

LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN, UNA ASIGNATURA PENDIENTE.

José Fernando Lousada Arochena
Magistrado especialista del Orden Social
Tribunal Superior de Justicia de Galicia

I. EL ACUERDO MARCO (REVISADO) SOBRE EL PERMISO PARENTAL, UN RECORDATORIO AL LEGISLADOR.

Al regular los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, el legislador español siempre ha adolecido de una perspectiva cuantitativa según la cual, cuanta mayor duración tenga el derecho, mejor satisface a la conciliación. Pero es un planteamiento radicalmente erróneo. La excesiva duración de los derechos de conciliación fomenta su disfrute por quienes, por las imposiciones de género, atienden habitualmente las cargas familiares, es decir, las mujeres, y la desprofesionalización derivada de su larga duración decrece la tasa de retorno al trabajo de las mujeres que los disfrutaban. Se han comprobado los beneficios de derechos de conciliación de duración razonable en recientes experiencias comparadas¹.

No importa la cantidad sino la calidad si pretendemos, no tanto la conciliación de las mujeres, como la corresponsabilidad de los hombres. Y la calidad de los derechos de conciliación depende, entre otros elementos,

¹ En Alemania, el permiso parental, después de recientes reformas, se ha reducido de 3 años a 14 meses – de los cuales solo 12, como máximo, se pueden disfrutar por un progenitor-, con el doble efecto práctico de incrementar la tasa de retorno al trabajo y el índice de natalidad al subir el nivel de ingresos de las unidades familiares, Jaime Cabeza Pereiro, “¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al Acuerdo Marco revisado sobre el Permiso Parental?”, Aranzadi Social, número 6, 2010, BIB 2010 1242.

de la individualización de su titularidad, que obliga a (1) la erradicación de los derechos de conciliación femeninos, (2) la creación –en paralelo con los derechos femeninos de maternidad- de derechos masculinos de paternidad –o cuotas de reserva masculinas en derechos de conciliación indistintos²-, (3) la atribución de derechos individuales a cada progenitor sin posibilidad de transferencia al otro progenitor –lo pierde quien no lo ejercita-, y (4) las acciones positivas dirigidas a la asunción masculina de cargas familiares.

Los Acuerdos Marcos Europeos sobre el Permiso Parental han sido especialmente insistentes en la individualización. Ya el Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, establecía “*un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres*”, que “*debe concederse, en principio, de manera no transferible*” –cláusula 2^a-³. El Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental aplicado por la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, mantiene esa redacción y añade –en esa misma cláusula 2^a- que “*al menos uno de los cuatro meses será intransferible*”, dejando a las normas internas el establecimiento de los mecanismos de aplicación de la intransferibilidad.

Pero el legislador español, con su perspectiva cuantitativa –el permiso parental comunitario es, actualmente, de cuatro meses, y la excedencia para el cuidado de hijos/es española puede alcanzar los tres años-, ha pecado casi siempre de soberbia en relación con la normativa comunitaria. Tal conciencia legislativa –que arranca de la ley de conciliación⁴ y parece no

² Es el modelo escandinavo. No existe propiamente un permiso de paternidad, sino que, dentro de un permiso parental indistinto, se reserva al padre un periodo, de 2 meses en Suecia y de 3 meses en Islandia. Ampliamente sobre la regulación en los países escandinavos, y las enseñanzas que, al respecto, podemos aprender en España, es altamente recomendable el magnífico estudio de Emma Rodríguez Rodríguez, “Instituciones de conciliación de trabajo con cuidados familiares”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2010.

³ Conviene aclarar, para evitar equívocos, que la expresión “*en principio*” habilita al legislador interno para permitir la acumulación del permiso parental en un único progenitor cuando sea imposible la individualización –por ejemplo, por fallecimiento o incapacidad física del otro progenitor o en el supuesto de las familias monoparentales-. Sin embargo, no habilita al legislador interno para permitir con carácter general o a voluntad de los progenitores la acumulación del permiso parental en un único progenitor.

⁴ La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, manifiesta expresamente su soberbia en su Exposición de Motivos cuando, después de aludir al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental –en su versión originaria-, afirma que “*mediante la presente*

corregirse con la ley de igualdad⁵ - es la causante de que el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental no haya levantado el más mínimo interés legislativo en orden a su trasposición al considerarlo sobradamente superado por nuestra legislación interna⁶. Así las cosas, la STJUE de 30.9.2010, C-104/09, Caso Roca Álvarez, debiera ser un fuerte aldabonazo.

