para los hombres y otros 60 días intransferibles para las mujeres. Además, los hombres tienen 10 días de permiso de paternidad. Se remunera todo al 77,6 por 100 salvo los últimos 90 días del permiso transferible que lo están aun importe fijo de 20 € al día.

Desde el 1 de Enero de 2012 el Bono de Igualdad de Género se ha simplificado. Y al mismo tiempo, se introdujo en el permiso parental los llamados "días dobles", permitiendo a los padres estar disfrutando del permiso juntos en casa hasta por 30 días, durante los primeros años de vida de su hijo.

¹⁵² PETER MOSS, "International Review of leave Policies and Related Research 2015", en *Annual reviews*, vol. 11, Pp.doi: <http://www.leavenetwork.org> (20.10.2015).

Al mismo tiempo, Véase, CARMEN CASTRO GARCÍA, y MARÍA PAZOS MORÁN, "Permisos por nacimiento e igualdad de género: ¿cómo diseñar los permisos de maternidad, paternidad y parentales para conseguir un comportamiento corresponsable?", en *Instituto de Estudios Fiscales*, número 9, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2012, pp.11-13.

En la Tabla número 2. y el Gráfico número 1. se observa que despuntan países tan dispares como Suecia o Eslovenia, sin embargo, y a pesar de que podrían ser protagonistas de una tendencia encaminada a equiparar las partes intransferibles correspondientes a hombres y mujeres, la prioridad manifiesta de la parte transferible del permiso, pone en cuestión la “generosidad” del modelo de estos países.

Para analizar quienes son los destinatarios en la práctica de los permisos, hay que poner atención en las características que determinan su uso, en este caso, la intransferibilidad, la duración y la remuneración.

4.3. Intransferibilidad¹⁵³

La característica de la intransferibilidad¹⁵⁴ y por consiguiente de la individualidad, con carácter general, no existe— aunque hay una tendencia de cambio en la UE manifestada en la tabla nº2—. En la mayor parte de los Estados Miembros de la UE existe la opción de transferir al otro/a progenitor/a al menos una parte, lo que tiene como efecto el mantenimiento de la desigualdad entre hombres y mujeres a la hora de distribuir el tiempo al cuidado.

Los permisos parentales transferibles se presentan con apariencia de equitativos e igualitarios, pues permitirían—aparentemente— la llamada “elección familiar”, no dejando la tarea del cuidado exclusivamente en manos de las mujeres. En la práctica, ejercer esa aparente “elección”, recae con frecuencia en las mujeres, curiosamente, funcionando como ampliación del permiso de maternidad. De esta forma, países como Suecia han ido instaurando cuotas que se reservan a los padres, como única solución a que éstos participen en la práctica.

El permiso parental transferible, de forma general, puede ser tomado, a continuación de que finalice el permiso exclusivo de la madre. En algunos países miembros, el permiso parental es de titularidad familiar, en otros como por ejemplo España, es una parte— 10 semanas— del total del permiso por maternidad, del que es titular la madre, pero ésta puede cederlo al otro progenitor/a, y siempre que el otro/a esté dispuesto a aceptarlo.

¹⁵³ CARMEN CASTRO GARCÍA, y MARÍA PAZOS MORÁN, “Permisos por nacimiento e igualdad de género...”, Op. cit. pp.13-14.

¹⁵⁴ La Intransferibilidad significa que si la persona titular del derecho no hace uso de él, nadie más puede hacerlo —*Take-up of leave*—. Suecia estableció por primera vez, en 1974, permisos transferibles entre progenitores. Desde entonces, este recurso a la transferibilidad de los permisos se ha extendido, bien en forma de posibilidad de ceder un permiso propio al otro progenitor o en forma de titularidad compartida que cada pareja decide cómo repartirse.

4.4. Duración¹⁵⁵

En la mayoría de los países de la Unión Europea, existen permisos cuyos titulares — individuales e intransferibles— son tanto las mujeres como los hombres, aunque es cierto que los permisos femeninos son de mayor duración que los de los hombres.

La duración del permiso es una característica importante y relevante, debido a que significa el tiempo de ausencia tanto de la madre como del padre a sus puestos de trabajo, y el tiempo que podrán dedicar al cuidado directo de la criatura.

