

## **LA CORRESPONSABILIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA, UN CAMINO POR RECORRER**

*SILVIA REAL MONTERO*

*Graduada en Derecho por la Universidad de Valencia*

### **RESUMEN:**

El presente trabajo enmarca un estudio sobre la corresponsabilidad en el ámbito de la Unión Europea. Para ello se analizan algunas disposiciones normativas circunscritas dentro del ámbito europeo y que están estrechamente relacionadas con la conciliación de la vida familiar y laboral. Se hace especial énfasis en el análisis de tres directivas: Directiva 2006/44/CE, Directiva 92/85/CEE y Directiva 2010/18/UE y también se examina la jurisprudencia más relevante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A través del análisis de estas tres directivas y de la jurisprudencia del TJUE se valora la implicación del legislador europeo en este ámbito, de manera que se puede realizar un balance de los avances y retrocesos en materia de conciliación.

**PALABRAS CLAVE:** conciliación, corresponsabilidad, responsabilidad familiar, género, reparto de funciones

### **ABSTRACT:**

The following article present a study about the co-responsibility in the European Union frame. With this purpose some normative dispositions related with the European Union

ambit and associated with the conciliation of familiar and work life were analyzed. The analysis focuses on three directives: Directive 2006/44/CE, Directive 92/85/CEE y Directive 2010/18/UE and it's also examined the most relevant jurisprudence of the European Union Justice Tribunal. Through the analysis of these three main directives and the jurisprudence of the EUJT it's appreciated the implication of the European legislator in this field, and it enable the study of the forwards and backwards in conciliation

**KEY WORDS:** conciliation, co-responsability, familiar responsibility, gender, task distribution

#### SUMARIO

1. *La corresponsabilidad: una cuestión de género y de toda la sociedad.*
2. *La configuración de las políticas conciliadoras europeas a través del derecho a la ausencia.*
  - 2.1. *Directiva 2006/54/CE: la estrecha vinculación entre el principio antidiscriminatorio por razón de género y el cuidado familiar.*
  - 2.2. *La Directiva 92/85/CEE: una norma preventiva con trazos conciliadores.*
  - 2.3 *La Directiva 2010/18/UE y su carácter neutral.*

### **1. La corresponsabilidad: una cuestión de género y de toda la sociedad.**

La corresponsabilidad tiene como objetivo el reparto de funciones entre los miembros de la familia, eliminando cualquier referencia de género y fomentando el reconocimiento de los derechos laborales de aquellas personas que tienen a su cuidado hijos y/o familiares. Esta nueva concepción tiene como objetivo evitar que las personas con responsabilidades familiares se vean obligadas a abandonar su profesión, o corran el peligro de ser consideradas como una carga tanto para el empresario como para el resto de la sociedad. Precisamente uno de los propósitos de la corresponsabilidad<sup>1</sup> es conseguir la coordinación, colaboración e implicación de los trabajadores, la de sus familias, la de los empresarios y la de la propia sociedad.

---

<sup>1</sup>CABEZA PEREIRO, J., “¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, num.6, Pamplona, 2010, página 2

Tradicionalmente las mujeres se han ocupado del cuidado de los hijos y de la realización de las tareas domésticas, unas labores no retribuidas y con escaso reconocimiento social, mientras que los hombres se han dedicado a trabajar fuera del núcleo familiar, recibiendo por ello una retribución y una mayor valoración social<sup>2</sup>. En los últimos tiempos han surgido nuevos modelos familiares gracias a la aparición de una serie de factores como la incorporación de las mujeres al mercado laboral, el aumento de las familias monoparentales y el incremento de familias donde ambos progenitores trabajan. Estas nuevas circunstancias han convertido a la conciliación de la vida familiar, laboral y personal en un problema actual de toda la sociedad que requiere de soluciones globales.

Las medidas adoptadas en este campo a nivel europeo, hasta el momento, no llegan a tener un carácter conciliador porque fuerzan a uno de los padres - normalmente a la mujer - a retirarse del trabajo durante largos periodos, lo que acaba afectando a la carrera profesional de las personas con responsabilidades familiares. Pero estas consecuencias pueden ser todavía peores puesto que el distanciamiento con el trabajo puede provocar una pérdida de profesionalidad y como consecuencia de ésta la pérdida del trabajo<sup>3</sup>. Incluso estas ausencias pueden llegar a crear un sentimiento de desconfianza en el trabajador que le lleve a dudar de su capacidad para trabajar<sup>4</sup>. Estas situaciones son consecuencia de la incapacidad para conciliar la vida familiar y laboral de los actuales instrumentos conciliadores. Tradicionalmente se han utilizado, como herramientas conciliadoras, las excedencias y los permisos parentales los cuales suelen ser asumidos por las trabajadoras. Estas técnicas resultan deficientes e insuficientes, porque contribuyen a perpetuar los roles sexistas y por otro lado, se basan en el derecho de ausencia, por lo que el trabajador con responsabilidades familiares se ve obligado a abandonar su carrera profesional para dedicarse exclusivamente al cuidado de sus familiares. Desafortunadamente, ante esta situación suelen ser las mujeres las que acaban renunciando a sus carreras. Está comprobado que las familias, ante la imposibilidad de compatibilizar el trabajo con las responsabilidades familiares, suelen tomar la decisión de que sea uno de los progenitores el que se encargue de desarrollar y consolidar su carrera profesional, mientras que el otro se acaba retirando del trabajo para dedicarse al cuidado exclusivo de los hijos y/o dependientes, y es esta última opción la que suele escoger la mujer<sup>5</sup>. Esta perspectiva alimenta el mantenimiento de roles sexuales en el ámbito familiar, pero también tiene consecuencias en el ámbito empresarial debido a los problemas de organización empresarial que pueden generar las ausencias de los trabajadores que buscan la conciliación. El empresario debe optar por cubrir esas vacantes lo que conlleva un aumento del coste empresarial, o bien por otorgar una mayor carga de trabajo al resto de sus

---

<sup>2</sup> CABEZA PEREIRO, J., "Conciliación de vida privada y familiar", *Temas laborales*, núm. 103, 2010, página 47

<sup>3</sup> CABEZA PEREIRO, J. Y DOCAMPO (Coords.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia, 2011, página 57

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ PRIETO Y CABEZA PEREIRO (Directores), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Albacete, 2012, página 139

<sup>5</sup> RABBANI, R., *Maternidad y trabajo. Conflictos por resolver*, Barcelona, 2010, página 157 y ver también CABEZA PEREIRO Y DOCAMPO., *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad...*, op.cit. página 81

trabajadores, siendo éstos los que sufren una sobrecarga debido al aumento del volumen trabajo, creando un clima hostil en el trabajo hacia el trabajador que intenta conciliar su vida familiar y laboral.

En esta simbiosis que se establece entre el trabajo y la vida existe una falta de compromiso por parte de los poderes públicos. Éstos están demorando la adopción de medidas que incorporen el reparto de responsabilidades entre los miembros de la familia. Esta falta de iniciativa puede deberse a la falsa creencia de que la conciliación es una situación que sólo afecta al ámbito privado de las familias<sup>6</sup>, cuando en realidad no es así. La conciliación no es tal si tan sólo se crean excedencias y permisos porque éstas no compatibilizan los dos ámbitos sino que el trabajador debe escoger entre el trabajo y sus responsabilidades familiares, al igual que tampoco se preocupa del reparto de responsabilidad y de eliminar los estereotipos sexistas. Las actuaciones de los poderes públicos deberían ir destinadas a fomentar la presencia en el mercado laboral de las personas con obligaciones familiares a través de la creación de políticas igualitarias que permitiesen a todos los miembros de familia, si lo desean, desarrollar una carrera profesional compatible con las cargas familiares. La igualdad entre hombres y mujeres debe ser el objetivo de todas aquellas medidas orientadas a facilitar la conciliación. Las mujeres son las que mayoritariamente se acogen a los permisos destinados al cuidado de hijos y/o familiares y también suelen ser éstas las que en mayor medida acceden a un contrato a tiempo parcial, de modo que terminan realizando una doble jornada laboral: la del trabajo y la de las tareas domésticas<sup>7</sup>. En esta misma línea, la creación de permisos exclusivamente dirigidos a mujeres ayudan a perpetuar los roles y a acentuar las diferencias entre hombres y mujeres.