Si rascamos un poco la pátina de la normativa española podemos comprobar que, aunque la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, introdujo formalmente la individualización de derechos en la regulación de la excedencia familiar –artículo 46.3 del ET- y en la reducción de jornada – artículo 37.5 del ET-, y aunque la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres, introdujo el permiso de paternidad –artículo 48 bis del ET-, siguen existiendo defectos de individualización en la excedencia y en la reducción de jornada, y en otros derechos de conciliación, siendo los más relevantes los defectos siguientes:

1º. La individualización en la excedencia familiar y en la reducción de jornada se excepciona *“si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante”*, en cuyo caso *“el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”*. Pero el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental no admite excepciones a la individualización. Cuestión diferente –y eso sí lo admite, cláusula 3ª- es la posibilidad –no

Ley se completa la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas”.

⁵ Y es que, como la Ley 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, ha introducido el permiso de paternidad, el legislador parece pensar que la individualización está conseguida. Tal planteamiento es erróneo, porque el permiso de paternidad no es un Jordán purificador de las carencias de individualización de los demás derechos de conciliación. Además, es contrario al espíritu de la Ley Orgánica, que erige la corresponsabilidad en inspiración de la conciliación –artículos 15.8º y 44.1.-

⁶ En consonancia con el desinterés legislativo, tampoco ha sido demasiada, a decir verdad, la atención suscitada en la doctrina científica laboralista en relación con el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental. Remito al/a lector/a al excelente análisis, antes citado, de Jaime Cabeza Pereiro, *“¿En qué debe ...”*, y al mío propio, *“La incidencia sobre la excedencia para el cuidado de hijos/as del nuevo Acuerdo Marco (revisado) sobre el permiso parental”*, que está pendiente de publicación en Aequalitas.

desarrollada en la norma interna- de posponer –no denegar- su ejercicio por razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de la empresa –es decir, opera de manera no automática, sino atendiendo a las circunstancias-.

2º. Aún más trascendente es la ausencia de fomento del disfrute masculino de la reducción de jornada o de la excedencia con medidas como las siguientes: (a) En el ámbito de la reducción de jornada por guarda legal y la excedencia para cuidado de hijos/as, privilegiando el disfrute conjunto frente al disfrute exclusivo –por ejemplo, asociando un subsidio económico a la reducción de jornada simultánea ejercitada por ambos progenitores-. (b) En el ámbito de la reducción de jornada y la excedencia para el cuidado de familiares eliminando la referencia al parentesco por afinidad como generador del derecho –o, cuando menos, limitando esa posibilidad a determinados casos justificados, por ejemplo, la incapacidad del cónyuge-.

3º. El Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental apunta hacia otros aspectos donde la transposición es mejorable. Así, tras fijar su duración mínima en 4 meses, se exige que al menos uno sea intransferible –cláusula 2ª-. Ciertamente, se puede argumentar el cumplimiento de esa cuota –dirigida a potenciar el disfrute masculino- a través del permiso de paternidad, una vez que éste, en aplicación de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, alcance 28 días –uniéndole los dos días por nacimiento de hijo/a contemplados en el artículo 37.3.b) del ET para completar un mes-. Sin embargo, sería más lógico reflejar el cumplimiento de esa cuota en la propia excedencia para cuidado de hijos/as y para cuidado de familiares.

4º. Por lo demás, los Acuerdos Marcos Europeos sobre el Permiso Parental no solo obligan a individualizar la excedencia para el cuidado de hijos/as. Obligan a individualizar todos los derechos de conciliación porque todos los derechos de conciliación son permisos parentales. El legislador español parece haber olvidado esta circunstancia cuando, por ejemplo, los permisos por enfermedad contemplan parientes afines –artículo 37.3.b) del

ET-, o cuando establece una titularidad exclusivamente femenina del permiso para técnicas de preparación al parto –artículo 37.3.f) del ET-⁷. Aunque la más llamativa transgresión de la individualización de derechos se produce en relación con el permiso de lactancia –artículo 37.4 del ET-.

II. LA SENTENCIA COMUNITARIA ROCA ALVAREZ, O DE CÓMO EL LEGISLADOR HA QUEDADO EN EVIDENCIA.

La titularidad exclusivamente femenina del permiso de lactancia, que arranca de su reconocimiento en la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre protección de la mujer y el niño en el trabajo, se mantuvo hasta la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores –artículo 37.4-, aunque al no hablar de amamantamiento, sino de lactancia de un hijo menor de 9 meses, se posibilitó la inclusión de la lactancia artificial, dejando abierta la cuestión de si esa titularidad femenina era acorde con la igualdad de los sexos. Una cuestión que, con referencia a esa pretérita legalidad, resolvió negativamente la STC 109/1993, de 25.5, que consideró la titularidad femenina del permiso como una medida de acción positiva.