A pesar de que esa es la situación general, existen excepciones en países como Noruega, donde el tiempo otorgado a los hombres como permiso individual e intransferible es superior que el destinado a las mujeres. Esta excepción es consecuencia de que, aparte de la parte intransferible del permiso parental— cuya finalidad— es implicar a los hombres en las tareas de cuidado de la criatura, coexisten unos días especiales conocidos como “*daddy days*” o “*días del padre*”, para usarse simultáneamente al permiso de maternidad y que funcionan a modo de permiso de paternidad¹⁵⁶.

El Gráfico número 1. demuestra que, por regla general, los permisos de las mujeres tienen una duración mayor a la de los hombres. Por ejemplo, Reino Unido — 52 semanas y 2 semanas respectivamente, aunque de las 52 sólo se remuneran 33 —, Finlandia— 17,5 semanas y 9 semanas respectivamente —, o incluso España 16 semanas y 2 semanas respectivamente —.

Los permisos conjuntos o transferibles— más conocidos como parentales —, tienen en muchos países una duración mayor que los de maternidad y, por supuesto, que los de paternidad.

4.5. Remuneración¹⁵⁷

La tercera característica relevante para utilizar el permiso por nacimiento, adopción o acogimiento, es el criterio de remuneración, ya que, en función de cómo sea éste, tiene consecuencias directas sobre el nivel de ingresos de padres y madres, y por consiguiente, condiciona el uso del permiso— de forma decisiva en el caso de los hombres —.

Con carácter general, los permisos por maternidad se remuneran con un subsidio de casi el 100% del salario; de esta forma se hace en países como Austria, Polonia, Francia, Alemania, Dinamarca, España, Eslovenia, Estonia, Grecia, Holanda y Portugal. En Finlandia y Reino

¹⁵⁵ CARMEN CASTRO GARCÍA, y MARÍA PAZOS MORÁN, “Permisos por nacimiento e igualdad de género...”, Op. cit. pp.14.

¹⁵⁶ Sólo en Islandia – país que ha retirado su candidatura a la adhesión en la UE en marzo de este año pasado 2015 – dispone de la misma duración para los tres tipos de permisos que estamos analizando, con 12,9 semanas de permiso – maternidad, paternidad y parental transferible- y remunerado con un subsidio al 75% del salario.

¹⁵⁷ CARMEN CASTRO GARCÍA, y MARÍA PAZOS MORÁN, “Permisos por nacimiento e igualdad de género...”, Op. cit. pp.14-16

Unido el subsidio es del 90% del salario— En el caso de Finlandia son los primeros 56 días, el resto tiene un subsidio del 70% del salario —; en Italia, Irlanda el subsidio es del 80% del salario. En unos pocos países la remuneración se sitúa entre el 70 y el 80%, como en Suecia — al 77,6% desde el 2008 —; y parte en Finlandia al 70% los últimos 46 días.

Para el caso de los permisos destinados con exclusividad a los hombres— más conocidos como permisos de paternidad —, en la mayoría de países miembros, la remuneración suele ser la misma que los permisos por maternidad. A pesar de esto, existen excepciones donde la cuantía es menor, como en Finlandia con un subsidio del 75% del salario los primeros 30 días y el 70% el resto, o Reino Unido con un pago fijo de 194 Euros para cada semana de permiso. En el caso de Estonia, el retroceso sufrido a consecuencia de la crisis económica de 2009 en el que el permiso de paternidad dejó de estar remunerado, a fecha de 2015 los diez días del permiso están remunerados otra vez al 100%, al igual que el 100% que perciben las mujeres por el permiso de maternidad.

En cuanto a los permisos parentales transferibles, la remuneración que se percibe es menor que la de los otros permisos, incluso, en ocasiones se trata de una cuantía mínima fija y no relacionada con el nivel de salario que se deja de percibir. Si bien se trata de una generalidad, países como Portugal, países Escandinavos y Eslovenia, donde se remunera por igual. Países como España disponen de una parte transferible corta y remunerada al 100% del salario— surge de la posibilidad que se estableció de ceder parte del permiso de maternidad —.

A modo de resumen, el mensaje transmitido por los Países de la UE a sus ciudadanos mediante la configuración de los permisos por nacimiento, adopción o acogimiento, es que son a las mujeres a quienes corresponde fundamentalmente la responsabilidad del cuidado de la criatura. A ellas se destina la mayor duración y mejor remuneración de los permisos individuales e intransferibles. La parte que corresponde al permiso de paternidad es corta y/o mal remunerada. Además, los permisos parentales transferibles son cada vez más largos.

