

# A LEI PARA PROMOVE-LA CONCILIACIÓN DA VIDA FAMILIAR E LABORAL DAS PERSOAS TRABALLADORAS

Jaime Cabeza Pereiro

Catedrático de dereito do traballo e da seguridade social.  
Universidade de Vigo

## I. Antecedentes

A maternidade e a atención á familia constitúen dúas condicionantes dunha importancia sobresaliente no acceso, o mantemento e a promoción no emprego das mulleres. Con respecto á maternidade, a súa dificultade de compatibilizar esta cos ditos obxectivos laborais resulta sorprendente: non só se trata dunha experiencia absolutamente común, senón que ademais desempeña unha función social de capital importancia<sup>1</sup>. Sen embargo, un breve repaso ás condicións de traballo nas empresas pon de manifesto o fracaso na tarefa de harmonizar o traballo asalariado coas responsabilidades maternas e parentais, harmonización que constitúe unha necesidade primaria para a maior parte das familias.

Nestas materias, a dicotomía entre igualdade e diferenza por razón de sexo manifesta os seus equilibrios máis inestables. Non hai dúbida de

<sup>1</sup> Sobre o particular, así como sobre a temática que se aborda nestes parágrafos, véxase FREDMAN, S., *A difference with distinction: pregnancy and parenthood reassessed*, *The Law Quarterly Review*, vol. CX, 1994, pp. 106 ss.

que unha muller é diferente dun home cando está embarazada<sup>2</sup>. Sen embargo, a significación desta diferenza e, sobre todo, os efectos legais que dela se deben deducir, son ámbalas dúas cuestións moi delicadas. E, para chegar a solucións equilibradas, debe partirse dunha idea básica, que é –xa se apuntou– o valor social da paternidade, a partir do cal deben formularse regras legais que o tomen en consideración na súa xusta medida.

\* \* \*

Xa a partir da Revolución Industrial, a ruptura progresivamente acusada entre o fogar e o lugar de traballo, a orixe dos cales debe buscarse nas correntes migratorias cara ós centros urbanos, propiciou un estereotipo de muller traballadora cunhas obrigacións laborais que estaban en permanente conflito coas súas tarefas familiares e maternais. Como describiu algunha autora, orixinouse unha tensión entre o seu papel productivo e o seu papel reproductivo<sup>3</sup>. O home foise centrando nas tarefas productivas, progresivamente reguladas polo nacente dereito do traballo, en relación causa-efecto cunha retirada da muller cara ós ámbitos máis informais da economía e cara ó coidado do fogar<sup>4</sup>. Estas tendencias, que propiciaron a retirada –ou mellor expulsaron– a muller do mercado de traballo, coincidiron cunha transformación do propio concepto de familia, desde un entendemento extenso que caracterizaba as sociedades agrarias cara a unha comprensión máis estricta como núcleo de relación entre pais e fillos non independizados. E, nesta redefinición, á muller asignóuselle a responsabilidade sustentadora desta familia nuclear.

Ben é certo que a muller nunca deixou de realizar traballo retribuído, especialmente en certos sectores, como o téxtil ou a alimentación, pero o matrimonio e o embarazo foron considerados durante longos anos sinais inequívocos de exclusión do mercado laboral, ós cales se anoaban certas institucións xurídicas de afastamento da muller do contrato laboral que ata entón viña mantendo<sup>5</sup>. As citadas institucións –dito sexa de paso– non foron patrimonio exclusivo do ordenamento xurídico español<sup>6</sup> e propiciábanlle unha dedicación exclusiva á familia, só reversible,

---

<sup>2</sup> E non debe perderse de vista que admitir esta diferenza non implica outorgarlle lexitimidade a un tratamento discriminatorio. Neste sentido, MANCINI, G. F. e O'LEARY, S., *The new frontiers of sex equality law in the European Union*, *European Law Review*, vol. 24, 1999, p. 338.

<sup>3</sup> FREDMAN, S., *op. cit.*, p. 107.

<sup>4</sup> Véxase CASAS BAAMONDE, M. E., *Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo*, RL, 1998-I, p. 91.

<sup>5</sup> Sobre estas institucións, vg., GÓMEZ DE ARANDA Y SERRANO, L., *La excedencia y la dote laboral de la mujer trabajadora*, RPS, nº 86, 1970.

<sup>6</sup> Sobre institucións xurídicas británicas similares, FREDMAN, S., *op. cit.*, p. 107.

normalmente cara a ámbitos informais da economía, en casos de infortunio familiar.

Estas tendencias, á súa vez, alimentaban unha concepción do ordenamento xurídico laboral a partir dun traballador arquetípico, home, dotado dunha relación laboral cada vez máis estable e a xornada completa, preferiblemente no sector industrial e como responsable exclusivo do sustento económico da familia. Realmente, a configuración do dereito do traballo nos modelos europeos responde a este esquema. Por certo, o esquema vixente cando as mulleres, sobre todo a partir da Segunda Guerra Mundial, empezaron a integrarse progresivamente no mercado de traballo, primeiro en certos sectores moi concretos –vg., servicios educativos ou sanitarios–.

A integración da muller ía resultar –e aínda resulta, desde logo– traumática. En primeiro lugar, porque a súa contribución ó mantemento da unidade familiar percibíase como simplemente accesoria da principal fonte de sustento, constituída polo salario do cabeza de familia masculino<sup>7</sup>, o que propiciou a aparición de discriminacións salariais directas e indirectas, abertas e ocultas<sup>8</sup>. Pero, sobre todo, porque se incorporaba a un réxime de traballo por conta allea concibido para homes que fixeran abandono das obrigas familiares nas súas parellas do outro sexo. E iso tamén tivo reflexo nas construcións xurídicas da época, de corte igualitarista, que predicaban unha igualdade formal de dereitos nun contexto onde as tarefas domésticas seguían a considerarse de responsabilidade exclusiva ou predominantemente feminina. É dicir, as mulleres, ademais de participar no mercado de traballo, asumían as tarefas sociais reproductivas e familiares. É o fenómeno descrito como de «dobre xornada»<sup>9</sup>.

Pero, ademais, esta integración no mundo laboral coincide cun momento de crise do modelo clásico de relación laboral por tempo indefinido e de crise do emprego en xeral. A tendencia da empresa cara a modelos organizativos máis flexibles esixe maior adaptación e dispoñibilidade dos traballadores, características estas que moitas veces entran en colisión coa posibilidade de facer compatible a vida laboral e a vida familiar. Desde

<sup>7</sup> No desenvolvemento desta idea, CASAS BAAMONDE, M. E., *op. cit.*, p. 92.

<sup>8</sup> Ó respecto desta materia, que non é este o lugar propicio para desenvolver, véxase o art. 141 do texto consolidado do tratado CEE e Directiva 75/117/CEE, do 10 febreiro, relativa á aproximación das lexislacións dos estados membros en canto á aplicación do principio de igualdade de retribución entre os traballadores masculinos e femininos. Sobre ela, vg., QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons (Madrid, 1996), con referencias concretas ó art. 28 do Estatuto dos traballadores. Á materia da discriminación retributiva dediqueime en CABEZA PEREIRO, J., *Discriminación salarial indirecta por razón de sexo*, RL, 1994-II, pp. 486 ss.

<sup>9</sup> De novo convén a cita de CASAS BAAMONDE, M. E., *op. cit.*, p. 93.

esta perspectiva, pode afirmarse que as características actuais dos contornos empresariais «masculinizan» o traballo, se entendémo-la «masculinización» desde a perspectiva dunha repartición clásica de papeis na que ó home lle corresponde o traballo productivo, con absoluta cesión á muller das funcións reproductivas e familiares. De aí que situémo-las mulleres nunha difícil disxuntiva: ou o abandono das expectativas profesionais ou o abandono das súas responsabilidades familiares. As consecuencias desta encrucillada, en termos de descenso da nupcialidade, pero sobre todo –o que é máis grave– de descenso da natalidade resultan tan evidentes que non fai falla insistir nelas. E, nunha liña de tendencia converxente, todos estes fenómenos suceden nun momento de crise do concepto de familia nuclear tradicional, coa aparición de unidades ata hai pouco tempo moi excepcionais: familias monoparentais, convivencia *more uxorio* ou entre parellas do mesmo sexo, ou fusión de núcleos familiares diversos derivados de separacións ás que seguen novas convivencias cunha parella con responsabilidades familiares. Todo isto suscita novas situacións e complexidades na compatibilización da vida laboral e da vida familiar.