Mientras tanto, la Ley 3/1989, de 3 de marzo, reformó el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, añadiendo que “*este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre en caso de que ambos trabajen*”. Ni se soltó el lastre histórico de beneficio femenino vinculado con el amamantamiento, ni se acogió la tendencia moderna de considerarlo un permiso parental indistinto de cuidado de hijos/as. Y el mantenimiento de esa titularidad predominantemente femenina era aún mucho más llamativa a la vista del desideratum de individualización de los

⁷ A diferencia del permiso para exámenes prenatales, el de técnicas de preparación al parto no se apoya en la normativa comunitaria sobre maternidad, defendiendo así su extensión al hombre Ana Rosa Argüelles Blanco, “La protección de los intereses familiares en el ordenamiento laboral”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, página 78, y Paz Menéndez Sebastián, “Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares”, con Ana Rosa Argüelles Blanco / Carolina Martínez Romero, CES, Madrid, 2004, página 20.

derechos referidos al cuidado de los/as hijos/as recogido, desde 1996, en el originario Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental –en su cláusula 2ª-.

Tal era la situación normativa respecto al permiso de lactancia previa a la STJUE de 30.9.2010, C-104/09, Caso Roca Álvarez⁸, que, en consonancia con un anhelo de la doctrina laboral española⁹, lo ha considerado discriminatorio sexista en cuanto que *“las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, solo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena”*.

Si bien el Caso Roca Álvarez resuelve el aspecto de la titularidad femenina, afectara además a otros aspectos del permiso de lactancia, incluso a su mismo nomen iuris, al resultar desconcertante hablar de lactancia cuando se trata de un derecho de conciliación, todo lo cual aconseja una reforma legislativa para compaginar los diferentes intereses en juego –igualdad entre mujeres y hombres, fomento del disfrute paterno y facilitación de la lactancia natural-. Mientras tanto no se produzca esa reforma legislativa, se plantearán problemas a resolver considerando al de lactancia como un permiso parental para el cuidado de hijos/as recién nacidos/as sujeto al Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental.

Un problema puede surgir con las familias monoparentales. El Caso Roca Álvarez permite a los hombres en familias monoparentales

⁸ Más ampliamente, véase mi estudio “El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as (A propósito de la STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez)”, Diario La Ley, número 7536, 2010.

⁹ Me permito remitir al lector/a a mis estudios “El permiso de lactancia”, Relaciones Laborales, número 14, 1996, y “El permiso de lactancia: las últimas reformas y el estado de la cuestión”, Aequalitas, número 22, 2008. Respecto a la redacción originaria del artículo 37.4 del ET, ya la consideraba discriminatoria Teresa Pérez del Río en “El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo”, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984, páginas 99 y siguientes.

masculinas acceder al permiso de lactancia –algo imposible hasta ahora-. Sin embargo, lo suyo sería una intervención legislativa para permitir que, en familias monoparentales, se disfrutase un permiso de doble duración, dando cumplimiento al desideratum del artículo 1 del Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental, que obliga a “(tener) en cuenta la diversidad cada vez mayor de las estructuras familiares”. Parece impracticable –salvo una decidida interpretación pro conciliación- la vía judicial para alcanzar esa solución –no así la vía de negociación colectiva-.

Y los problemas que se avecinan después del Caso Roca Álvarez se extienden también a la posibilidad de acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas –que introdujo la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres-, porque lo que en teoría puede acumular el hombre –desde el final del permiso de paternidad hasta los nueve meses del menor- es más de lo que en teoría puede acumular la mujer –por la mayor duración de la licencia de maternidad-. ¿Habrá de aplicarse al disfrute masculino lo que en teoría puede acumular la mujer? Entendemos que no porque el derecho del hombre es originario, y, por lo tanto, acumulará según su propia situación –y no la de la madre-.

III. EL APLAZAMIENTO DEL DADDY’S MONTH, O DE CÓMO EL LEGISLADOR SE RETRASA EN HACER SUS DEBERES.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres introdujo un permiso de paternidad de 13 días –en el artículo 48 bis del ET-, y previó su ampliación, dentro de los seis años siguientes, a 28 días –disposición transitoria 9ª-. El legislador parecía decidido a hacer sus deberes y en la Ley 9/2009, de 6 de octubre, se estableció esa ampliación, aunque no entraría en vigor hasta el 1.1.2011. Pero la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del

Estado para 2011 aplaza –en su disposición adicional 13^a- la entrada en vigor hasta el 1.1.2012. Y aún está por ver si la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012 nos obsequia con un nuevo aplazamiento.