4.6. La llamada '*norma social*' en el momento de utilizar los permisos

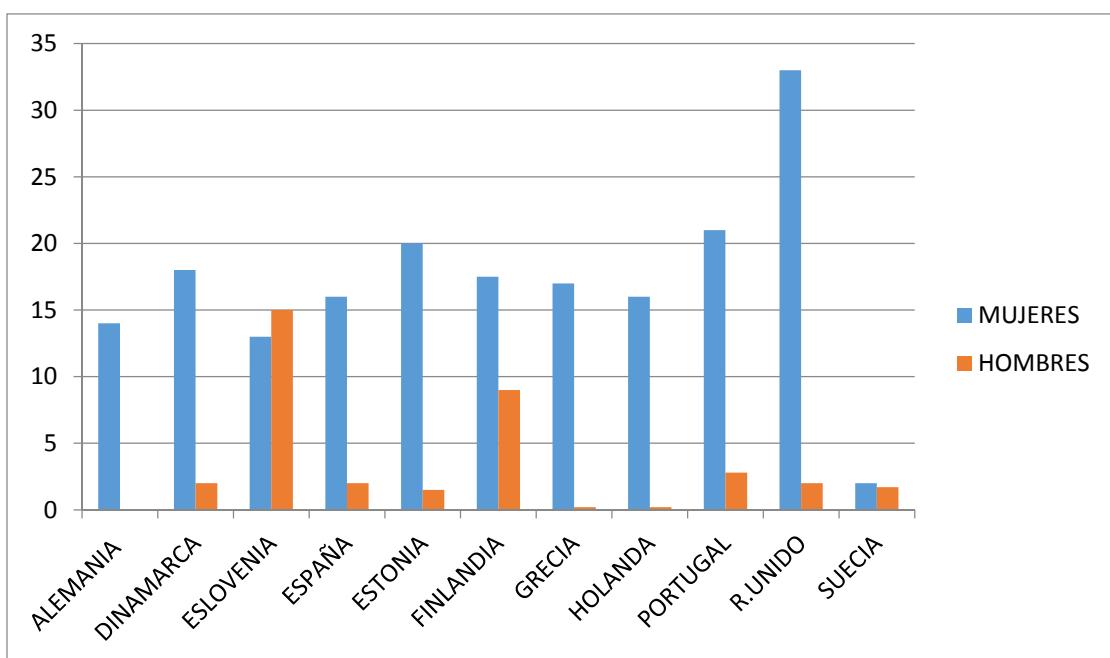
Las pautas de comportamiento diferenciadas y expuestas en el epígrafe anterior, configuran, en cada uno de los países analizados, una “norma social” que se puede sintetizar de la siguiente manera:

- A) Las mujeres recurren a cualquier tipo de permiso, especialmente si es la única alternativa que se les ofrece para que la criatura esté cuidada y atendida, debido a que tradicionalmente se les ha considerado como responsables del cuidado.

- B) La gran mayoría de los hombres toman sus permisos cuando son intransferibles y están bien remunerados— 100% del salario, o muy próximo a esa cantidad —, ya que se les considera meros colaboradores para cubrir la parte que la mujer no pueda cubrir y que con ello no disminuyan sus ingresos. Solo una pequeña minoría se toma los permisos transferibles y que no están bien pagados.

En el Gráfico número 2. se representa la “norma social” de cada País Miembro de la UE analizado, atribuyendo por un lado, a las mujeres el número de semanas que es previsible que tomen en cuanto a los permisos intransferibles y transferibles— excepto cuanto son mal remunerados, es decir, por debajo del 50% o una tasa fija inferior al salario mínimo —; por otro, a los hombres se les atribuye el número de semanas que es previsible que tomen, teniendo solo en cuenta los permisos intransferibles bien remunerados— más del 75% del salario —, y un 25% de los regular remunerados— entre el 60 y 74% del salario —.

GRÁFICO 2: NORMA SOCIAL EN LOS PERMISOS REMUNERADOS EN EUROPA, 2015



Fuente: *Instituto de Estudios Fiscales*

Este gráfico pretende recrear una aproximación al tiempo de permisos que es realmente para los hombres y el que es para las mujeres.

El mayor permiso para los hombres lo encontramos en países como Eslovenia o Finlandia, donde se dispone de un permiso de 13 y 9 semanas respectivamente. Países como Portugal, España, Reino Unido, o Suecia prevén un permiso de entre 2 y 3 semanas. Por el contrario, República Checa, Irlanda, Italia, Austria son los países que se sitúan en peor posición, esto es así porque los hombres no utilizan nada de tiempo, bien porque no tienen derecho al mismo o porque la configuración del mismo no lo posibilita.