Por outra parte, esta mesma crise do estereotipo de traballador fabril con contrato indefinido e a xornada completa proxéctase de forma moi clara nos mecanismos de integración laboral da muller. Contratos atípicos –de duración determinada, a tempo parcial, a domicilio, teletraballo...<sup>10</sup>– constitúen en porcentaxes particularmente elevadas as modalidades de traballo da poboación feminina ocupada.

\* \* \*

E a progresiva integración da muller no mercado de traballo esixe que se formule en toda a súa complexidade o binomio igualdade-diferencia e extraer del as consecuencias precisas. Constatar que home e muller son diferentes abre múltiples posibilidades. Ademais, debe constatar que non tódalas mulleres son iguais, pois a fertilidade e o desexo de reprodución non son características compartidas por todas. No polo oposto, negar toda diferenza entre ámbolos sexos pode propiciar reivindicacións de absoluta equiparación de dereitos a partir do argumento de que non existe base obxectiva para calquera desigualdade.

Pero as perspectivas igualitaristas son perigosas. Por exemplo, porque non aseguran ningunha protección nos casos nos que non exista un home en situación similar. Pénsese no caso da maternidade: como non é posible encontrar unha persoa do sexo oposto na mesma situación, non se lle esixe ningún tipo de protección á muller, pois ó home, por hipótese, nun-

<sup>10</sup> Sobre este tema, vg., CASAS BAAMONDE, *Transformaciones del trabajo*, pp. 96-7.

ca se lle dispensará<sup>11</sup>. En efecto, o principio de equiparación de dereitos entre sexos non esixe en si mesmo a garantía de estándares mínimos. Podería postularse a utilidade do canon do «home enfermo» como elemento de comparación coa muller embarazada ou que dera a luz, pero en tal caso –e á marxe doutras consideracións– a protección da muller nas ditas situacións faríase dependente da protección da enfermidade<sup>12</sup>.

Outro problema desta perspectiva de equiparación refírese ó soporte dos custos derivados destas circunstancias que, por razóns biolóxicas ou sociais, lles incumben ás mulleres. Se non é posible encontrar un elemento de comparación, ou o dito elemento resultase incorrecto, nada impediría imputarlle os ditos custos ó empresario, cos conseguíntes efectos negativos no emprego das mulleres. Incluso máis: podería argumentarse que se lle conceden á muller certos beneficios que ó home se lle denegan, de modo que a discriminación sería neste caso deste en relación con aquela<sup>13</sup>.

Convén, polo tanto, abandonármolas perspectivas igualitaristas e partirmos do recoñecemento do valor social da maternidade. Hai que abandonar tamén o punto de vista «masculino» de conformidade co cal a dita situación constitúe unha desviación da normalidade. Outro tanto pode dicirse da atención á familia. E, sobre todo, articular unhas normas que cumpran un cuádruplo obxectivo: en primeiro lugar, garantirlle protección á muller contra o despedimento e contra os tratamentos desfavorables derivados do exercicio destes dereitos de ausencia ó traballo. En segundo lugar, asegurarlle uns dereitos substantivos e de Seguridade Social efectivos durante a maternidade que lle garantan uns ingresos suficientes e o mantemento do posto de traballo para cando finalicen as situacións protexidas. En terceiro lugar, prever unha adecuada protección da saúde da traballadora embarazada, sobre todo contra os riscos derivados do medio onde desenvolve a prestación dos seus servicios. E, en cuarto lugar, promover unha corresponsabilización do pai no coidado da familia. Ou, se se prefire, unha asunción máis efectiva das obrigas que derivan da paternidade e do coidado de menores e familiares. En suma, que a compatibilización da vida laboral e da familiar non constituía un obxectivo unicamente da nai, senón compartido por ámbolos proxenitores ou polos traballadores dun e doutro sexo.

<sup>11</sup> Véxase este argumento, máis desenvolvido, en WINTEMUTE, R. *When is Pregnancy discrimination sex discrimination?* *Industrial Law Journal*, vil. 27, nº1, 1998, pp. 23 ss.

<sup>12</sup> Sobre esta posible comparación, vg., MANCINI, G. F. e O'LEARY, S., *The new frontiers of sex equality law in the European Union*, cit., p. 338.

<sup>13</sup> Sobre a aproximación xurídica a esta materia no Reino Unido e nos EE.UU. FREDMAN, S., *op. cit.*, pp. 111 ss.

A realidade existente no tecido social español da medida de cómo urxe unha acción decidida, e non só no plano lexislativo, para afrontar os problemas laborais derivados da atención á familia. Un recente documento creado por un grupo de expertos para a Comisión Europea, *Care in Europe*<sup>14</sup>, pon de manifesto que o Reino de España é un dos estados membros nos que se mantén unha maior porcentaxe de atención informal cara ás persoas dependentes no seo da familia. Así mesmo, que é o que menos servicios sociais dispón para a atención institucional ou domiciliaria destas persoas. O cal, ademais, agudízase pola escasa sensibilidade do lexislador español cara á protección da familia, a pesar do mandato constitucional do art. 39. En efecto, as prestacións económicas son, á vez, de moi escasa contía, e limitadas a supostos moi concretos. E estas deficiencias recaen nunha medida desproporcionadamente alta nas mulleres e a súa posibilidade de desempeñar unha actividade retribuída vese condicionada de forma moi severa.

\* \* \*

A lexislación interna e internacional desde antigo veulle prestando atención á conciliación da vida laboral e das responsabilidades familiares, aínda que inicialmente só desde a perspectiva da muller embarazada e, máis indirectamente, do xestante e do lactante<sup>15</sup>.

En efecto, os dereitos derivados da maternidade foron recoñecidos pola OIT desde os seus primeiros anos de existencia. En 1919 aprobouse o Convenio número 3, sobre o emprego das mulleres antes e despois do parto<sup>16</sup>, anos máis tarde revisado polo Convenio número 103, de 1952, sobre a protección da maternidade<sup>17</sup>. Instrumentos, os dous primeiros, indubidablemente esixentes para a época en que viron a luz, obtiveron ata o día de hoxe un número non excesivo de ratificacións, aínda que constituíron un modelo para as lexislacións internas de non poucos estados<sup>18</sup>. E, ademais, tamén hai que cita-la Recomendación número 123, de 1965, sobre o emprego de mulleres con responsabilidades familiares. Pola súa parte, o Convenio número 156, de 1981<sup>19</sup>, sobre os traballado-

<sup>14</sup> Cita recollida de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)*, RL, nº 17, 1999, p. 4.

<sup>15</sup> Así o pon de manifesto, vg., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *ibid.*, p. 1.

<sup>16</sup> Ratificado por España o 13 de xullo 1922.

<sup>17</sup> Ratificado por España o 26 de maio 1966 (BOE do 31 agosto).

<sup>18</sup> Para obter datos máis precisos, véxase FREDMAN, S., *op. cit.*, p. 117.

<sup>19</sup> A este convenio acompañao a Recomendación 165, sobre o mesmo tema, que prevé posibles medidas concretas para permiti-la compatibilización entre a vida laboral e a vida familiar. Sobre elas, en termos xerais, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *op. cit.*, p. 2.

res con responsabilidades familiares, ó que se lle achega unha recomendación número 165, esíxelles ós estados asinantes incluír entre os obxectivos da súa política nacional o impulso de medidas que lles permitan ás persoas con obrigas familiares exercer-lo seu dereito a traballar sen discriminación e sen que, na medida do posible, entren en conflito as ditas obrigas coas súas responsabilidades laborais<sup>20</sup>.

Polo que respecta ó ámbito da Unión Europea, debe tomarse en consideración en primeiro lugar a Directiva 92/1985/CE, do 19 de outubro, relativa á aplicación das medidas para promover a mellora da seguridade e da saúde no traballo da traballadora embarazada, que dera a luz ou en período de lactación. Constitúe unha das directivas específicas previstas no art. 16 da Directiva 89/391/CEE, do 12 xuño de 1989<sup>21</sup>, polo tanto dictada de acordo co procedemento antes previsto no art. 118-A do Tratado de Roma, en redacción procedente da Acta única europea. Trátase dun texto moi condicionado pola súa propia historia lexislativa, moi ambicioso nun principio, pero progresivamente erosionado nos seus propósitos máis sobresalientes a causa das reticencias mostradas polo Executivo británico de Mrs. Thatcher e Mr. Major<sup>22</sup>.