Las políticas en el campo de la corresponsabilidad son relevantes para evitar la desigualdad entre hombres y mujeres, pero también tienen transcendencia en otras cuestiones importantes para la sociedad como aportar soluciones a los problemas que están afectando al sistema de pensiones de la seguridad social. Dicho sistema está sufriendo una grave crisis debido al aumento de personas jubiladas sin que exista el correlativo aumento de trabajadores que cotizan al sistema de la seguridad social y, a esto se le suma, la constante disminución de la natalidad debido, entre otros factores, a los problemas para compaginar la vida familiar y laboral. A partir de la década de los ochenta, con la llegada de la democracia, se produjo un descenso considerable de la natalidad en España. Si en 1976 la tasa de natalidad era de 18,7%, en 2014 la tasa era de 9,1%. La crisis económica y las reformas laborales que han azotado a España en los últimos tiempos también han repercutido en la natalidad. En 2008 antes de la crisis la tasa de natalidad era de 11,3% y en 2012, tras las reformas laborales de 2011 y 2012, de un 9,7%<sup>8</sup>. De modo que la ausencia de medidas encaminadas a la corresponsabilidad afecta

<sup>6</sup> CABEZA PEREIRO, J., “Conciliación de vida privada...”, op. cit. página 47

<sup>7</sup> CABEZA PEREIRO, J., “Conciliación de vida...”, op. cit. página 49 Y FERNÁNDEZ PRIETO Y CABEZA PEREIRO (Directores), *Políticas de conciliación, permisos parentales...*, op. cit. página 138

<sup>8</sup> En la última encuesta realiza por el Instituto Nacional de Estadística, en 2014 (datos provisionales), recogen estos datos. En 1976 se produjeron 677.456 nacimientos, mientras que en 2014 se produjeron 426.303 nacimientos. Aun así, estos datos provisionales demuestran que en este último año los nacimientos han aumentado en un 0,1% respecto al año 2013.

a la natalidad de los Estados, las mujeres retrasan el momento de tener hijos o, simplemente, renuncian a tenerlos. Estas problemáticas son una evidencia de la necesidad de realizar actuaciones en el campo de la corresponsabilidad que favorezcan la natalidad y aseguren la *solidaridad intergeneracional*. No se trata solo de un problema que afecta a la vida personal sino que también repercute en la propia sociedad<sup>9</sup>. Ciertamente en el último año del que se disponen datos estadísticos, 2014, se ha producido un ligero aumento de la natalidad en el Estado español respecto al año anterior (0.1%), pero posiblemente dicho aumento tenga su origen en el incremento de los miembros de la familia que se encuentran en paro, situación que es aprovechada por muchas familias para dedicarse al cuidado de los hijos.

Desde la Unión Europea paulatinamente se está apostando por la adopción de medidas dirigidas a la corresponsabilidad y, en este sentido, encontramos algunos documentos de *soft law* que llevan incorporadas una serie de ventajas como, por ejemplo, la concesión de fondos europeos. Los beneficios que pueden llegar a otorgar estos documentos los convierte en instrumentos interesantes para promover estas políticas, pese a no ser documentos vinculantes ni obligatorios directamente para los Estados Miembros<sup>10</sup>. Ya en 1974 a través del Programa de Acción Social<sup>11</sup> se plasmó la necesidad de compartir entre los progenitores los trabajos de cuidados<sup>12</sup>. Pero el reparto de funciones entre los progenitores se configuró como un complemento de las normas antidiscriminatorias por razón de género y no como un fin autónomo de la propia corresponsabilidad. En documentos más recientes encontramos “Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”. Esta estrategia incide en la necesidad de “Promover nuevas formas de equilibrio entre la vida laboral y familiar y políticas de envejecimiento activo e incrementar la igualdad entre sexos”, al mismo tiempo que defiende la “flexiguridad” en el empleo pero sin perder de vista la conciliación de la vida familiar y laboral. En las “Directrices integradas Europa 2020” se deja constancia de la necesidad de promover el derecho a la presencia en el trabajo frente al abandono, los permisos o las excedencias que apartan a los trabajadores del mercado. Esta directriz dice así “las medidas de conciliación de la vida personal y la vida laboral deberán conjugarse con la oferta de servicios sociales asequibles y con innovaciones en la organización del trabajo a fin de aumentar los índices de empleo, especialmente entre los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y las mujeres, procurando, en particular, que las mujeres altamente cualificadas en los ámbitos técnico y científico no abandonen sus empleos”<sup>13</sup>.

Para el estudio de la corresponsabilidad se examinarán tres directivas: la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la

---

<sup>9</sup> CABEZA PEREIRO. J., “Conciliación de la vida privada...”, op.cit. página 52

<sup>10</sup> *Jornadas de 2013 de la Asociación Catalana de Iuslaboralistas*, BALLESTER PASTOR, A., “La corresponsabilidad en las reformas laborales y de Seguridad Social: la política invisible”

<sup>11</sup> “Esforzarse además en conciliar las responsabilidades familiares de todos los interesados con sus aspiraciones profesionales”

<sup>12</sup> CABEZA PEREIRO. J., “Conciliación de la vida privada...”, op.cit., página 50

<sup>13</sup> BALLESTER PASTOR, A., “La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”, *Revista de relaciones laborales Lan Harremanak*, nº 25, 2011, página 62

aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; 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 lactancia y 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 parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES. La razón por la que se han seleccionado estas disposiciones se debe a la estrecha relación que existe entre el principio antidiscriminatorio y la conciliación de la vida familiar y laboral, puesto que suelen ser las mujeres las que acaban compatibilizando estos dos aspectos (*supra*). Además, en ellas podemos encontrar una serie de matices destinados a integrar la corresponsabilidad en el ámbito europeo. Estas tres directivas se pueden clasificar en dos bloques: aquellas normas que van destinadas a las mujeres (Directiva 92/85 y la Directiva 2006/54) y aquellas que tienen una redacción neutra, cuyo destinatario son tanto los hombres como las mujeres (Directiva 2010/18)<sup>14</sup>.

El legislador europeo manifiesta cierta sensibilidad respecto a la corresponsabilidad, pero se echa de menos un mayor compromiso con las políticas conciliadoras a través de la creación de relaciones con otras directivas que inciden directamente en este ámbito, como es el caso de la Directiva sobre tiempo parcial<sup>15</sup> (Directiva 97/81/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES) por ser este tipo de contratación el que más afecta a las mujeres<sup>16</sup>.