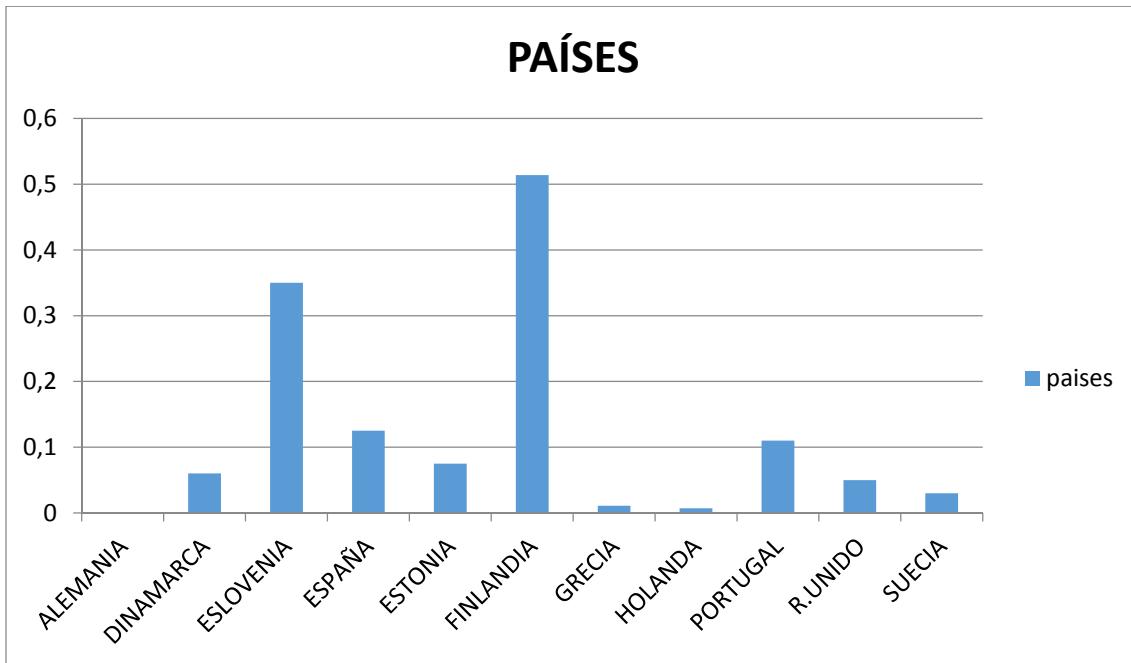
En una posición intermedia se encuentran varios países en los que el uso va desde tan sólo un par de días— como Grecia u Holanda— a algo más como lo que otorga Bélgica. La posición más común está en torno a las dos semanas— como Alemania, Dinamarca, España, Francia y Portugal —.

En cuanto al uso del tiempo de permisos por parte de las mujeres— mayor al de los hombres—, la situación más beneficiosa se encuentra en Reino Unido con 33 semanas y Estonia con 20 semanas de disfrute íntegro por parte de la madre; tras ellos, encontramos países que otorgan a las mujeres un menor tiempo de disfrute del permiso de maternidad, como son Finlandia, Dinamarca, Grecia u Holanda con unas 17 semanas de permiso íntegro. En una inversa, el país que menor tiempo otorga a las mujeres afecta a Suecia—2 semanas—. Ya en una situación intermedia, en torno a las 6 semanas, localizamos a países como España o Portugal— 6 semanas íntegramente para las madres—.

4.7. Indicador de la (des)igualdad de los sistema de permisos

Una vez identificada la “norma social” de cada país en la Gráfica número 2. El nuevo Gráfico número 3. construido a partir del gráfico anterior muestra un indicador de la (des)igualdad del sistema de permisos. Asimismo este indicador se construye calculando en cada país la proporción que representa la duración ‘real’ de los hombres respecto a la duración total — por ejemplo, en España el valor 0,11 es simplemente el resultado de dividir las 2 semanas de los hombres por las 18 de duración total —. Así, varía en una escala de 0 a 0,5, siendo el 0 la menor puntuación— total ausencia de consideración masculina — y el 0,5 la situación de plena igualdad.