E, ademais, hai que tomar en consideración a Directiva 96/34/CE, do 3 de xuño, que incorpora o Acordo marco sobre o permiso parental efectuado pola UNICE, o CEEP e o CES, aprobada de acordo co procedemento recollido no Acordo de política social anexo ó Tratado de Maastricht<sup>23</sup>, que recoñece o dereito de traballadores e traballadoras a certos permisos con ocasión do nacemento e da adopción de menores, e de ausencia ó traballo en casos de forza maior.

<sup>20</sup> Vid., citadas, outras normas internacionais en CAVAS MARTÍNEZ, F., *Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (I). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida laboral de las personas trabajadoras*, AS, nº 7, 1999, p. 13.

<sup>21</sup> Relativa á aplicación de medidas para promover a mellora da seguridade e a saúde dos traballadores no traballo.

<sup>22</sup> Sobre esta historia, ELLIS, E., *Protection of Pregnancy and maternity*, *Industrial Law Journal*, vol. 22, nº 1, 1993, pp. 63 ss. Tamén, SZYSZCZAK, E., «La Directiva 92/1985 sobre protección de la maternidad», en VV.AA., *La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral*, Aranzadi (Pamplona, 1997) pp. 235 ss. e JACQMAIN, J., *La igualdad de trato contra la protección de la maternidad? (Una crítica de la Directiva 92/85, de 19 de octubre, y su trasposición al Derecho belga)*, RL, 1997-I, pp. 1249 ss.

<sup>23</sup> Sobre esta directiva, vg., CASAS BAAMONDE, M. E., *Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental*, RL, 1996-II, pp. 85 ss. Esta directiva aprobouse despois dunha proposta frustrada de directiva relativa ós permisos parentais e ós permisos por forza maior, do 24 de novembro de 1983, modificada o 15 de novembro de 1984. Previamente a aquela, aprobouse unha recomendación sobre coidado de fillos (Recomendación do Consello 92/241/CE). Sobre ela, SZYSZCZAK, E., *op. cit.*, p. 244.

Unha e outra directiva, a análise do seu contido agora se omite, traspóñense –ou para sermos máis precisos, complétase a súa transposición– mediante a Lei 39/1999, do 5 de novembro, para promover a conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras. Esta lei insírese nun contexto normativo no que xa desde tempo atrás se viñera prestando atención á maternidade, tanto desde a perspectiva da saúde da muller embarazada coma do coidado do xestante ou do lactante, así como á atención das obrigas familiares.

Pero, antes de entrar na análise da lei, debe terse en conta que outras directivas inciden de modo moi notable na protección do emprego da muller ante estas situacións de embarazo e de necesidade de atender a familia. En non poucas ocasións, utilizouse o abeiro das directivas 75/117/CEE, do 10 de febreiro e 76/207/CEE, do 9 de febreiro. En realidade, tódalas sentencias que se enfrontaron a supostos de feito anteriores á aprobación das directivas sobre protección do embarazo e sobre permiso parental, deberon buscar apoio nunha ou noutra daquelas<sup>24</sup>. Aínda que ben é certo que a utilización dunha ou doutra norma derivada non é cuestión exenta de efectos secundarios. Quizais algún exemplo poida ilustrar esta afirmación: no asunto *Hofmann v. Barmer Ersatzkasse* (1984)<sup>25</sup> suscitouse a adecuación á Directiva 76/207 dunha normativa que só lles garantía permisos para o coidado de nenos ás mulleres. O Tribunal de Luxemburgo considerouna axeitada, e argumentou que a dita norma derivada non perseguía resolver cuestións de organización da familia ou de división de responsabilidades entre os pais. E concluíu que o obxectivo dese permiso era evitarlles ás mulleres certas complicacións que resultaban do simultáneo cumprimento das súas obrigas laborais e do coidado dos nenos. Quizais a decisión de fondo poida compartirse, pero non a argumentación, pois o tribunal parte dunha división de roles entre home e muller na que esta é a principal responsable da atención á familia. Expresa unha ideoloxía onde se espera que nai e fillo teñan unha relación moi íntima, na que este recibe unha constante atención exclusivamente por parte da nai<sup>26</sup>. Outro caso moi significativo é o asunto *Hill and Stapleton v. The Revenue Commissioners and the Department of Finance* (1998)<sup>27</sup>. Nel decidiuse que era contraria á Directi-

<sup>24</sup> Sobre a dita doutrina xudicial, pode consultarse o traballo de GORELLI HERNÁNDEZ, I., *Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia*, REDT, nº 97, 1999, pp. 729 ss., sobre todo pp. 735 ss. Pode consultarse tamén o moi interesante e anterior traballo de SHAW, I., *Pregnancy discrimination is sex discrimination*, *European Law Review*, vol. 16, 1991, pp. 313 ss.

<sup>25</sup> Asunto 184/83.

<sup>26</sup> Véxase esta crítica en MCGLYNN, C. e FARRELLY, C., *Equal Pay and the «Protection of women within family life»*, *European Law Review*, nº 24, vol. 2, 1999, pp. 205-6.

<sup>27</sup> Asunto 243/95.



va 75/117 unha práctica de conformidade coa que o tempo durante o cal as traballadoras traballaran en réxime de traballo compartido (*job sharing*) só contaba pola metade para os efectos da escala salarial en que debía situarse ás afectadas cando volveran ó réxime de xornada completa. Na súa argumentación, constándolle o dato de que na función pública irlandesa o 83 por 100 do traballo compartido debíase á necesidade de compatibilizar responsabilidades familiares e laborais, a Corte luxemburguesa declarou que é política comunitaria «fomentar, e, se é posible, adapta-las condicións de traballo ás responsabilidades familiares». Esta doutrina –ben recente, como pode comprobarse– chama a atención, non só porque supón un xiro radical desde a perspectiva anteriormente exposta en *Hofmann*, senón porque reincide no seu defecto fundamental: a atención da familia é responsabilidade das mulleres. O dereito comunitario cumpre a función de protexe-los roles sociais antes que de combatelos. Polo menos iso era así ata a aprobación da directiva sobre o permiso parental.

En fin, pese ó dito, non pode negarse que ambas –Directivas 75/117 e 76/207– desempeñaron un papel de capital importancia na protección da maternidade, desde o asunto *Dekker* (1990) ata os máis recentes *Brown* e *Thibault*, ámbolos dous resoltos en 1998<sup>28</sup> e *Becu*<sup>29</sup>, de 1999. E, por outra parte, tamén pode achacárselle á Directiva 92/85, sobre protección da maternidade, o mesmo defecto de preserva-la tradicional repartición das tarefas familiares. En efecto, só á nai se lle garante o dereito ó permiso por maternidade e a uns ingresos non inferiores ós que se lle concederían en caso de enfermidade. Claro que a Directiva 92/85 cumpre unha función racionalizadora clara, que pode verificarse coa análise da doutrina do Tribunal de Luxemburgo: as traballadoras embarazadas poden argumentar discriminación de acordo coas directivas 76/207 e 75/117, e tamén ampararse na Directiva 92/85. Durante a baixa por maternidade, regúlanse pola Directiva 92/85 –e tal vez pola 76/207, pero non pola 75/117, salvo para aspectos moi puntuais<sup>30</sup>–, porque a súa per-

<sup>28</sup> Sobre *Brown*, *vg.*, MANGINI E O'LEARY, *op. cit.*, pp. 339 ss. Sobre *Thibault*, CARACIOLO DI TORELLA, E., *Thibault «in context»: Exiting the Maze?*, *Industrial Law Journal*, vol. 27, 1998, pp. 373 ss.

<sup>29</sup> Asunto 22/98. Sentencia do 16 setembro de 1999. Tamén é de interese, aínda que non admite a existencia de discriminación, o Asunto 218/98, *Abdoulaye*, Sentencia do 16 de setembro de 1999.