### **3.- La configuración de las políticas conciliadoras europeas a través del derecho a la ausencia.**

La preocupación del legislador europeo por la conciliación de la vida familiar y laboral también se ha constatado en diversas directivas, aunque no ha llegado a crear ninguna directiva que abordara directamente el tema al menos en una vertiente que superara los meros permisos parentales. El tratamiento de la corresponsabilidad en estas directivas es armonizador, ya que éstas van encaminadas a la adecuación de las diferentes legislaciones de los Estados Miembros al derecho comunitario con el objetivo de crear legislaciones más homogéneas, pero aún así, existen importantes diferencias entre los modelos de corresponsabilidad que tiene cada Estado. En los países nórdicos, como Finlandia, existe una auténtica corresponsabilidad conjugada a través de políticas de reparto de responsabilidades entre hombres y mujeres, siendo los dos progenitores los sustentadores principales de la familia, ejerciendo ambos el mismo papel tanto en el mercado laboral como en el

<sup>14</sup> BALLESTER PASTOR, A., “Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad”, *Revista de Derecho Social*, nº 51, 2010, página 25

<sup>15</sup> BALLESTER PASTOR, A., “Conciliación laboral y familiar...”, *op.cit.* página 25

<sup>16</sup> LARRAÑAGA SARRIEGUI, M., JUBETO RUIZ, Y., DE LA CAL BARREDO, L., “La Diversidad de los modelos de participación laboral de las mujeres en la U-27”, *Revista de relaciones laborales Lan harremanak*, 2012, página 18

doméstico<sup>17</sup>. No obstante, en otros países como los mediterráneos, donde destacan España e Italia, son sólo las mujeres las que suelen optar entre el trabajo a tiempo completo o el trabajo en el hogar<sup>18</sup>. El legislador europeo debe concienciarse sobre esta situación tan dispar y crear nuevas disposiciones que permitan una equiparación entre los diferentes Estados Miembros en el campo de la corresponsabilidad, acercando los modelos mediterráneos a los nórdicos donde existe una mayor igualdad entre sexos.

### **3.1 Directiva 2006/54/CE: la estrecha vinculación entre el principio antidiscriminatorio por razón de género y el cuidado familiar.**

La Directiva 2006/54/CE es una normativa de refundición donde apenas existen referencias a la conciliación de la vida familiar y laboral<sup>19</sup>. En esta ocasión el legislador europeo ha desaprovechado la oportunidad de introducir un nuevo articulado donde hubiese apostado por una mayor implicación de los Estados Miembros y de las instituciones europeas en este ámbito que mantiene una estrecha relación con la discriminación por razón de género.

Entre los considerandos que figuran en la Directiva 2006/54/CE destaca, por estar orientado a la conciliación de la vida laboral y familiar, el número 11<sup>20</sup> desde el que se apuesta por la igualdad retributiva entre hombres y mujeres. La igualdad en los salarios es fundamental para alcanzar la corresponsabilidad. Las diferencias salariales que puedan existir en una pareja normalmente van en detrimento de las mujeres, puesto que suelen ser éstas las que perciben los salarios más bajos. Dicha desigualdad acaba condicionando a las mujeres para que sean ellas las que se sacrifiquen, abandonen o reduzcan las horas de su trabajo a fin de poder atender las obligaciones familiares<sup>21</sup>. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Gillespie*<sup>22</sup> confirmó el derecho a los incrementos salariales de una trabajadora durante el disfrute de un permiso de maternidad<sup>23</sup>. Asimismo, en el fundamento 22 de la citada sentencia dice: “(...)el principio de no discriminación exige que el trabajador femenino que continua vinculado a su empresario por el contrato o la relación laboral durante el permiso de

---

<sup>17</sup>LARRAÑAGA SARRIEGUI, M., et. al. “La Diversidad de los modelos de participación...”, op.cit., página 296. En este estudio se diferencian cuatro modelos, entre ellos, el Nórdico. “El modelo nórdico: en países como Suecia, Finlandia y Dinamarca, el papel de «sustentador principal» es compartido por mujeres y hombres. La participación laboral de las mujeres es continua y es prácticamente a tiempo completo durante toda la vida laboral.”

<sup>18</sup> LARRAÑAGA SARRIEGUI, M., et. al. “La Diversidad de los modelos de participación...”, op.cit., página 296

<sup>19</sup> CABEZA PEREIRO, J. Y DOCAMPO (Coords.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad ...*, op.cit, página 281

<sup>20</sup> El considerando 11 dice lo siguiente: *Los Estados miembros deben seguir luchando, junto con los interlocutores sociales, contra el hecho de que las mujeres sigan percibiendo una retribución inferior a la de los hombres y de que exista una clara línea divisoria entre los sexos en el mercado laboral, por medios tales como reglamentaciones flexibles sobre la jornada laboral que permitan, tanto a hombres como a mujeres, una mejor conciliación de la vida laboral y familiar. Ello podría incluir también reglamentaciones adecuadas sobre permiso parental, que puedan solicitar tanto los padres como las madres, y la creación de instalaciones accesibles y asequibles para el cuidado de los niños y la asistencia a personas dependientes.*

<sup>21</sup> CABEZA PEREIRO, J., “Conciliación de la vida familiar ...”, op.cit, página 81

<sup>22</sup> Asunto *Gillespie*, sentencia de 13 de Febrero de 1996, C-342/93

<sup>23</sup> BALLESTER PASTOR, A. “Conciliación de la vida laboral y familiar ...”, op.cit, página 34

maternidad, disfrute, incluso de modo retroactivo, de un aumento salarial que haya tenido lugar entre el comienzo del período cubierto por el salario de referencia y el final del permiso de maternidad, como cualquier otro trabajador. En efecto, excluir al trabajador femenino del mencionado aumento durante su permiso de maternidad constituiría una discriminación por su sola condición de trabajador puesto que, si no hubiese estado embarazada, la mujer hubiera percibido el salario incrementado”.

Continuando con este asunto y en relación con la jurisprudencia del TJUE, en el caso *Abdoulaye*<sup>24</sup> el Tribunal reconoce que una desigualdad retributiva puede estar justificada si va destinada a mejorar las condiciones de aquellas mujeres que se acogen a un permiso de maternidad. Para el TJUE es conforme a derecho la percepción de una mayor retribución cuando ésta vaya destinada a paliar las desventajas profesionales producidas por el disfrute de un permiso parental. Asimismo, en la citada sentencia, el fundamento 19 justifica la desigualdad retributiva a favor de la mujer de la siguiente forma: “(...) no es posible ofrecer una promoción a una mujer durante su permiso de maternidad. Al reincorporarse, la experiencia profesional que la mujer puede invocar se verá reducida por el tiempo que haya durado su ausencia; en segundo lugar, una mujer embarazada no puede aspirar a los aumentos de salario ligados a la productividad individual; en tercer lugar, la mujer no puede participar en programas de formación; por último, debido a que las nuevas tecnologías hacen evolucionar constantemente los puestos de trabajo, al reincorporarse del permiso de maternidad su readaptación tropezará con dificultades”.

En la Directiva 2006/54/CE el legislador manifiesta la necesidad de avanzar hacia la flexibilidad de la jornada laboral y alcanzar el reparto de funciones entre los progenitores (considerando número 26<sup>25</sup>). El legislador comunitario reclama a los Estados Miembros un mayor esfuerzo para que reconozcan en sus ordenamientos un permiso parental destinado a los hombres, que esté estructurado como un derecho individual e intransferible. El objetivo de este considerado es permitir que la figura paterna se involucre en las tareas familiares y evitar que sea la mujer la que acabe asumiendo el principal peso de las responsabilidades familiares. Y ello porque no ha existido una correlación proporcional entre el incremento de mujeres que se han incorporado al mercado de trabajo respecto al número de hombres que han pasado a encargarse de las tareas domésticas<sup>26</sup>.

La Directiva 2006/54/CE en sus artículos 15 y 16 defiende la reincorporación al trabajo tras el disfrute de un permiso parental, estableciendo como objetivos fomentar el reparto de responsabilidades y promover el mantenimiento de ambos progenitores en el

---

<sup>24</sup> Asunto *Abdoulaye*, Sentencia 16 de septiembre de 199, C- 218/98

<sup>25</sup> Considerando 26: *En la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, se alienta a los Estados miembros a evaluarla posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad, manteniendo al mismo tiempo sus derechos laborales*

<sup>26</sup> CABEZA PEREIRO, J., “Conciliación de la vida familiar ...”, op.cit, página 82



mercado laboral<sup>27</sup>. El artículo 15<sup>28</sup> realiza una referencia directa al permiso de maternidad y reconoce que la trabajadora que ha disfrutado de un permiso parental tiene derecho a regresar a su puesto de trabajo o a uno equivalente en los mismos términos y condiciones. Incluso, tiene derecho a beneficiarse de todas aquellas mejoras en las condiciones de trabajo que se hayan producido y a las que hubiera podido tener derecho en su ausencia.