No se trata, sin embargo, de una cuestión menor desde la perspectiva de la individualización de derechos y de la finalidad de corresponsabilidad. Los derechos de conciliación deben tener una duración razonable para conseguir el cumplimiento adecuado de su finalidad familiar. Y el plazo de, cuando menos, un mes para el permiso de paternidad no es un capricho, sino fruto de la constatación de que ese tiempo es el conveniente para la creación de lazos afectivos con el menor recién nacido. Tengamos esperanza, así las cosas, en que el Daddy's month –mes del padre- no se convierta –por culpa de la crisis económica- en una ley fantasma –es decir, una ley que acaba siendo derogada antes de su efectiva entrada en vigor-.

IV. EL CUIDADO DE MENORES CON CÁNCER O ENFERMEDAD GRAVE, O DE CÓMO EL LEGISLADOR REINCIDE.

La Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, nos aporta otra novedad en materia de derechos de conciliación, y es la regulación de una nueva institución de conciliación de las calificables como extraordinarias, o vinculadas –utilizando la terminología de los Acuerdos Marcos Europeos sobre Permiso Parental- a la fuerza mayor familiar. Se trata del derecho a una reducción de jornada a favor de progenitores, adoptantes o acogedores de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave –artículo 37.5.III del ET-, con cobertura de Seguridad Social –artículo 135 quáter de la LGSS-, que se trasmuta en un permiso retribuido en caso de funcionarios/as –artículo 49.e) del EBEP-¹⁰.

¹⁰ Más ampliamente, me permito remitir al lector/a a mi estudio “Derechos vinculados al cuidado del menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave”, pendiente de publicación en Actualidad Laboral.

Pero el legislador incurre de nuevo en reincidencia en orden a la defectuosa individualización de derechos. Así es que se establece –en el artículo 135 quáter de la LGSS- que, *“cuando concurran en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos”*. Una norma reiterada en relación con el permiso retribuido concedido a funcionarios/as, de modo que, solo uno de los progenitores, adoptantes o acogedores percibirá la retribución del permiso o la prestación de la Seguridad Social –artículo 49.e) del EBEP-.

Y lo peor no es conceder una sola cobertura económica por cada pareja de progenitores, adoptantes o acogedores –algo acaso justificable en la contención presupuestaria propia de tiempos de crisis económica-, sino que, para acceder a la única prestación social por cada pareja de progenitores, adoptantes o acogedores, se exija –en el artículo 135 quáter de la LGSS- que ambos trabajen, lo cual supone (1) que el no beneficiario deberá seguir trabajando –un rol que probablemente asumirán los hombres, reforzando el statu quo tradicional de distribución de roles dentro de las parejas-, y (2) que las familias monoparentales –usualmente mujeres- no podrán acceder –interpretada la norma literalmente- a la prestación social.

V. UNA BREVE CONCLUSIÓN PARA QUE EL LEGISLADOR SIGA EL RUMBO QUE ÉL MISMO SE HA MARCADO.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres no es una ley de llegada porque no es una ley que alcance una meta –sin perjuicio, naturalmente, de introducir los avances jurídico positivos que, en el momento de su aprobación, resultaban, en la opinión del legislador, asumibles por la sociedad española-. La Ley

Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, es, sobre todo, una ley de partida, que pretende marcar un rumbo. Y, en materia de derechos de conciliación, el rumbo que marca es muy claro: la corresponsabilidad como finalidad de los derechos de conciliación –artículo 44.1- y criterio de actuación de los Poderes Públicos –artículo 15.8º-. Más alto se puede decir, no más claro.

Siendo la individualización un elemento fundamental de los derechos de conciliación en clave de corresponsabilidad, e insistiendo en ello los Acuerdos Marcos Europeos sobre el Permiso Parental, es criticable que el legislador no solo no haya corregido los defectos existentes, lo cual le llevó al reproche de la STJUE de 30.9.2010, C-104/09, Caso Roca Álvarez, sino, además, que incurra en demoras en la implantación de derechos masculinos y, además, en nuevos defectos en la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011. La existencia de una crisis económica puede justificar un parón el camino, e incluso recortes, pero no la pérdida del rumbo marcado por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.