<sup>30</sup> Téñase en conta, como exemplo, a Sentencia do Tribunal de Xustiza das Comunidades do 21 de outubro de 1999, que considera que a negativa dun empresario a lles conceder ás mulleres que gozan de permiso parental con suspensión do contrato de traballo o pagamento dunha gratificación de carácter voluntario, sen tomar en consideración o traballo realizado durante o ano en que se concede a dita gratificación nin os períodos de maternidade, é contraria ó principio de igualdade de retribución entre homes e mulleres. Véxase unha nota a esta sentenza en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 414, 1999, p. 7-1.

cepción económica non é salarial. E, despois da maternidade, nin na Directiva 92/85 nin na 76/207, en tanto que a súa situación volve ser equiparable coa dun home<sup>31</sup>.

E non houbo unha decisiva opción comunitaria por fomentar unha maior asunción de responsabilidades familiares dos pais ata a Directiva 96/34. Máis recentemente, outros desenvolvementos normativos incluíron materias que acaso propicien doutrina xudicial referida á conciliación de responsabilidades familiares e laborais, que ata a actualidade só moi tenuemente pode preverse. Refírome ás directivas 97/80/CE do Consello, do 15 de decembro de 1997, relativa á carga da proba nos casos de discriminación por razón de sexo e 97/81/CE, do 15 decembro de 1997, relativa ó Acordo marco sobre o contrato a tempo parcial<sup>32</sup>.

\* \* \*

Sen remontarse a antecedentes máis afastados, o certo é que a lexislación española da última década considerou diversas reformas lexislativas sobre estes temas. Todas elas responden a un parecido impulso de ampliar os dereitos derivados da maternidade e do coidado da familia e ampliar, se é o caso, a acción protectora da Seguridade Social. Pode citarse, en primeiro lugar, a Lei 3/1989, do 3 marzo, sobre maternidade e igualdade de trato da muller traballadora, que levou a cabo unha decisiva modificación na materia<sup>33</sup>. A continuación, a Lei 42/1994, do 30 decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orden social, que mellorou decisivamente o subsidio por maternidade, á vez que o separou da incapacidade laboral transitoria<sup>34</sup> e a Lei 4/1995, do 23 marzo, reguladora do permiso parental e por maternidade, que ampliou os dereitos do traballador excedente por coidado dun fillo, ben que con algún recorte en materia de prestacións familiares de Seguridade Social<sup>35</sup>. A continuación, a Lei 13/1996, do 30 decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde

<sup>31</sup> Vid. esta disquisición, con máis amplitude, en CARACCILO DI TORELLA, E., *Recent Developments in Pregnancy and Maternity Rights*, *Industrial Law Journal*, vol. 28, 1999, pp. 276 ss. Tamén, en GORELLI HERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, pp. 739 ss.

<sup>32</sup> Sobre ela, vg., CABEZA PEREIRO, J. e LOUSADA AROCHENA, F., *El nuevo régimen legal del contrato a tiempo parcial*, Comares (Granada, 1999) pp. 16 ss.

<sup>33</sup> Ámbalas análises desta en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros*, RL, 1989-I, pp. 1141 ss. e en SEMPERE NAVARRO, A.V., *La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora*, RL, 1989-II, pp. 85 ss.

<sup>34</sup> Véxase PALOMO BALDA, E., e ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *Novedades de la Ley 42/1994: en especial, en materia de contratos de fomento del empleo y a tiempo parcial, incapacidad permanente, maternidad e invalidez permanente*, RL, 1995-I, p. 1093.

<sup>35</sup> Véxase o comentario de ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. e MERCADER UGUINA, J. R., *Nueva regulación de la excedencia por razón de cuidado de hijo*, RL, 1995-I, pp. 1214 ss.

social aproximou parcialmente a maternidade/paternidade adoptiva á maternidade biolóxica. En fin, non debe obviarse unha última e máis puntual reforma legislativa como foi a do art. 30.1 f) da Lei 30/1984, de medidas para a reforma da función pública, polo art. 50 da Lei 66/1997, do 30 decembro, de medidas fiscais, administrativas e de orde social, auténtico precedente sobre permisos para o coidado doutros familiares distintos dos menores<sup>36</sup>. E, por último, hai que lembra-lo Real decreto-lei 11/1998, do 4 setembro, polo cal se introduciu a bonificación do 100 por 100 na cota empresarial á Seguridade Social no caso do interino que substitúe os traballadores co contrato en suspenso por maternidade, adopción ou acollemento<sup>37</sup>, sempre que o substituto sexa un desempregado demandante de emprego.

E xa para entón transcorría o prazo legal para traspoñerlle ó dereito interno a Directiva 96/34/CE.

## 2. Xénese

Polo menos sobre o papel, a Directiva 92/1985 fora incorporada ó dereito interno por medio do art. 26 da Lei 31/1995, do 8 novembro, de prevención de riscos laborais. Sen embargo, varias foron as críticas que se verteron ata o momento sobre a correcta transposición<sup>38</sup>. De entre todas elas, destacan dúas fundamentais: a primeira, que non se desenvolveu regulamentariamente a lista de axentes, procedementos ou condicións de traballo que poidan influír negativamente na saúde das traballadoras ou do feto, cuestión esta que, por certo, segue a ser así despois da entrada en vigor da Lei 39/1999, do 5 de novembro. A segunda –a que aquí interesa– consiste en que o art. 26 da Lei 31/1995 non tiña previsto, na súa

<sup>36</sup> «O funcionario que, por razóns de garda legal teña ó seu coidado directo algún menor de seis anos, ancián que requira especial dedicación ou a un minusválido psíquico ou físico que non desempeñe actividade retribuída, terá dereito á diminución da súa xornada de traballo, coa redución proporcional das súas retribucións. Regulamentariamente determinarase a diminución da xornada de traballo e a redución proporcional das retribucións».

<sup>37</sup> Debe destacarse que estes beneficios non se aplican –art. 2 b) do Real decreto-lei– no caso de contratos efectuados polas administracións públicas e os seus organismos autónomos. Por outra parte, a Lei 50/1998, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, aplicou o mesmo réxime á substitución dos socios-traballadores ou socios de traballo das cooperativas, calquera que sexa o réxime da Seguridade Social dos substituídos.

<sup>38</sup> Véxanse as máis sinaladas en LOUSADA AROCHENA, J. F., *Unas anotaciones críticas sobre la adecuación del artículo 26 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, a la Directiva 92/85, de 19 de octubre, del Consejo de Ministros de la Unión Europea*, La Ley, nº 4153, 1996.

versión orixinaria, a posibilidade de dispensa ó traballo, na liña do art. 5.3 da directiva, para o caso de que un cambio de posto de traballo non resulta técnica ou obxectivamente posible ou non poida de forma razoable esixirse por motivos xustificadas<sup>39</sup>.

E, máis alá deste problema, propiciárase unha moi abundante doutrina constitucional e ordinaria, ó compás da que se suscitaba arredor do Tribunal de Luxemburgo, polo que se refire a despedimentos<sup>40</sup> e a outro tipo de decisións empresariais causadas por circunstancias relativas ó embarazo, parto e puerperio das mulleres traballadoras –vg., non contratación de mulleres embarazadas, falta de prórroga ou extincións anticipadas dos seus contratos temporais ou desistencia empresarial durante o período de proba<sup>41</sup>–. En particular, polo que á doutrina do Tribunal Constitucional se refire, hai que citar, vg., as sentencias 166/1988, sobre o despedimento dunha traballadora embarazada durante o período de proba, 173/1994, sobre a falta de renovación dun contrato temporal dunha traballadora embarazada e 136/1996, sobre o despedimento disciplinario por faltas de asistencia ó traballo durante o embarazo<sup>42</sup>.

En fin, a propia transposición da Directiva 96/34 incidiu nunha reforma da maternidade, agora contemplada desde o prisma dunha maior participación do pai nas responsabilidades anexas a estas circunstancias, sobre todo no relativo á suspensión do contrato por maternidade. Todas estas ideas propiciaron a idea de que había que considera-la Directiva 92/1985 e supera-los niveis mínimos de protección nela previstos.

Polo que ó permiso parental se refire, os primeiros comentarios<sup>43</sup> xa recoñeceran que o seu impacto no ordenamento español só era relativo, se ben se sinalaran algunhas insuficiencias das institucións españolas, sobre todo da excedencia por coidado de fillos e dos permisos, especialmente en materia de dispensas por atención de persoas de maior idade, mantemento dos dereitos adquiridos ou en trámite de adquisición e protección fronte ó despedimento. De aí que urxira unha renovación do dereito español para cumprir todas e cada unha das esixencias da Directiva

<sup>39</sup> Sobre esta crítica, LOUSADA AROCHENA, J. F., en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Comares (Granada, 1998) p. 166, e bibliografía aí citada. Do mesmo autor, *La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia*, AL, nº 38, 1998, pp. 703 ss., sobre todo pp. 717 ss.