El TJUE ha contribuido en el reconocimiento de derechos laborales de aquellas mujeres que están disfrutando de un permiso de maternidad, como por ejemplo en el asunto *Merino Gómez*<sup>29</sup> donde el Tribunal resuelve: “La finalidad del derecho a disfrutar de vacaciones anuales es diferente de la del derecho al permiso de maternidad. Este último tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto”. El TJUE considera que no reconocer el derecho a las vacaciones supondría un trato desfavorable hacia la mujer que está embarazada o disfrutando de un permiso de maternidad porque ambos derechos provienen de causas diferentes.

En el artículo 16<sup>30</sup> de la Directiva 2006/54/CE, el legislador europeo ha optado por conferir algunos derechos a aquellos padres que se acojan a un permiso parental, sin duda un mérito destacable puesto que este tipo de derechos hasta ahora sólo se habían reconocido a las mujeres. De esta forma, el legislador demuestra que existe cierta sensibilidad en la UE acerca del reparto de funciones e incide sobre la necesidad de normalizar la implicación del padre en las tareas de cuidado, otorgando a los padres que disfrutan de un permiso parental las mismas garantías de reincorporación al trabajo que las que ya estaban disfrutando las madres durante el permiso de maternidad<sup>31</sup>.

El artículo 29 de la Directiva 2006/54/CE establece: “Los Estados Miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en la presente Directiva”. En este artículo se

---

<sup>27</sup> CABEZA PEREIRO, J. Y DOCAMPO (Coords.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad...*, op. cit., página 281

<sup>28</sup> Art. 15 de la Directiva 2006/54: *Reintegración tras un permiso de maternidad. La mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el periodo de permiso a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia*

<sup>29</sup> Asunto *Merino Gómez*, sentencia de 18 de Marzo de 2004, C- 342/01

<sup>30</sup> Artículo 16: *La presente Directiva no afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción. Los Estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores —hombres y mujeres— del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.*

<sup>31</sup> Ponencia de 22 de febrero de 2013, BALLESTER PASTOR y titulada “La corresponsabilidad en las reformas laborales y de Seguridad Social: la política invisible”

recuerda a los Estados Miembros y a las instituciones europeas la importancia de tener presente el principio antidiscriminatorio por razón de género en cualquiera de sus facetas normativas, políticas o medidas que lleven a cabo y sobre todo cuando tomen decisiones relacionadas con la conciliación familiar y laboral<sup>32</sup>. Como es sabido y se ha expuesto en este artículo, el género está estrechamente vinculado con la corresponsabilidad puesto que el objetivo de ésta es la de implicar a los dos progenitores en las responsabilidades familiares.

En el asunto *Lommers*<sup>33</sup> se cuestionaba si negar a un padre el derecho a ingresar a su hijo en una guardería que ofrecía su empleador constituía una discriminación por razón de sexo. El Tribunal consideró que la oferta de servicios públicos era una medida que permitía a las mujeres continuar con sus carreras profesionales y que proporcionaba una mayor capacidad productiva. El TJUE sostenía que esta medida no era contraria al principio de proporcionalidad, puesto que no prohibía a los hombres disfrutar de estas condiciones sino que era una oferta insuficiente y que afectaba también a trabajadoras que permanecían en lista de espera.

En este sentido, debemos tener en cuenta que la corresponsabilidad busca implantar una legislación que reconozca el derecho a la presencia en el trabajo, pero con una mayor flexibilidad en la organización para evitar perjuicios empresariales y al resto de compañeros<sup>34</sup>. Para desarrollar de forma óptima la corresponsabilidad se requeriría, entre otros factores, la creación de una red pública que ofreciera servicios públicos para facilitar el cuidado de hijos, como podría ser la oferta de guarderías de calidad. Este tipo de servicio debería ofrecerse a un precio accesible, ya que el elevado precio o el escaso número de plazas son factores que pueden empujar a la mujer a abandonar su trabajo para dedicarse al cuidado de la progenie<sup>35</sup>. La existencia de servicios públicos de calidad aporta grandes beneficios a las familias porque las mujeres pueden trabajar y los niños se benefician de una mayor integración social<sup>36</sup>. Al mismo tiempo, el servicio de guardería es fundamental para garantizar la continuidad y el avance en las carreras profesionales de las madres trabajadoras. Está demostrado que en los países donde existe una mayor oferta de este tipo de prestaciones existe un correlativo incremento en la tasa de empleo femenino. En definitiva, existe una estrecha relación entre la presencia de las madres en el mercado laboral y la oferta de servicios públicos<sup>37</sup>, ya que la existencia de guarderías públicas permite a las mujeres desarrollar sus carreras profesionales y conseguir una mayor conciliación.

En el asunto *C.D contra ST*<sup>38</sup>, el TJUE consideró que las madres que tienen un hijo a través de la gestación por sustitución no están protegidas por la Directiva 92/85/CEE. El

---

<sup>32</sup> BALLESTER PASTOR, A., *Lecciones de derecho social de la Unión Europea; el principio de igualdad de trato y no discriminación*, Valencia, 2012, página 129

<sup>33</sup> Asunto *Lommers*, sentencia de 19 de marzo de 2002, C-476/99

<sup>34</sup> BALLESTER PASTOR, A., “La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos...”, op.cit., página 56

<sup>35</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J., “Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad”, *Temas laborales* nº67, 2002, página 56

<sup>36</sup> CABEZA PEREIRO, J., “Conciliación de vida privada..”, op.cit, página 57

<sup>37</sup> CABEZA PEREIRO, J., “¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco...” op.cit., página 2.

<sup>38</sup> Asunto *C.D contra ST*, sentencia de 18 de marzo de 2014, C-167/12

Tribunal argumentó que en el artículo 8 de esta directiva sólo hacía referencia, de forma expresa, al parto. Según el TJUE la finalidad de esta directiva es la de proteger la salud de la madre y las relaciones de ésta con su hijo. El Tribunal tampoco apreció la existencia de discriminación por razón de sexo porque es una medida que afecta tanto a hombres como a mujeres. Ahora bien, esta solución que otorgó el Tribunal no encaja en el ámbito de la corresponsabilidad ya que la adopción o la gestación por sustitución comportan un aumento de la familia y la asunción de nuevas responsabilidades familiares. Estas circunstancias también contribuyen al mantenimiento de los roles sexuales tradicionales. El cuidado de un hijo es el mismo independientemente de la forma de nacimiento.