GRÁFICO 3: INDICADOR DE (DES)IGUALDAD DE LOS SISTEMAS DE PERMISOS POR NACIMIENTO, 2015



Fuente: *Instituto de Estudios Fiscales*

El indicador surgido de la gráfica, admite realizar una clasificación de los países en función de sus respectivos resultados y aproximación a la igualdad, diferenciando tres tipos de modelos de países:

- A) Países que a través de implicar a los hombres, impulsan la corresponsabilidad: Noruega, Finlandia o Eslovenia son países que se sitúan en este primer grupo ya que tienen los valores más altos del indicador. Todos han realizado reformas que conducen a conseguir que los hombres hagan un mayor uso de los permisos, otorgándoles permisos intransferibles—dentro de los permisos parentales— y bien pagados de duración significativa— mayor de un mes —. A pesar de todo, en ninguno de esos países la equiparación es plena y total, ya que en todos ellos hay una parte del permiso transferible— y que son las mujeres las que prácticamente la utilizan en su totalidad—. En estos países también se ofrece más recursos para atender a la infancia y para mantener a las mujeres en empleos de calidad durante toda la vida— servicios públicos, horarios cortos y menor nivel de incentivos a las reducciones de jornada —.
- B) Países que en el cuidado infantil consideran a los hombres como “colaboradores eventuales”: Son los países situados en la zona central del indicador, aglutinando, por una parte, a países con permisos intransferibles y bien remunerados de unas

pocas semanas para los padres, donde se encuentran Francia, Bélgica, España Dinamarca, Estonia o Portugal; que en la práctica pierde al fomento de su uso mayoritario, debido a que, y a pesar de reconocer duración en las partes intransferibles para los padres, lo hacen con menor remuneración. En estos países, el modelo de conciliación se liga a las mujeres en cuanto a la retirada— total o parcial— del empleo durante la crianza del niño/a. Los hombres, frecuentemente, participan en el cuidado inmediatamente después del parto; y en Finlandia y Eslovenia existe una pequeña minoría masculina— significativa— que emplea un período mayor.

- C) Países que más intensifican la división sexual del trabajo: A este grupo pertenecen los países con valores del indicador menores o iguales a 0,02. Son países como Grecia, que no consideran a los hombres responsables del cuidado infantil, reconociéndoles por tanto apenas unos días — entre 2 y 5 —, los cuales son empleados, más que en el cuidado de la criatura en realizar gestiones referentes a la inscripción del niño en el registro correspondiente. Para Austria, Italia, Irlanda o Rep. Checa los hombres no son titulares de derecho, éste es exclusivo de las mujeres¹⁵⁸.

5. Conclusiones

Una vez explicadas y analizadas a lo largo de los diferentes capítulos del presente estudio las diferentes medidas e instrumentos en aras de fomentar la conciliación familiar, laboral y personal desde sus vertientes internacional, comunitaria y nacional, podemos sintetizar las siguientes conclusiones:

1º.— Las disposiciones destinadas a fomentar la conciliación se encuentran estrechamente ligadas al principio de igualdad de género entre hombres y mujeres. Este vínculo puede ser separado en dos etapas— del cual resulta un doble rendimiento para la conciliación: económico y social—: de un lado puede situarse una primera etapa desde que surge la Comunidad Económica Europa— Tratado de Roma 1957— hasta su cambio en 1997; en esta etapa se advierte un matiz económico en el área de la conciliación. De otro lado hay una segunda etapa que comienza en 1997 y que dura hasta la actualidad; en esta segunda se observa una inversión en políticas sociales— salud, interés por el cuidado familiar...etc—.

2º.— Se ha precisado cómo la materia de la conciliación tiende a ser analizada y amparada bajo las políticas sociales, de empleo y de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en lugar de ser estudiadas y protegidas bajo la visión de las políticas de familia. Ya hemos mencionado que son varios los estudios que demuestran el rendimiento y las ventajas de tratar la conciliación como políticas familiares en sí mismas, pues ocasionan mejoría de la salud, atención y cuidado familiar, consecuentemente acarreando implícitamente una mejora de la igualdad al tiempo de mejoras económicas.

¹⁵⁸ CARMEN CASTRO GARCÍA, y MARÍA PAZOS MORÁN, "Permisos por nacimiento e igualdad de género..", Op.cit. pp.23-24.

3º.— Igualmente debe quedar manifiesto cómo la conciliación es abordada desde una dualidad de dimensiones: familiar y laboral, haciendo caso omiso de que la vida de las personas está conformada por al menos otra dimensión: la personal, y que ésta debe darse simultáneamente a las otras dos— se debe perseguir hablar de una conciliación familiar, laboral y personal. Sin embargo, este hecho se queda en mera hipótesis, pues tanto los legisladores internacionales, como comunitarios y nacionales tienden a diluir la esfera personal dentro de la familiar.