<sup>40</sup> Sobre o particular, GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Situación de embarazo...* cit., pp. 763 ss.

<sup>41</sup> Sobre estes temas, vg., ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «La aplicación de la Directiva 92/95 en España», en VV.AA., *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, cit., pp. 260 ss.

<sup>42</sup> Véxase esta xurisprudencia en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (e III)*, RL, nº 19, 1999, pp. 2-3.

<sup>43</sup> Por exemplo, o de CASAS BAAMONDE, *Directivas comunitarias de origen convencional...*, p. 91.

96/34, relativa ó Acordo marco sobre o permiso parental, para o cal o seu art. 2 concedía un prazo que concluía «o máis tarde posible o 3 de xuño de 1998», aínda que prorrogable por outro ano máis «se fora necesario para ter en conta dificultades particulares ou a aplicación mediante convenio colectivo». Non parece que existan motivos para xustificar, no caso do Reino de España, esta prórroga. En todo caso, a Lei 39/1999, do 5 de novembro aprobouse, para estes efectos, cun evidente atraso.

O 14 de abril de 1999 entra no Consello Económico e Social un escrito do ministro de Traballo e Asuntos Sociais polo que se solicita a emisión dun dictame sobre o «Anteproxecto de lei para promove-la conciliación da vida laboral e familiar das persoas traballadoras». O Pleno do Consello, en sesión extraordinaria do 28 de abril, valorou positivamente o anteproxecto, aínda que acompañando esta valoración positiva de certas observacións de carácter xeral e particular<sup>44</sup> e 10 días máis tarde, o Boletín Oficial das Cortes Xerais, Congreso dos Deputados, publicou o «Proxecto de lei para promove-la conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras». Acordouse<sup>45</sup> simultaneamente, encomendarlle a súa aprobación con competencia lexislativa plena, polo procedemento de urxencia, á Comisión de Política Social e Emprego. Finalmente, o 5 de novembro apróbase a Lei 39/1999, que é publicada no BOE do día 6 e entra en vigor ó día seguinte da dita publicación.

### 3. Obxectivos e contido xeral da lei

Os obxectivos da lei poden deducirse do seu título, aínda que este resulta demasiado pretencioso á vista do seu contido. Limitase a introducir certas medidas puntuais en materia de condicións de traballo e Seguridade Social que afectan os traballadores e os funcionarios públicos, nun triple sentido: en primeiro lugar, incrementa e perfecciona os dereitos derivados das circunstancias de embarazo, parto e puerperio, así como os de atención de menores e de maiores que non poidan valerse por si mesmos, á vez que introduce unha maior protección contra o despedimento polo exercicio de tales dereitos. En segundo lugar, facilita que

<sup>44</sup> Esta valoración positiva non impediu o distanciamento das organizacións sindicais, que formularon ámbolos votos particulares, un procedente de UXT e CCOO e outro de CIG e ELA-STV. Ambos defendían que o anteproxecto era un texto insuficiente para conseguí-los obxectivos que se propuña.

<sup>45</sup> Véxase un resumo de todo este iter lexislativo en CAVAS MARTÍNEZ, F., *Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (e II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, AS, nº 8, 1999, p. 9.

sexa o pai ou o familiar masculino o que exercite estes, e abunda na equiparación de sexos –na medida do posible, ata onde o permiten os condicionantes biolóxicos e os compromisos internacionais asumidos polo Reino de España–, para recalcar, pedagoxicamente, cómo un e outra poden facer uso das licencias e suspensións que prevé a lei. E, en terceiro lugar, mellora a acción protectora da Seguridade Social, na liña de que sexa o sistema público o que asuma certos custos, mellor que o empresario ou o traballador ou a traballadora que debe atender as súas obrigas familiares.

Dito isto, deben destacarse certas limitacións da nova lei. Entre elas –a máis notoria– que non dedica ningún esforzo a mellora-la rede de servizos sociais de atención ás persoas<sup>46</sup> persistindo a situación anteriormente comentada de que o Reino de España, no ámbito da Unión Europea, é un Estado particularmente infradotado ó respecto. Ademais, as insuficiencias e defectos lexislativos persisten, particularmente en aspectos tan sensibles coma os permisos por lactación, as suspensións por maternidade ou as excedencias por coidado de familiares. Por outra parte, a acción protectora da Seguridade Social, aínda que mellorada, segue a conter evidentes imperfeccións e unha excesiva responsabilización do empresario, que debe asumir certos custos os cales poden repercutir negativamente no emprego das mulleres. Noutra liña de ideas, non articula correctamente o exercicio dos dereitos para o caso dos traballadores incluídos nos réximes profesionais da Seguridade Social, que teñen unha lexislación substantiva que non goza da suficiente claridade como para non suscitar importantes dúbidas. En fin, á marxe da equiparación formal entre traballadores homes e mulleres, a lei abdica de calquera propósito de fomentar activamente que sexan aqueles os que exerciten os dereitos derivados das responsabilidades familiares<sup>47</sup>, nun contexto social onde os homes só moi excepcionalmente están dispostos a exercer-las súas responsabilidades mediante os dereitos que a lei laboral lles concede. En efecto, non se contén ningún incentivo económico nesta liña.

As insuficiencias da lei son palpables. Non obstante, non poden deixar de recoñecerse os avances en relación coa lexislación precedente. O

---

<sup>46</sup> Aínda que debe lembrarse que acaso este esforzo debe encomendárselles en maior medida ás comunidades autónomas con competencias en materia de servizos sociais.

<sup>47</sup> Salvo o moi tímido mandato ó Goberno da súa disposición adicional cuarta: «o Goberno, no marco das súas competencias, e de acordo cos axentes sociais, impulsará campañas de sensibilización pública co obxecto de conseguir que os homes asuman unha parte igual das responsabilidades familiares, e de maneira especial se acollan, en maior medida, ás novas posibilidades que esta lei ofrece para compartilo permiso parental».

novo réxime legal resulta máis axeitado á realidade social na que se debe aplicar e permite –aínda que non anima– unha maior participación do home nas responsabilidades familiares. Establece un marco normativo de dereitos mínimos e indispoñibles<sup>48</sup>, homoxéneo para traballadores e funcionarios públicos, na mesma liña de equiparación xa emprendida por leis anteriores, seguindo a senda, vg., da normativa sobre a prevención de riscos laborais. Traspón con bastante fidelidade –ben que de forma asistemática, pois a Directiva 92/85 é unha directiva promulgada dentro da materia da prevención de riscos laborais e baixo a cobertura do entón art. 118-A do Tratado de Roma<sup>49</sup>– tanto a Directiva 92/85 coma a 96/34, e debe recoñecerse que supera dabondo os mínimos garantidos por unha e outra. Polo tanto, tódalas opinións críticas que se vertan –que serán bastantes– deben cribarse por este contexto xeral de progresivo perfeccionamento do réxime legal.

\* \* \*

A Lei 39/1999, do 5 de novembro, introduce cambios en diversos textos legais: no texto refundido do Estatuto dos traballadores, aprobado por RD-lexislativo 1/1995, do 24 de marzo, do que modifica os art. 37, 45, 48, 52, 53, 55 e a disposición adicional décimo cuarta; no texto refundido da lei de procedemento laboral, aprobado por RD-lexislativo 2/1995, do 7 abril, do que altera o contido dos art. 108, 122 e 189, modifica a rúbrica do capítulo V do título II e inclúe unha nova sección no capítulo V do título II do libro II, constituída por un artigo 138 bis; na Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais, introduce unha nova redacción do seu art. 26; no texto refundido da lei xeral de Seguridade Social, aprobado por RD-lexislativo 1/1994, do 20 xuño, altera a dicción dos arts. 38, 106, 133 bis e disposición adicional oitava, inclúe un capítulo IV no título II, constituído polos novos art. 134 e 135 e reordena a numeración dos preceptos, pois o anterior art. 134 pasa a se-lo 136 e as seccións 30, 40 e 50 do capítulo V pasan a se-la 20, 30 e 40; no Real decreto-lei 11/1998, do 4 setembro, polo que se regulan as bonificacións de cotas á Seguridade Social dos contratos de interinidade que se realicen coas persoas desempregadas para substituír a traballadores durante os períodos de descanso por maternidade, adopción e acollemento, introduce cambios no art. 1; na Lei 30/1984, do 2 de agosto,

<sup>48</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La conciliación de la vida familiar...*(1), cit., pp. 7 ss. destaca a marxinação do convenio colectivo, ó que a lei non lle outorga outras competencias normativas máis alá das clásicas de mellora do réxime legal.