La resolución del TJUE en el asunto *Roca Álvarez* ha sido especialmente relevante para el campo de la corresponsabilidad<sup>39</sup>. El Tribunal es partidario de otorgar a un hombre el derecho de disfrutar un permiso de lactancia que, tradicionalmente, había sido reconocido de forma exclusiva a las mujeres. El Tribunal sostiene que no tener acceso a dicho permiso no es discriminatorio para los hombres, pero sí resulta contrario al principio de igualdad ya que este tipo de permiso contribuye a perpetuar los roles sexuales en detrimento de las mujeres, pues obliga a que sean éstas la que se dediquen en exclusiva o principalmente a las responsabilidades familiares<sup>40</sup>. El TJUE razona que este permiso ha perdido virtualidad en la actualidad y ya no está orientado a la lactancia de hijos sino que es un permiso de cuidado y, por tanto, debe reconocerse tanto a hombres como a mujeres para evitar el abandono femenino del mercado laboral y responsabilizar a los hombres en este tipo de obligaciones<sup>41</sup>. Pese al gran avance que ha supuesto la sentencia *Roca Álvarez* no ha derogado la desafortunada sentencia del asunto *Hoffman*<sup>42</sup>, donde el TJUE se negó a reconocer a un padre el derecho de disfrutar un permiso de maternidad. En este asunto el padre pretendía acogerse a dicho permiso para permitir a su mujer la reincorporación al trabajo y que ésta pudiera desarrollar su carrera profesional. Sin embargo, el Tribunal afirmó que este permiso tiene como finalidad dar “(...) protección a las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones”. Según esta conclusión del TJUE, se puede deducir que entre padre e hijo no existe una relación especial y que el nacimiento de un hijo para un padre no supone ningún cambio<sup>43</sup>. Esta actitud del Tribunal obliga a las mujeres a dedicarse al cuidado del hijo de forma casi exclusiva, mientras que aboca a los hombres al mundo laboral. Además el Tribunal, en el asunto *Hoffman*, recuerda que el objeto de la Directiva 76/207 no es el de regular la organización de la familia o el de modificar el reparto de responsabilidades dentro de la pareja. Sin embargo, esta postura del Tribunal es cuestionable ya que resulta difícil apreciar la igualdad de trato si no existe una mayor implicación de las instituciones y de los poderes públicos en el reparto de tareas y en la eliminación de los estereotipos sexuales tradicionales. En esta misma sentencia

<sup>39</sup>Asunto *Roca Álvarez*, sentencia 30 de septiembre de 2010, C-104/09

<sup>40</sup> *Jornadas de 2013 de la Asociación Catalana de Iuslaboralistas*, BALLESTER PASTOR, A., “La corresponsabilidad en las reformas...”

<sup>41</sup> BALLESTER PASTOR, A., “Conciliación de la vida familiar y laboral...”, op.cit, página 45

<sup>42</sup> Asunto *Hoffman*, sentencia de 12 de julio de 1984, C-184/83

<sup>43</sup> BALLESTER PASTOR, A., “Conciliación de la vida familiar y laboral...”, op. cit., página 27

encontramos la opinión de la Comisión que apoya a la demandante y considera que el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 “(...) autoriza a los Estados miembros a mantener disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, debe interpretarse restrictivamente por constituir una excepción al principio de igualdad de trato. Dado que este principio constituye un «derecho fundamental», sólo puede restringirse su aplicación mediante disposiciones objetivamente necesarias para la protección de la madre. Si una legislación nacional como la del caso de autos sirve igualmente al interés del hijo, su objeto debería alcanzarse preferentemente a través de medios no discriminatorios. Ahora bien, en el caso de autos, también puede alcanzarse el objetivo de protección a que se refiere el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva descargando de las tareas domésticas a la madre, gracias a la concesión al padre de un período de descanso”. Esta postura de la Comisión sí que apoya el reparto las responsabilidades entre los progenitores y, sin duda, la opinión de esta institución es la decisión más correcta pues es encuentra dentro del ámbito de la corresponsabilidad y de la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Algunos autores defienden que el artículo 2.2 d) de la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres, supone una derogación tácita respecto a la doctrina *Hoffman*. Dicho artículo expone que la protección que se confiere al periodo post parto es necesaria para la igualdad entre hombres y mujeres y no, como hace la citada sentencia, a la especial relación entre madre e hijo<sup>44</sup>

### **3.2 La Directiva 92/85/CEE: una norma preventiva con trazos conciliadores.**

La Directiva 92/85/CEE va dirigida a la seguridad y salud de la mujer en el trabajo y, especialmente, a conferir protección laboral durante los períodos de embarazo, parto y lactancia. Antes de la entrada en vigor de esta Directiva, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya había declarado que el despido de una mujer embarazada constituía una discriminación directa por razón de sexo porque el despido durante dichos períodos sólo afecta a las mujeres, en razón de los artículos 1 y 2 de la Directiva 76/207/CEE<sup>45</sup>. En este sentido, en el asunto *Dekker*<sup>46</sup> el Tribunal consideró que existía una violación del principio de igualdad de trato no contratar a una candidata embarazada, que había sido considerada por la comisión encargada de realizar los exámenes a las candidatas como la persona más apta para ese puesto de trabajo. Sin embargo, pese a los reconocimientos que ya venía realizando el Tribunal en sus sentencias, en la Directiva 92/85/CEE se han ampliado las garantías y derechos de la mujer tras el parto<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> BALLESTER PASTOR, A., “Conciliación laboral y familiar ...”, op.cit, página 17

<sup>45</sup> Asunto *Mayr*, sentencia 26 de Febrero de 2008, C-506/06, Asunto *Paquay*, sentencia 11 de Octubre de 2007, C-460/06 y BALLESTER PASTOR, A. “Conciliación laboral y familiar ...”, op.cit, página 6

<sup>46</sup> Asunto *Dekker*, sentencia de 8 de noviembre de 1990, C-177/88

<sup>47</sup> BALLESTER PASTOR, A., “Conciliación laboral y familiar ...”, op.cit, página 10

Esta Directiva se orienta fundamentalmente a la prevención de la mujer embarazada o que acaba de dar a luz, pero también dedica parte de su articulado al ámbito de la corresponsabilidad. Así, configura un permiso de maternidad que debe tener una duración mínima de catorce semanas de las cuales dos deben ser obligatorias (artículo 8). El legislador ha tenido en cuenta la conciliación puesto que el tiempo mínimo del permiso es una duración que excede del tiempo necesario para la recuperación física de la mujer tras el parto, por tanto ha tenido en cuenta el cuidado del hijo<sup>48</sup>. Por lo que respecta al tiempo que se dedica por los progenitores al cuidado del hijo se puede considerar que no existe una igualdad entre hombres y mujeres, ya que no encontramos ningún otro artículo, norma o directiva que establezca un periodo, expresamente dedicado al cuidado del padre al hijo.

El artículo 10 prohíbe despedir a las trabajadoras embarazadas desde el inicio del embarazo hasta la terminación del permiso de maternidad. En caso de despido se exige como deber empresarial la comunicación por escrito a la trabajadora afectada alegando los motivos, los cuales deben estar suficientemente justificados y en ningún caso pueden estar relacionados con el embarazo. El fundamento de dicho artículo, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se basa en el “(...) riesgo que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo<sup>49</sup>”. El TJUE en el asunto *Paquay*<sup>50</sup> definió el alcance temporal de la prohibición del despido, estableciendo que no sólo prohíbe la notificación del despido durante el embarazo, el parto o hasta el fin del permiso de maternidad sino que, como en el caso que se trata en la citada sentencia, la prohibición también comprende la decisión de sustituir, desde el conocimiento de su estado, a una trabajadora embarazada que haya dado a luz o esté en período de lactancia<sup>51</sup>. El motivo de dicho alcance, señala el Tribunal, se debe a que “(...) privaría a este artículo de su efecto útil y podría generar un riesgo de elusión de esta prohibición por parte de los empresarios, en detrimento de los derechos reconocidos por la Directiva 92/85/CEE a las mujeres embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia”. El Tribunal también determinó que esta actuación era contraria al artículo 2, apartado 1 y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE.