4º.— A la anterior conclusión debe sumarse otra serie de perspectivas. Así la conciliación y su relación con el empleo adquiere gran relevancia. Esto es así porque la mujer es la que continúa sufriendo mayores dificultades para equilibrar su incorporación al trabajo y el cuidado de la familia— y su vida personal—, debido entre otras cosas a la falta de concienciación social y a la insuficiente regulación normativa. La razón parece encontrarse en que a pesar de la “buena predisposición” de los operadores jurídicos, la mayoría de los instrumentos dirigidos a potenciar la conciliación continúan teniendo una fuerte naturaleza “feminizadora”, pues aunque de forma teórica la mayoría de las disposiciones vienen formuladas de forma neutra, en la práctica, son las mujeres las que continúan haciendo uso casi en exclusiva de estas medidas conciliadoras. Una buena medida conciliadora, en caso de que la mujer decida seguir trabajando, es el trabajo a tiempo parcial, pues evita el abandono total del mercado de trabajo durante largos períodos de tiempo— de acuerdo a lo establecido en la Directiva 97/81/CE de trabajo a tiempo parcial—. Sin embargo y atendiendo al CESE¹⁵⁹, debido a la fuerte “feminización” de este tipo de jornada, los bajos salarios, las dificultades de promoción laboral— conocido como techo de cristal¹⁶⁰—, el trabajo a tiempo parcial puede llegar a impulsar de forma indirecta la discriminación de la mujer, a la vez que puede tener más beneficios negativos que positivos en aras de conquistar una conciliación real—asunto *Elbal*¹⁶¹—. En síntesis, a pesar de ser una opción menos mala, deberían promocionarse medidas posibiliten una oportuna y lógica organización de la vida familiar sin considerar renunciar a la vida laboral.

5º.— La finalidad perseguida en relación al trabajo femenino, a la vez que mantiene su vida familiar y personal, pasan por incorporar la conocida como corresponsabilidad en un eje transversal, es decir, no únicamente dentro de la propia familia, también de todos los que tienen la opción de posibilitar la conciliación: Estados, Empresas, sociedad en general. Esto es así porque la responsabilidad del cuidado de los hijos y las tareas laborales no son únicamente obligación de las mujeres, también lo es de los padres. Por ello no se trata sólo de conceder más tiempo a las mujeres, la solución consiste en otorgar las mismas obligaciones familiares, personales y laborales a los hombres— y en general a todos los miembros de la familia—, para así disponer de condiciones equivalentes en ambos ámbitos— conseguir una igualdad efectiva de género—. Los instrumentos destinados a conciliar deben

¹⁵⁹ Dictamen 325/2004 del Comité Económico y Social sobre el tema «Medidas de apoyo al empleo».

¹⁶⁰ OIT (2001), «Más allá del techo de cristal. Las mujeres en el mundo del trabajo, avance pero lento», *Revista de la OIT*, número 39, recuperado de <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/magazine/39/news.htm>. Consultado en junio de 2013.

¹⁶¹ STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto *Elbal*, C-385/11.

seguir esta línea argumentativa, sino serán únicamente políticas de empleo destinadas a la mujer para que ésta se incorpore al mercado laboral y a la par continúe desarrollando sus labores en el hogar, mientras el otro cónyuge se ocupa sólo de sus deberes laborales.

6º.— Las propuestas que presentamos son:

- A) Flexibilidad laboral: entendiendo a ésta no sólo desde una óptica temporal, también espacial. Adaptar la jornada de trabajo puede impulsar a solucionar en gran medida las discrepancias personales—laborales de los trabajadores y trabajadoras¹⁶².
- B) Teletrabajo: los avances tecnológicos actuales pueden ayudar en gran medida a que las jornadas laborales se realicen sin necesidad de suponer un desplazamiento diario hasta el centro de trabajo. Esto unido a la flexibilidad laboral antes referido, permiten al trabajador/trabajadora adaptar su jornada y horario a las necesidades propias y familiares sin dejar de lado los objetivos laborales que se deben cumplir.
- C) Permiso de paternidad: Un permiso a nivel nacional más amplio, y a nivel europeo propio y separado del permiso parental regulado por la Directiva 2010/18/UE. Esta medida es una herramienta indudablemente necesaria en aras de conseguir no únicamente la mencionada corresponsabilidad, sino también la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres— fomentando la desaparición de posiciones discriminantes hacia la mujer, a la par que se mejoran los derechos de los hombres.