<sup>49</sup> Véxase esa crítica no comentario de LOUSADA AROCHENA, J. F. ó art. 26 da Lei 31/1995, do 8 de novembro, en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pp. 158-9.

de medidas para a reforma da función pública, modifica a redacción dos art. 29 e 30; na Lei de funcionarios civís do Estado, texto articulado aprobado polo Decreto 315/1964, do 7 febreiro, introduce unha nova alínea no seu art. 69; nas leis 28/1975, do 27 de xuño, sobre Seguridade Social das Forzas Armadas, e 29/1975, do 27 xuño, de Seguridade Social dos funcionarios civís do Estado engade un novo parágrafo, respectivamente, ós seus art. 21 e 20 e na Lei 17/1999, do 18 maio, de réxime do persoal das Forzas Armadas, altera o contido do art. 1. Ademais, ordena a modificación, no prazo dun ano, da lexislación sobre convenios especiais da Seguridade Social. Trátase, pode comprobarse, dunha lei que afecta múltiples normas xurídicas preexistentes, coa virtude de introducir así certa uniformidade lexislativa entre traballadores e servidores públicos rexidos por normas diferentes.

\* \* \*

A continuación, analízanse os principais contidos da Lei 39/1999, do 5 de novembro, prestándose unha atención un pouco máis extensa a aqueles aspectos que non sexan obxecto doutras intervencións posteriores.

Dáselle unha nova redacción ó art. 37.3 b) do Estatuto dos traballadores<sup>50</sup> –permiso por *nacemento de fillo ou por infortunio familiar*–<sup>51</sup> da que debe destacarse a ampliación de supostos, pois considéranse de modo expreso dúas situacións novas: accidente e hospitalización de parentes. Resulta positiva a clarificación para resolver supostos que suscitaran controversia xudicial, como operacións de cataratas, partos con cesárea –en supostos nos que a duración do permiso por enfermidade grave era, de acordo co convenio, de maior duración có permiso por nacemento de fillo– ou outras hospitalizacións que non necesariamente podían catalogarse como derivadas de enfermidade grave. Sorprende, ademais, que este permiso, polo que se refire a causas distintas do nacemento do fillo, non se lles estenda –sen causa xustificada aparente– ós familiares por adopción ou acollemento, preadoptivo ou permanente. Tamén, que non se prevexa expresamente para o cónxuxe, que parece o primeiro destinatario natural destas licencias. Noutra orde de cousas, estas licencias non se estenden, máis alá do parentesco por afinidade, e a

<sup>50</sup> Sobre permisos, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Los permisos retribuidos del trabajador (régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*, Aranzadi (Pamplona, 1998).

<sup>51</sup> Permiso moi directamente conectado coa cláusula 3, alínea 1 do Acordo marco sobre o permiso parental: «os estados membros e/ou os interlocutores sociais adoptarán as medidas necesarias para autoriza-los traballadores a se ausentaren do traballo, conforme a lexislación, os convenios colectivos e/ou os usos nacionais, por motivos de forza maior vinculados a motivos familiares urxentes en caso de enfermidade ou accidente que fagan indispensable a presenza inmediata do traballador».



salvo de posible mellora por convenio colectivo, ás relacións derivadas das parellas de feito –por exemplo, falecemento dos pais da parella coa que se convive–.

Polo demais, este precepto suxire unha consideración adicional: a primeira, en relación co nacemento do fillo, que era –e segue sendo– un dereito de gozo exclusivamente masculino, pois coincide no tempo co período de seis semanas de descanso obrigatorio da nai. Por iso, parecería un ámbito idóneo para desenvolve-la Directiva sobre o permiso parental e fomentar que certos dereitos os exercitase o pai con prioridade á nai. Desde esta perspectiva, podería concluírse que fora aconsellable aumenta-la súa duración. Ademais, ó recaer o custo do permiso na empresa, introdúcese un elemento de equiparación real cara á igualdade no acceso ó emprego de homes e mulleres, pois ó empresario tamén lle resultaría gravoso un eventual permiso de significativa duración que podería goza-lo pai. Non obstante, parece máis acertada a postura adoptada na lei, que consiste en permiti-lo aproveitamento simultáneo da maternidade entre pai e nai no período inmediatamente posterior ó parto. Deste modo, o custo do exercicio do dereito recae na Seguridade Social e non na empresa. Claro que ten o inconveniente de que se fai depender de que pai e nai traballen, cousa que non se esixe para que o pai goce do permiso por nacemento do fillo. Ademais, a cesión pola nai de parte do dereito de maternidade ó pai redunda nunha redución do dereito dela.

En canto á redución da xornada por *lactación*, a maioría dos defectos do anterior art. 37.4 do Estatuto dos traballadores mantéñense, co apoio adicional que lles proporcionou a Sentencia do TC 109/1993, do 25 marzo, que declarou constitucional a versión do precepto anterior á Lei 3/1989, a cal concibía esta redución da xornada como un dereito das traballadoras<sup>52</sup>. Reformáronse dous aspectos concretos: en primeiro lugar, para aclarar que a redución da xornada será con respecto á xornada habitual da traballadora –ou do traballador– e non á xornada habitual do convenio. En segundo lugar, co fin de aclarar que a concreción horaria e a determinación do permiso por lactación –ó igual ca da redución de xornada por garda legal– lle corresponde ó traballador, dentro da súa xornada ordinaria, esixíndoselle un aviso previo ó empresario con quince días de antelación. Para este efecto, prevese unha nova modalidade procesual urxente, preferente, sumaria e de instancia única –a do art. 138 bis da Lei de procedemento laboral– para dirimi-las discrepancias entre traballador e empresario.

<sup>52</sup> Sobre este tema, vg., ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «La aplicación de la Directiva 92/85», cit., pp. 285 ss.

En canto á *garda legal*, e á marxe dos aspectos comúns co permiso de lactación, mellorouse a redacción do art. 37.5 do Estatuto dos traballadores nalgúns aspectos: engadíuselle o adxectivo «sensorial» á expresión «minusválido» –antes utilizábase a sinónima «diminuído»– para cubrir supostos, ata agora discutibles, que non cabía catalogar estrictamente como minusvalías físicas ou psíquicas. Tamén se expresa «unha actividade retribuída» e non, coma antes «outra actividade retribuída», redacción que suscitara dúbidas sobre se o que non podía desenvolver a dita actividade era o traballador que pedía o permiso ou –como parece máis lóxico e agora resulta indiscutible– o diminuído para o coidado do cal se solicita a redución de xornada. Ademais das melloras de redacción, ampliase o dereito para coidar de familiares ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade –¿por que non se amplía á adopción ou ó acollemento preadoptivo ou permanente?, ¿por que non se recolle expresamente tamén o suposto do traballador que deba atender-lo seu cónxuxe?, ¿por que non se atende ás relacións derivadas das parellas de feito?– que por razóns de idade, accidente ou enfermidade non poidan valerse por si mesmos nin desempeñen unha actividade retribuída. E, ademais, introdúcese unha nova alínea, que contén un aspecto pedagóxico e outro, moi interesante, de tipo aclaratorio. O pedagóxico consiste en lembrar que o dereito é individual, de homes e mulleres. E o aclaratorio, que o empresario pode limitar, por razóns xustificadas de funcionamento da empresa, o exercicio simultáneo deste dereito se dous ou máis traballadores da mesma empresa solicitan redución de xornada polo mesmo suxeito causante. O cal pode interpretarse en sentido contrario: é perfectamente posible que dous ou máis traballadores de diversas empresas pidan a redución de xornada con proporcional redución do salario para atender-lo mesmo menor ou familiar<sup>53</sup>.