Para aquellos casos en los que una mujer se queda embarazada a través de métodos de reproducción asistida como la fecundación *in vitro*, el TJUE ha delimitado el periodo en el que se inicia la protección de la trabajadora: el momento en el que se produce la efectiva transferencia del óvulo fecundado al útero materno. Por este motivo rechaza la aplicación del artículo 10 en aquellas situaciones en las que la mujer ha sido objeto de un tratamiento de fertilidad pero donde todavía no existe una transferencia del óvulo al útero materno. El Tribunal basa su razonamiento en el principio de seguridad jurídica, pues parte de la

<sup>48</sup> BALLESTER PASTOR, A., “Conciliación laboral y familiar...”, op.cit, página 10

<sup>49</sup> Fundamento 30 del Asunto *Paquay*, sentencia 11 de Octubre de 2007, C-460/06 y CABEZA PEREIRO, J. Y DOCAMPO (Coords.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad...*, op.cit, página 138

<sup>50</sup> Asunto *Paquay*, sentencia 11 de Octubre de 2007, C-460/06

<sup>51</sup> CABEZA PEREIRO, J. Y DOCAMPO (Coords.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad...*, op.cit, página 137

posibilidad de conservar los óvulos por períodos muy largos - en algunos casos hasta 10 años -, lo que conllevaría una enorme extensión de la protección de la prohibición de despido. Ahora bien, el Tribunal considera que si el despido de la trabajadora se fundamenta en el embarazo sí que supondría una vulneración de la Directiva 76/207/CEE, ya que es una discriminación directa por razón de sexo<sup>52</sup>. De este modo, el TJUE ha establecido un sistema de protección gradual<sup>53</sup>; otorga cobertura a la mujer embarazada, que ha dado a luz o está en permiso de maternidad a través de del artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE y fuera de estos casos, cuando el despido esté motivado por la maternidad aunque ésta todavía no se haya producido alegando la Directiva 76/207/CEE. De esta manera, si el objeto de despido se justifica en el sometimiento a una fase avanzada del tratamiento de fecundación *in vitro* constituirá una discriminación por razón de sexo puesto que se trata de una decisión que sólo afecta a las mujeres.

La Directiva en el artículo 11 reconoce, a la mujer embarazada que haya procedido al cambio de puesto por motivos de salud, los derechos inherentes al contrato de trabajo y el derecho a percibir una remuneración. El Tribunal establece la obligación de que en este caso se le reconozca a la trabajadora el derecho a mantener la remuneración anterior al cambio, pero sólo respecto al rango, antigüedad y cualificación profesional. El TJUE considera que la trabajadora sólo perderá aquellos complementos que son inherentes al puesto de trabajo<sup>54</sup>. En el caso *Gassmayr*<sup>55</sup>, el TJUE consideró que una trabajadora que no podía trabajar por motivo de su embarazo, no tenía derecho a percibir durante el disfrute del permiso de maternidad un complemento relacionado con una obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo, complemento que sí recibía cuando estaba en su puesto de trabajo efectivo. Argumenta el Tribunal que el artículo 11 establece “una retribución” y no “la retribución” y haciendo referencia a la sentencia *Parviainen*<sup>56</sup> recuerda el contenido mínimo de la remuneración. Dice lo siguiente: “ (...) esos ingresos deben comprender en cualquier caso el salario base mensual de esa trabajadora así como los componentes de la remuneración o los complementos inherentes a su condición profesional –condición a la que no afecta en absoluto esa dispensa– como los complementos relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales”. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español no se ha realizado una transposición correcta del artículo 11 de la Directiva 92/85/CEE. En el artículo 26 de la Ley de Prevención Riesgos Laborales se reconoce el derecho a una retribución en aquellos casos en los que la trabajadora sea destinada a otro puesto de trabajo con la misma categoría profesional que la suya, cuando exista un riesgo durante el embarazo y cuando se acceda a la suspensión del contrato de trabajo para aquellos

---

<sup>52</sup> En la STJUE, de 26 de febrero de 2008, asunto *Mayr*, C-506/06 y CABEZA PEREIRO, J. Y DOCAMPO (Coords.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad...*, op.cit página 141

<sup>53</sup> CABEZA PEREIRO, J. Y DOCAMPO (Coords.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad...*, op.cit, página 32.

<sup>54</sup> CABEZA PEREIRO, J. Y DOCAMPO (Coords.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad...*, op.cit, página 34 Y asunto *Parviainen*, Sentencia de 1 de Julio de 2010, C-471/08

<sup>55</sup> Asunto *Gassmayr*, Sentencia de 1 de julio de 2010, C-194/08

<sup>56</sup> asunto *Parviainen*, Sentencia de 1 de Julio de 2010, C-471/08

casos en los que no se consiga eliminar el riesgo y no exista otro puesto compatible. Pero, en ninguna de las contingencias – cambio de puesto y suspensión del contrato -, se garantiza la retribución de origen.

### 3.3 La Directiva 2010/18/UE y su carácter neutral.

La Directiva 2010/18/UE se ha formulado con carácter neutro lo que puede generar consecuencias negativas relacionadas con la discriminación por razón de género como el mantenimiento de roles sexuales. En estos momentos la conciliación de la vida familiar y laboral está enfocada especialmente a las mujeres trabajadoras, motivo por el cual la aprobación de una normativa que no incorpora referencias de género y no fomenta el equilibrio de reparto de responsabilidades, puede condicionar e incluso favorecer la perpetuación de roles y la marginación de la mujer en el trabajo<sup>57</sup>.

La Directiva 2010/18/UE recoge algunas referencias sobre la corresponsabilidad, reconociendo ciertos derechos paternales como la participación de los padres en los cuidados de los hijos. Dichos derechos buscan el compromiso del padre para que éste participe en el reparto de tareas, pero continúa al igual que su predecesora (Directiva 96/34/CE) sin comprometerse de una forma contundente<sup>58</sup>. En este sentido, el legislador comunitario ha vuelto a concentrar sus esfuerzos en la creación de permisos a tiempo completo o a tiempo parcial<sup>59</sup>, manteniendo a los trabajadores alejados del mercado laboral. El legislador ha rechazado la oportunidad de buscar nuevas metodologías que fomenten la corresponsabilidad y creen nuevos incentivos que faciliten la presencia en el trabajo de las personas con responsabilidades familiares.

En sus considerandos, la disposición normativa reconoce expresamente la necesidad de crear una colaboración entre empresarios y trabajadores, colaboración que es necesaria para fomentar la adaptación e inserción de los trabajadores con cargas familiares y el reparto de responsabilidades entre los miembros de la familia<sup>60</sup>.

El considerando 12 reconoce la falta de efectividad de la conciliación en el sexo masculino y el fracaso de las medidas adoptadas hasta el momento. Dice lo siguiente: “Considerando que en muchos Estados miembros las medidas para animar a los hombres a participar por igual en las responsabilidades familiares no han dado suficiente resultado; que por tanto, conviene adoptar medidas más efectivas para fomentar una distribución más

<sup>57</sup> BALLESTER PASTOR, A., “Conciliación laboral y familiar...”, op.cit, página 7

<sup>58</sup> CABEZA PEREIRO, J. Y DOCAMPO (Coords.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad...*, op.cit, página 36

<sup>59</sup> Se recoge en la cláusula 3.a) de la Directiva 2010/18/UE: *decidir si se concede el permiso parental a tiempo completo o parcial, de manera fragmentada o conforme a un sistema de crédito de tiempo, teniendo en cuenta las necesidades tanto de los empresarios como de los trabajadores*

<sup>60</sup> Considerando número 8 *Considerando que la política familiar debe contribuir al logro de la igualdad entre los sexos y enfocarse en el contexto de los cambios demográficos, los efectos del envejecimiento de la población, el acercamiento entre las generaciones, la promoción de la participación de las mujeres en la vida activa y el reparto de responsabilidades entre mujeres y hombres*

equitativa de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres”. A pesar del reconocimiento del fracaso de las políticas conciliadoras, el legislador no ha creado ningún artículo que intentara paliarlo.