Bibliografía

- BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO, *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO, "De cómo la reforma operada por el RD ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades", *in Revista de Derecho Social*, número 57, Bomarzo, Albacete, 2012.
- BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO, "El principio de Igualdad de trato y no Discriminación", *in Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- CABEZA PEREIRO, JAIME, "Conciliación de vida privada y laboral", *in Temas laborales*, número 103, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2010.
- CARVALHO, CATALINA, "A proteção da maternidade e da paternidade no Código do Trabalho", *in RDES*, año 65, 2004.
- CASTRO GARCÍA, CARMEN, Y PAZOS MORÁN, MARÍA, "Permisos de maternidad, paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual", *Instituto de Estudios Fiscales*, número 26, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

¹⁶²Véase IRENE MERINO CALLE, "La conciliación laboral, personal y familiar...", Op. Cit., pp.34- 36.

CASTRO GARCÍA, CARMEN Y PAZOS MORÁN, MARÍA, "Permisos por nacimiento e igualdad de género: ¿cómo diseñar los permisos de maternidad, paternidad y parentales para conseguir un comportamiento corresponsable?", *Instituto de Estudios Fiscales*, número. 9, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2012.

DE VILLOTA, PALOMA, *Conciliación de la vida profesional y familiar: políticas públicas de conciliación en la Unión Europea*, Síntesis, Madrid, 2008.

GÓIS MOREIRA, MARÍA MARGARIDA, *O princípio da conciliação da vida profissional com a vida familiar—algumas considerações*—, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito—Escola do Porto, 2011.

LÓPEZ ESCUDERO, MANUEL, PÉREZ DE NANCLARES, JOSÉ MARTÍN, SOBRINO HEREDIA, JOSE MANUEL, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo* (dir. MANGAS MARTÍN, Araceli), 1.^a edición, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

LÓPEZ, MARÍA TERESA Y VALIÑO, AURELIA, *Conciliación familiar y Laboral en la Unión Europea, Valoración de las políticas públicas*, 1^a edición, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.

MANEIRO VÁZQUEZ, YOLANDA Y POLO MERCADER, MÓNICA, *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos* (dir. CABEZA PEREIRO, Jaime y FERNÁNDEZ DOCAMPO, Belén), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MERINO CALLE, IRENE, "La conciliación laboral, personal y familiar; análisis desde una doble vertiente: Comunitaria y Nacional", *in Revista Jurídica de Castilla y León*, núm.36, 2015.

MINÉ, MICHEL, "Le droit du temps de travail à la lumière des droits fondamentaux de la personne", *in Le droit Ouvrier*, Francia, 2011.

MIRANDA, JORGE, Y MEDEITOS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2^a Ed., Coimbra Editora, Wolters Luwer, 2010.

MONTOYA MEDINA, DAVID, "Dimensión Constitucional de los Derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar (Comentario a las SSTCO 24/2011 y 26/2011 de 14 de marzo)", *in Revista Aranzadi Social Doctrinal*, número 4, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

MOSS, PETER, "Annual reviews", *International Review of leave Policies and Related Research*, número 11, 2015, pp. DOI: <http://www.leavenetwork.org>. Consultado el 15 de octubre de 2015.

NOGUEIRA GUASTAVINO, MAGDALENA, FONTINOPOLOU BASURKO, OLGA Y MIRANDA BOTO, JOSE MARÍA, *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*. (coaut. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

SALA FRANCO, TOMÁS Y BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO, *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

SERRANO ARGÜELLO, Noemí, "El fondo social europeo. Levadura social de la Unión Europea", en CALONGE VELÁZQUEZ, ANTONIO Y MARTÍN DE LA GUARDIA, RICARDO, *Políticas comunitarias bases jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Recursos online consultados

Ministerio de Empleo y Seguridad Social, *in* <<http://www.seg-social.es>> (5.10.2015).

Naciones Unidas, *in* <<http://www.un.org/es/>> (10.10.2015).

Organización Internacional del Trabajo, *in* <<http://www.ilo.org/global/standards/lang-es/index.htm>> (10.10.2015).

Unión Europea, *in* <http://europa.eu/index_es.htm> (10.10.2015)

Ministério Público de Portugal, *in* <<http://www.ministeriopublico.pt/iframe/pesquisar>> (10.10.2015)

Jurisprudencia citada

STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto *Dekker*, C-177/88.

STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto *Hertz*, C-179/88.

STJCE de 14 de julio de 1994, asunto *Webb*, C-32/93.

STJCE de 5 de mayo de 1994, asunto *Habermann*, C-421/92.

STJCE de 30 de junio de 1998, asunto *Brown*, C-394/96.

STJCE de 3 de febrero de 2000, asunto *Mahlburg*, C-207/98.

STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto *Tele Danmark*, C-109/00.

STJCE de 18 de marzo de 2004, asunto *Merino Gómez*, C-342/01.

STJUE de 8 de septiembre de 2005, asunto *Mckenna*, C-191/05.

STJCE de 6 de abril de 2006, asunto *Federatie Nederlandse Vakbweging*, C-124/05.

STJUE de 11 de octubre de 2007, asunto *Paquay*, C-406/06.

STJUE de 26 de febrero, de 2008, asunto *Mayr*, C-506/06.

STJUE de 16 de julio de 2009, asunto *Gómez Limón*, C-537/07.

STJUE de 22 de octubre de 2009, asunto *Meerts*, C-116/08.

STJUE de 22 de abril de 2010, asunto *Zentralbretriesbsrat*, C-486/08.

STJUE de 1 de julio de 2010, asunto Gassmayr, C-194/08.

STJUE de 1 de julio de 2010, asunto *Parviainen*, C-471/08.

STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto Roca Álvarez, C-104/09.

STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto *Elbal*, C-385/11.

Legislación

Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 —número 3—. Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto.

Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 —número 100—. Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor.

Convenio sobre la protección de la maternidad —revisado—, 1952 —número 103—. Convenio relativo a la protección de la maternidad.

Convenio sobre la discriminación —empleo y ocupación—, 1958 —número 111—. Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 —núm. 156—. Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares.

Convenio sobre la protección de la maternidad —revisado—, 2000 —número 183—. Convenio relativo a la revisión del Convenio sobre protección de la maternidad de 1952.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A —XXI—, de 16 de diciembre de 1966.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea —Tratado de Roma— de 25 de marzo 1957, en vigor el 1 de enero de 1958. No publicado en el Diario Oficial.

Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997. Diario Oficial número C 340, de 10 de noviembre de 1997.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial número C 326, de 26 de octubre de 2012.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial número C 83/389, de 7 de diciembre del 2000.

Directiva 75/177/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros que se refiere a la aplicación del principio de retribución entre

trabajadores ya sean hombres o mujeres. Diario Oficial, número L 045, de 19 de febrero de 1975.

Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Diario Oficial número L 348, de 28 de noviembre de 1992.

Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Diario Oficial, número L 307, de 13 de diciembre de 1993. Modificada por la Directiva 2003/88/CEE del Parlamento y del Consejo de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Diario Oficial número L 299/9, de 18 de noviembre de 2003.

Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial concluido por UNICE, CEEP y la CES. Diario Oficial número L 14, de 20 de enero de 1998.

Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Diario Oficial número L 180, de 19 de julio de 2000.

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre los hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación —refundición—.

Directiva por la que se deroga la Directiva 76/207/CEE. Diario Oficial, número L 204, de 26 de julio de 2006.

Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre permiso parental, celebrado por el BUSI- NESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y las CEES, derogando la Directiva 96/34/CE a partir del 8 de marzo de 2012. Véase Diario Oficial número L 68, de 18 de marzo de 2010.

Resolución del Consejo, de 21 de enero de 1974, relativa a un Programa de Acción Social. Diario Oficial número C 13, de 12 de febrero de 1974.

Recomendación del Consejo sobre el cuidado de los niños y niñas —92/ 241/CEE—. Diario Oficial número L 123, de 8 de mayo de 1992.

Constitución Española de 27 de diciembre de 1978. BOE número 311, de 29 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE número 71, de 23 de marzo de 2007.

Ley Orgánica 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida. BOE número 242, de 7 de octubre de 2009.

Ley 3/1989, de finalidad impulsora de los derechos de igualdad de la mujer. BOE número 57, de 8 de marzo de 1989.

RD-Legislativo 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE número 36, de 11 de febrero de 2012.

Constitución Portuguesa de 2 de abril de 1976, modificada en ciertos aspectos por Séptima vez por Lei Constitucional nº1/2005 de 12 de Agosto.

Código do Trabalho, aprobado por Ley núm.99/2003 de fecha de 27 de agosto, revisado por la ley 7/2009 de 12 de febrero.