Verbo da *excedencia por motivos familiares*, a nova redacción dos art. 46.3 do Estatuto dos traballadores e 29.4 da Lei de medidas para a reforma da función pública introduce significativas novidades. A máis sobresaliente, a de incluí-lo suposto de excedencia, de duración non superior a un ano, ampliable para o caso dos laborais por negociación colectiva, para atender familiares que non poidan valerse por si mesmos e que non desempeñen actividade retribuída ningunha –os mesmos suxeitos, e expostos á mesma crítica ca no caso de garda legal–. Perfecciónase a excedencia para ampliála ó suposto do acollemento preadoptivo e permanente e para situa-lo día inicial do cómputo do período de tres anos nestes casos, e tamén no da adopción, na data da resolución xudi-

<sup>53</sup> Véxanse estas ideas, e algunha máis, en CAVAS MARTÍNEZ, F., *Legislación laboral y responsabilidades familiares... (e II)...*, cit., p. 11 ss.

cial ou administrativa e non na do nacemento do fillo. E, ademais, posibilitase que máis dun traballador faga uso do dereito polo mesmo suxeito causante, nos mesmos termos e cos mesmos límites que para o caso da garda legal.

A suspensión –ou o permiso, no caso de funcionarios ou persoal estatutario– por *parto, adopción ou acollemento, preadoptivo ou permanente* tamén sufriu importantes modificacións, que non empecen un panorama no que aínda existen evidentes impactos adversos cara á muller traballadora perfectamente evitables –situados no ámbito da maternidade natural–. Sen embargo, existen apreciables melloras, que poden enumerarse como segue:

- 1) Ampliase a duración da suspensión, en caso de parto múltiple máis alá dos xemelgos, en dúas semanas máis por cada fillo a maiores, ou por cada fillo adicional adoptado ou acollido.
- 2) Prevese que o pai poida facer uso de toda a suspensión, ou do período restante, no caso de que a nai faleza, e non só das seis de descanso obrigatorio.
- 3) A nai pode optar por que o pai goce de todo o descanso que non sexa obrigatorio, e non só das últimas catro semanas, ben que con certos condicionantes.
- 4) Admítese a posibilidade de que pai e nai –tamén no caso de adopción e acollemento– fagan uso simultaneamente do dereito.
- 5) Amplíase a seis anos a suspensión por adopción ou acollemento, sen diferenciala idade do menor entre maior e menor de nove meses, ou incluso máis alá dos seis anos en certos casos de dificultades de inserción ou de incapacidades do adoptado ou acollido.
- 6) Posibilitase –só para os traballadores– o gozo destes dereitos de suspensión a tempo parcial, por acordo individual co empresario, nos termos que regulamentariamente se determinen.

Regúlase unha nova situación suspensiva –ou de licenciam–, *por risco durante o embarazo*, conectada co art. 26 da LPRL, para os supostos nos que non sexa posible adaptárlle-lo posto de traballo ós riscos derivados da situación de embarazo e tampouco resulte factible cambia-la traballadora do posto, nos termos da alínea segunda do dito art. 26. En tales casos, concédese unha prestación económica, cos mesmos requisitos cá de incapacidade temporal derivada de continxencia común, nun 75 por 100 da base reguladora, desde o día en que se inicie a suspensión ou a licenciam, xestionada directamente polo INSS. Esta situación é aplicable a tódolos réximes por conta allea da Seguridade Social e ós traballadores por conta propia do réxime especial agrario, do mar e de autónomos, nos termos que regulamentariamente se establezan.

A Lei 39/1999, do 5 de novembro, tamén introduce moi significativas novidades en relación coa *extinción do contrato de traballo e o despedimento*, para o efecto do cal se modifican certos preceptos do Estatuto dos traballadores e da Lei de procedemento laboral. As ditas regras de-

rívanse de certos contidos expresos, tanto da Directiva 92/85<sup>54</sup> coma da 96/34<sup>55</sup>, que lles obrigan ós estados membros a introducir medidas de protección contra o despedimento polo exercicio dos dereitos que ámbalas normas comunitarias recoñecen. E non debe esquecerse que unha nada desprezable serie de pronunciamentos do Tribunal de Luxemburgo versan precisamente sobre as medidas extintivas producidas por iniciativa da empresa a causa do exercicio dos dereitos derivados do embarazo, parto e puerperio<sup>56</sup>. Ademais, certa normativa da OIT, no ámbito de convenios ratificados polo Reino de España, contén mandatos nesta mesma dirección<sup>57</sup>.

En primeiro lugar, no tocante ó despedimento obxectivo derivado de ausencias ó traballo xustificadas, inclúe, entre as que non computan para tales efectos –art. 52 d)– as derivadas da suspensión do contrato por risco durante o embarazo e as enfermidades causadas por embarazo, parto ou lactación, que se unen ás xa anteriormente incluídas de maternidade e licencias.

Pero moito máis alcance ten a nova redacción dos art. 53.4 e 55.5 do Estatuto dos traballadores, o primeiro dedicado ó despedimento nulo

---

<sup>54</sup> Art. 10: «como garantía para as traballadoras a que se refire o art. 2 do exercicio dos dereitos de protección da súa seguridade e saúde recoñecidos no presente artigo, establécese o seguinte: 1) os estados membros tomarán as medidas necesarias para prohibi-lo despedimento das traballadoras a que se refire o art. 2, durante o período comprendido entre o comezo do seu embarazo e o final do permiso de maternidade a que se refire a alínea 1 do art. 8, salvo nos casos excepcionais non inherentes ó seu estado admitidos polas lexislacións e/ou prácticas nacionais e, se é o caso, sempre que a autoridade competente dera o seu acordo. 2) Cando se despida a unha traballadora a que se refire o art. 2 durante o período considerado no punto 1, o empresario deberá dar motivos xustificadas de despedimento por escrito. 3) Os estados membros tomarán as medidas necesarias para protexe-las traballadoras a que se refire o art. 2 contra as consecuencias dun despedimento que sería ilegal en virtude do punto 1.

<sup>55</sup> Art. 2.4 do Acordo marco sobre o permiso parental: «co fin de garantir que os traballadores poden exercer-lo seu dereito ó permiso parental, os estados membros e/ou os interlocutores sociais adoptarán as medidas necesarias para protexe-los traballadores contra o despedimento por solicitaren ou colleren un permiso parental, conforme a lexislación, os convenios colectivos e os usos nacionais».

<sup>56</sup> Sobre ela, vg., RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., *La conciliación de la vida familiar...*(III), cit., pp. 1-2 e GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Situación de embarazo y principio de igualdad...*, cit., pp. 735 ss.

<sup>57</sup> Vg., art. 8 do Convenio núm. 156 da OIT (cit.): «a responsabilidade familiar non debe constituír por si mesma unha causa xustificada para lle poñer fin á relación laboral». E art. 5 d) do Convenio núm 158 da OIT, do 2 de xuño de 1982, sobre o remate da relación do traballo por iniciativa do que emprega (ratificado por España o 16 febreiro de 1985: «entre os motivos que non constituírán causa xustificada para o remate da relación laboral figuran os seguintes:...d)...as responsabilidades familiares...».

por causas obxectivas e o segundo ó despedimento disciplinario nulo. A ámbolos dous preceptos incorpóraselle unha redacción simétrica que tende a outorgarlles esta cualificación ós despedimentos por unha ou outra clase de causas producidos durante o exercicio dos dereitos de maternidade ou de permiso parental. En concreto, considera viciados de nulidade as extincións ou despedimentos durante o período de suspensión do contrato de traballo por maternidade, risco durante o embarazo, adopción ou acollemento ou os notificados nunha data tal que o prazo de aviso previo finalice dentro do dito período, e os das traballadoras embarazadas, desde a data de inicio do embarazo ata o comezo das suspensións por risco durante o embarazo ou por maternidade, así como dos traballadores que fagan uso ou solicitasen os dereitos de lactación ou redución de xornada por garda legal, ou solicitaran excedencia por coidado de familiares. E, en todos estes casos, sálvase a posibilidade de que o despedimento poida cualificarse de procedente pola existencia de motivos «non relacionados co embarazo ou co exercicio do dereito ós permisos e excedencia sinalados».