La Directiva (considerando 20<sup>61</sup>) manifiesta la relevancia que tiene para la familia la percepción de ingresos durante el disfrute de un permiso parental, pero no introduce ninguna cláusula donde se reconozca la obligatoriedad de una retribución mínima. La falta de aprobación de una disposición vinculante que estipule un ingreso mínimo es un fracaso del legislador respecto a la corresponsabilidad. Se debe incidir en la importancia que tiene el aspecto económico a la hora de decidir qué progenitor disfruta de un permiso parental<sup>62</sup>, pues suelen ser las mujeres las que reciben un salario inferior respecto al de los hombres (*supra*)<sup>63</sup>.

El legislador europeo recuerda a los Estados Miembros la relevancia que tiene la retribución en este tipo de permisos. Sin embargo, en la legislación española las excedencias no tienen cobertura en la seguridad social, obligando a las familias a elegir al miembro que menores ingresos obtiene para que sea éste el que se dedica al cuidado de la familia. El legislador español tan sólo reconoce como tiempo de cotización efectiva el tiempo que dura la excedencia a efectos de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.<sup>64</sup>

La Directiva 2010/18/UE ha ampliado su ámbito de aplicación a otros supuestos que no estaban contemplados en su antecesora. En la cláusula 2.1<sup>65</sup> se reconoce que los progenitores también tienen derecho a disfrutar de este permiso parental cuando sea “por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder cuidarlo hasta una edad determinada, que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados Miembros o los interlocutores sociales”. Sin embargo, no se han tenido en cuenta otros supuestos que también afectan a la conciliación como el cuidado de dependientes o el acogimiento<sup>66</sup>, también relevantes para conciliar la vida familiar y laboral.

---

<sup>61</sup> El considerando nº20 de la Directiva 2010/18 dice: *Considerando que la experiencia de los Estados miembros ha mostrado que el nivel de ingresos durante el permiso parental es un factor que influye en la utilización de este permiso por los progenitores, y especialmente por los padres*

<sup>62</sup> CABEZA PEREIRO, J. Y DOCAMPO (Coords.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad...*, op.cit, página 38

<sup>63</sup> CABEZA PEREIRO, J. Y DOCAMPO (Coords.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad...*, op.cit, página 349

<sup>64</sup> El artículo 180 LGSS reconoce lo siguiente: *Los tres años de período de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, tendrán la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.*

<sup>65</sup> Cláusula 2.1 de la Directiva 2010/18/UE: *En virtud del presente Acuerdo, se concede un derecho individual de 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 puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros o los interlocutores sociales.*

<sup>66</sup> BALLESTER PASTOR, A., “Conciliación laboral y familiar...”, op.cit, página 23



La cláusula 2.2<sup>67</sup> establece una duración mínima para los permisos parentales – cuatro meses -, mejorando la duración de tres meses que había fijado la directiva anterior. De estos cuatro meses al menos uno debe ser intransferible, lo que constituye un leve intento de promover el reparto de responsabilidades y evitar que estos permisos recaigan exclusivamente sobre la mujer<sup>68</sup>. Es la primera vez que una norma europea recoge el reparto de responsabilidades familiares como un objetivo propio de la corresponsabilidad. Sin embargo, el legislador comunitario no ha optado por el camino más idóneo, ya que la ausencia de permisos parentales de titularidad exclusivamente masculina perjudica al reparto de responsabilidades, obligando a las mujeres a dedicarse casi en exclusiva a este tipo de obligaciones. Es más, se podría haber entendido que nos encontrábamos ante un permiso de paternidad de titularidad exclusivamente femenina, si no hubiese sido por la cláusula 1.2<sup>69</sup> que reconoce este derecho a todos los trabajadores, tanto hombres como mujeres<sup>70</sup>.

En la legislación laboral española existen algunos autores que entienden que se ha producido una correcta transposición del artículo 2.2 del Acuerdo a través de dos instituciones: la reducción de jornada por guarda legal y la excedencia para cuidado de hijo, ya que con la Directiva 96/34/CEE las modificaciones sobre permiso parental se realizaron a través de estas dos instituciones. Por lo tanto, a través de ellas se debería haber especificado que un mes es intransferible<sup>71</sup>, por lo que el legislador español no habría realizado una correcta transposición de la directiva.

En la excedencia por cuidado de hijo se ha señalado una duración máxima de tres años. Aunque a primera vista puede parecer una forma óptima de aproximarse a la conciliación de la vida familiar y laboral, no es así. Como se ha comentado con anterioridad, permanecer un largo periodo de tiempo alejado del mercado laboral produce graves perjuicios a los trabajadores y en el peor de los casos, el abandono definitivo del trabajo<sup>72</sup>. Con la creación de políticas de ausencia no se consigue la auténtica corresponsabilidad, porque estas medidas obligan a las personas a permanecer alejadas de su trabajo con un alto riesgo de desprofesionalización. Además suelen ser las mujeres las que normalmente se acogen a este tipo de permisos o excedencias, por motivos culturales y económicos. Por lo tanto, es

---

<sup>67</sup>Cláusula 2.2 de la Directiva 2010/18/UE dispone lo siguiente: *El permiso tendrá una duración mínima de cuatro meses y, a fin de promover la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato entre hombres y mujeres, debe, en principio, concederse con carácter intransferible. Para fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores, al menos uno de los cuatro meses será intransferible. Las modalidades de aplicación del período intransferible se establecerán a nivel nacional por ley o convenios colectivos que tengan en cuenta las disposiciones sobre permisos vigentes en los Estados miembros.*

<sup>68</sup> BALLESTER PASTOR, A., “Conciliación laboral y familiar ...”, op.cit, página 10

<sup>69</sup> Cláusula 1.2: *El presente Acuerdo se aplica a todos los trabajadores, tanto hombres como mujeres, que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro.*

<sup>70</sup> CABEZA PEREIRO, J. Y DOCAMPO (Coords.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad...*, op.cit, página 44

<sup>71</sup> CABEZA PEREIRO, J., “¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo...”, op.cit., Página 8

<sup>72</sup> CABEZA PEREIRO, J., “¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo...”, op.cit., página 9

conveniente que se realice una revisión de la duración máxima de dichas instituciones – excedencia y guarda legal – y que se adapten a estándares europeos. Así, en los países nórdicos se han establecido periodos no superiores a un año. En Alemania, en 2007, se reconocían 14 meses pero 12 de ellos debían ser disfrutados por uno sólo de los progenitores<sup>73</sup>. En Dinamarca, tras la aplicación de esta directiva y en relación con la cláusula 2.2, se abolió el mes que se le reconocía al padre para instaurar la libertad de elección entre los miembros de la familia.

Esta situación puede llegar a contribuir al mantenimiento de roles, especialmente en países como España, teniendo en cuenta que a la hora de escoger el permiso se consideran diferentes factores como la tradición, el salario, la posición laboral, etc. Estas circunstancias ocasionan, en la mayoría de las ocasiones, que sean las mujeres las que abandonan su trabajo para dedicarse a las responsabilidades familiares. Por lo tanto, la directiva debería de haber optado por orientar más decididamente las decisiones familiares hacia un reparto de responsabilidades más equitativo<sup>74</sup>, evitando cualquier discriminación por razón de género.

En la cláusula 5<sup>75</sup>, que tiene por rúbrica: “Derechos laborales y lucha contra la discriminación”, se declaran un conjunto de derechos y garantías para aquellos trabajadores que accedan a un permiso parental como el derecho a ocupar el mismo puesto de trabajo o, si no es posible, un trabajo equivalente. Su apartado segundo obliga a reconocer los derechos que el trabajador haya adquirido o esté en curso de adquirir en el momento de iniciar el permiso, como la protección frente al despido o frente a cualquier trato peyorativo que constituya una represalia por haberse acogido a un permiso, como ya se recogía en la Directiva 92/85/CEE. Sin embargo, remite a los Estados Miembros la opción de otorgar cobertura en la seguridad social y la de fijar unos ingresos a este permiso. Debemos tener en cuenta que la seguridad social y la retribución son características esenciales que se tienen en cuenta a la hora de escoger un permiso y, en particular, para determinar qué miembro de la familia debe escogerlo, siendo las mujeres las generalmente perjudicadas ante esta situación.