Estas novidades legais posúen unha incuestionable envergadura. En primeiro lugar, porque saen do paso fronte a unha modificación anterior do Estatuto dos traballadores, en virtude da cal o despedimento dun traballador co contrato en suspenso nunca podía merecelo a cualificación de improcedente, senón que debía declararse nulo a menos que o empresario puidese xustificar a súa procedencia<sup>58</sup>. –en que limitadamente, e para as suspensións e permisos analizados, recupérase esta tradición legal. De modo que, agora, o despedimento obxectivo ou disciplinario durante os períodos a que se alude nos art. 53.4, incisos a) e b), ou 55.5, incisos a) e b) só poderá ser procedente ou nulo. Noutras palabras, prodúcese un efecto moito máis rotundo có derivado do desprazamento da carga da proba en aplicación do art. 96 da Lei de procedemento laboral<sup>59</sup> ou do art. 4 da Directiva 97/80/CE, relativa á carga da proba nos casos de discriminación por razón de sexo<sup>60</sup>, pois se lle esixe á parte demandada demostrar que o despedimento ou a decisión extintiva, ademais de resultar allea a calquera propósito discriminatorio, merece a cualificación de pro-

<sup>58</sup> Sobre este particular, vg., MARTÍN VALVERDE, A., «Incidencia de la reforma laboral en el régimen jurídico del despido disciplinario», en VV.AA., *Puntos críticos de la reforma laboral*, C.E.U. Ramón Areces (Madrid, 1996) pp. 157 ss.

<sup>59</sup> «Naqueles procesos nos que das alegacións da parte autora se deduza a existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderalle ó demandado a achega dunha xustificación obxectiva e razoable, suficientemente probada, das medidas adoptadas e da súa proporcionalidade».

<sup>60</sup> 1. «Os estados membros adoptarán de acordo cos seus sistemas xudiciais nacionais as medidas necesarias para que, cando unha persoa que se considere prexudicada pola non aplicación, no que a ela se refire, do principio de igualdade de trato

cedente. Deste modo, prodúcense dúas consecuencias adicionais: en primeiro lugar, restrínxese a posibilidade de despedimentos «pluricausais»<sup>61</sup> nos que o empresario podería xustificar a decisión extintiva en motivos alleos a calquera propósito discriminatorio, ós casos en que, ademais de proba-la existencia desta concausa, proba que existe nun grao suficiente como para que a extinción mereza a cualificación de procedente. En segundo lugar, alivia a carga probatoria do traballador ou a traballadora despedidos, pois non terán que achegar indicios de ningún tipo, senón que se presumirá *ex lege* a nulidade do despedimento, a salvo da actividade probatoria da empresa<sup>62</sup>.

Esta reforma dos art. 53 e 55 merece algún comentario adicional. Por exemplo, que se aparta da tradición legal española e acércase á doutros ordenamentos europeos –coma o británico– nos que a protección do embarazo, parto e lactación se realiza a partir de criterios estritamente temporais<sup>63</sup>. O cal non lles restrinxe a protección ós períodos legalmente previstos. Sucede só que durante estes se produce a presunción legal de nulidade. Pero non pode obviarse a protección legal menos reforzada fóra deles. Por exemplo, aplicaríase o desprazamento da carga da proba de acordo co art. 96 da Lei de procedemento laboral –ou, máis en xeral, do seu art. 179.2<sup>64</sup>, se non se producise estritamente discriminación por razón de sexo–, por un despedimento ou unha extinción dun contrato que se materializara inmediatamente despois do arco temporal expresamente previsto. Só que, en tal caso, habería que achegar indicios suficientes<sup>65</sup> de discriminación e a insuficiencia da causa alegada pola empresa podería dar lugar a que o despedimento se cualificara como improcedente e non como nulo.

---

presente, ante un órgano xurisdiccional ou outro órgano competente, feitos que permitan presumir a existencia de discriminación directa ou indirecta, lle corresponda á parte demandada demostrar que non houbo vulneración do principio de igualdade de trato». Por certo, debe terse en conta que o art. 3 desta directiva inclúe dentro do seu ámbito de aplicación tanto a Directiva 92/85 coma a 96/34.

<sup>61</sup> Sobre este concepto, CABEZA PEREIRO, J., «Derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador: la garantía de indemnidad», en VV.AA., *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*, Comares (Granada, 1998) pp. 182 ss.

<sup>62</sup> Neste sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F., *Legislación laboral y responsabilidades familiares... (II)*..., cit., p. 21.

<sup>63</sup> Así o pon de manifesto RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, M., *La conciliación de la vida familiar... (III)*, cit., p. 5.

<sup>64</sup> Sobre o particular, GÁRATE CASTRO, J., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales (un estudio de la modalidad procesal regulada por los arts. 175 y sigs. de la Ley de Procedimiento Laboral)*, RXG monografías (Santiago, 1999) pp. 131 ss.

<sup>65</sup> En relación co concepto de indicios suficientes, vg., STC 41/1999, do 22 de marzo, comentada por LOUSADA AROCHENA, J. F. *La tutela jurisdiccional de la discrimi-*

E tres anotacións máis puntuais: 1) que non se entende demasiado ben, para o caso do despedimento disciplinario, a referencia ó «notificado nunha data tal que o prazo de aviso previo finalice dentro do dito período», pois o art. 55 non esixe aviso previo ningún para o despedimento disciplinario. Basta con que a data dos efectos –ou, debería engadirse, de inicio do expediente contradictorio– se produza durante a suspensión do contrato por maternidade, adopción ou acollemento, ou risco durante o embarazo. 2) Que debe destacarse cómo esta especial protección do despedimento opera en momentos temporais diversos dependendo do dereito de que se trate, pois para a maternidade, adopción, acollemento ou risco durante o embarazo circunscríbese ó tempo durante o cal se exercitan estes; para o embarazo, desde o seu inicio ata que se inicie a suspensión por risco ou por maternidade, para a lactación e garda legal, desde que se soliciten os permisos ata que finalice o seu exercicio, e para a excedencia voluntaria, desde que se solicite ata que se inicie o período de inactividade. Esta diverxencia non parece de todo xustificada, pois poden detectarse algunhas insuficiencias de protección, como a do traballador que lle notificou ó empresario o exercicio da suspensión por adopción ou acollemento, ou a do traballador que xa iniciara a excedencia voluntaria. Neste sentido, a lei contén algunha pequena «traizón» a unha coherente transposición das directivas 92/95 e 96/34. 3) Como comentario moi positivo, débese salientar que a Lei 39/1999 non fai depende-la protección fronte ó despedimento durante o embarazo de que a traballadora lle notifique o seu estado ó empresario, senón que opera automaticamente, sen que se deba probar que este era coñecedor da circunstancia en que se atopa aquela<sup>66</sup>.


En fin, outro comentario refírese a que, sendo o despedimento disciplinario o réxime común e supletorio das extincións por vontade do empresario, debe concluírse que estas regras lle son de aplicación tamén á desistencia empresarial durante o período de proba e á non renovación dos contratos temporais.

E, simultaneamente á modificación dos art. 53.4 e 55.5 do Estatuto dos traballadores, a Lei 39/1999 outórgalles unha redacción simétrica á dos preceptos suspensivos ós art. 108.2 e 122.2 da Lei de procedemento laboral.

As dúas últimas modificacións legais ás que se vai facer referencia prodúcense no ámbito da *normativa de fomento*: refórmase a rúbrica da

*nación colectiva (a propósito de la Sentencia 41/1999, de 22 de marzo, del Tribunal Constitucional)*, AS, nº 12, pp. 85 ss.

<sup>66</sup> Sobre esta materia, en xeral e polo que respecta á prevención de riscos no traballo, SÁNCHEZ TORRES, E., *El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, RL, 1997-II, pp. 459 ss.

disposición adicional catorce do Estatuto dos traballadores para outorgarlle as bonificacións á Seguridade Social nela previstas ó suposto do interino que substitúe un traballador que utilice a excedencia por coitado de familiares. E modifícase o art. 1 do RD-lei 11/1998, do 4 de setembro para incluí-la bonificación na cota do interino que substitúe a traballadora durante a situación de risco durante o embarazo e do interino que substitúe un traballador autónomo e a socios de traballo ou socios traballadores de sociedades cooperativas<sup>67</sup> durante tódalas situacións consideradas na norma de urxencia –risco durante o embarazo, períodos de descanso por maternidade, adopción e acollemento preadoptivo ou permanente–. 

<sup>67</sup> Estes xa foran expresamente incluídos pola disposición adicional vixésimo oitava da Lei 50/1998, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social.