La transposición de la cláusula 5.1 se ha realizado en el ordenamiento jurídico español por medio del artículo 46.3 ET, que recoge el derecho a reincorporarse al mismo puesto de trabajo durante el primer año y, transcurrido este plazo, tendrá derecho a un puesto del mismo grupo profesional. Garantizar el puesto de trabajo al trabajador que ha disfrutado de un permiso parental tiene dos finalidades: evitar el abandono del trabajo y evitar la pérdida de contacto entre el trabajador y la empresa. El mantenimiento del contacto entre empleador y empleado evita la desprofesionalización de la persona que disfruta de un permiso. El artículo 46.3 ET reconoce como un derecho del trabajador asistir a cursos de formación durante el disfrute de un permiso.

---

<sup>73</sup>CABEZA PEREIRO, J., “¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo...”, op.cit., página 10

<sup>74</sup>CABEZA PEREIRO, J., “Conciliación de la vida familiar y laboral ...”, página 91 y 92

<sup>75</sup>Cláusula 5.1: Al final del permiso parental el trabajador tendrá derecho a ocupar su mismo puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad, un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato de trabajo o a su relación laboral.

En el Asunto *Gómez – Limón*,<sup>76</sup> una trabajadora de una gran superficie padeció una enfermedad común mientras disfrutaba de un permiso parental que derivó en una incapacidad permanente total. La cuestión discurría sobre el cálculo de una pensión por incapacidad, donde se cuestionaba si para su cálculo se debía tener en cuenta el tiempo de disfrute del permiso parental donde se había cotizado una cantidad inferior. El TJUE recordó que el objeto de la Directiva 2010/18/UE es evitar la pérdida de los derechos derivados de la relación laboral que hayan sido adquiridos o que estén en curso de adquisición al inicio de un permiso. El Tribunal estableció que en la directiva no existe una referencia explícita al ámbito de la seguridad social y que la cláusula 2.8 remite a la legislación nacional para los asuntos de seguridad social. El Tribunal argumenta lo siguiente en el fundamento 43 de la sentencia: “(...) no se impone a los Estados Miembros la obligación de garantizar a los trabajadores que, durante el período en que disfruten de un permiso parental a tiempo parcial, seguirán adquiriendo derechos a futuras prestaciones de seguridad social en la misma medida en que lo harían si siguieran trabajando a tiempo completo”. Consecuentemente el Tribunal se considera incompetente para resolver este asunto. Sin embargo, en el Asunto *Meerts*, el TJUE recordó que las disposiciones del Acuerdo sobre permiso parental son mínimas, de manera que pueden ser mejoradas por los Estados Miembros. El Tribunal señala que una reducción en los derechos de los trabajadores que se han acogido a un permiso iría en contra del objetivo de esta directiva, puesto que disuadiría a los trabajadores de acogerse a estos permisos ante el riesgo de ser preferentemente despedidos. Por lo tanto, considera el TJUE que el Acuerdo se opone a que la indemnización en caso de despido injustificado de un trabajador que disfruta de un permiso parental en jornada parcial, sea menor que la de un trabajador a tiempo completo. El Tribunal<sup>77</sup> razona que una menor indemnización en caso de despido ilegal supondría “(...) un incremento de la precariedad en el empleo de los trabajadores que opten por disfrutar de un permiso parental a tiempo parcial, vaciando de parte de su contenido al régimen de protección que establece la cláusula 2, apartado 4, del Acuerdo marco, y afectaría así gravemente a un principio de derecho social de la Unión que reviste una especial importancia”.

La cláusula 6 de la Directiva, titulada: “La Reincorporación al trabajo”, concede facultades a los trabajadores en relación con la adaptación de la jornada de trabajo para que éstos “(...) puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un determinado tiempo” y, al mismo tiempo, establece un marco de diálogo entre trabajadores y empresarios. Esta disposición es un guiño que el legislador realiza a la corresponsabilidad, donde busca la implicación del empresariado. De esta forma, desde la Unión Europea se está fomentando la adaptación de jornada<sup>78</sup> para evitar el abandono del trabajo y la desprofesionalización<sup>79</sup> de aquellas personas que se acogen a un permiso parental. Esta

<sup>76</sup> Asunto *Gómez- Limón*, sentencia 16 de julio de 2009, C-537/07

<sup>77</sup> Caso *Lyreco*, sentencia de 27 de febrero de 2004, C-588/12

<sup>78</sup> BALLESTER PASTOR, A., “Conciliación laboral y familiar ...”, op.cit., página 26 y 27

<sup>79</sup> CABEZA PEREIRO, J. Y DOCAMPO (Coords.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad...*, op.cit. página 284

cláusula anima a mantener un diálogo entre empresario y trabajador, pero no establece ninguna obligación al empresario y no reconoce ningún derecho subjetivo a los trabajadores. En esta disposición simplemente se ordena a los Estados Miembros e interlocutores sociales a que establezcan los canales necesarios para que se produzca dicho diálogo y para que el empresario tome en consideración las necesidades del trabajador<sup>80</sup>. Sin embargo, el Estado español podría no haber cumplido con la correcta transposición de esta cláusula, puesto que el ordenamiento laboral no garantiza ningún tipo de adecuación de jornada tras el permiso parental. Es necesario que el legislador español incorpore reducciones de jornada superiores a la mitad de la jornada, para fomentar el contacto entre trabajador y empresa y evitar la desconexión y desprofesionalización que conlleva el disfrute de un permiso de larga duración<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> FERNÁNDEZ PRIETO Y CABEZA PEREIRO (Directores), *Políticas de conciliación, permisos parentales* ... página 148

<sup>81</sup> CABEZA PEREIRO, J., "¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo..." op.cit. página 12

## BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER PASTOR**, “Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad”, *Revista de Derecho Social*, nº 51, 2010
- BALLESTER PASTOR** (Coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Valencia, 2010
- BALLESTER PASTOR**, “La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”, *Revista de relaciones laborales Lan Harremanak*, nº 25, 2011
- BALLESTER PASTOR**, “Lecciones de derecho social de la Unión Europea; el principio de igualdad de trato y no discriminación”, Valencia, 2012.
- BALLESTER PASTOR**, “De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades”, *Revista de Derecho Social*, nº51, 2012
- BAYLOS GRAU** (Coord.), *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Albacete, 2012
- CABEZA PEREIRO**, “¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 6, 2010
- CABEZA PEREIRO**, “Conciliación de vida privada y familiar”, *Temas Laborales*, nº 103, 2010
- CABEZA PEREIRO Y FERNÁNDEZ DOCAMPO** (Coords.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia, 2011
- CABEZA PEREIRO Y FERNÁNDEZ PRIETO** (Directores), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Albacete, 2012
- CARDONA RUBERT** (Coord.), *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar*, Albacete, 2009
- FRAGUAS MADURGA**, “Reducción de jornada y flexibilidad horaria por cuidado de hijos tras la reforma laboral de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº10, 2013
- GARCÍA-PERROTE y MERCADER UGUINA**, *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, 2012.

**LARRAÑAGA SARRIEGUI, JUBETO RUIZ Y DE LA CAL BARREDO**, “La Diversidad de los modelos de participación laboral de las mujeres en la U-27”, *Revista de relaciones laborales Lan Harremanak*, nº25, 2012

**LÓPEZ LÓPEZ**, “Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad”, *Temas laborales*, nº67, 2002

**NOGUEIRA GUASTAVINO** (*Directora*), *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, Valencia, 2012.

**RABBANI**, *Maternidad y trabajo. Conflictos por resolver*, Barcelona, 2010.